

Comentarios a la

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

DIRECTORES:

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer
María Emilia Casas Baamonde

TOMO I

CONMEMORACIÓN DEL XL ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN



DIRECTORES

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
María Emilia Casas Baamonde

EDITORES

Enrique Arnaldo Alcubilla
Jesús Remón Peñalver

COORDINADORES

Mercedes Pérez Manzano
Ignacio Borrajo Iniesta

Comentarios a la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

XL ANIVERSARIO

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO



Fundación
Wolters Kluwer
España



FUNDACIÓN WOLTERS KLUWER

PATRONOS

Rosalina DÍAZ VALCÁRCEL (*Presidenta*)
María Ángeles AMADOR MILLÁN
Enrique ARNALDO ALCUBILLA
María José GARCÍA BEATO
Joaquín GARCÍA-ROMANILLOS VALVERDE
Manuel MARCHENA GÓMEZ
Mónica LÓPEZ-MONÍS GALLEGO
José María MICHAVILA NÚÑEZ
Jesús REMÓN PEÑALVER
Juan ROCA GULLAMÓN
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER
Ramiro SÁNCHEZ de LERÍN GARCÍA-OVIÉS

Primera edición en este formato: Octubre de 2018

Edita: Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia

C/ Collado Mediano, 9

28231 – Las Rozas (Madrid)

Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12

<http://www.fundaciónwolterskluwer.es>



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

NIPO BOE: 786-18-102-X

NIPO JUSTICIA: 051-18-024-9

ISBN: 978-84-340-2503-5

Depósito Legal: M-32499-2018

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Índice Sistemático

Presentación	
Juan José GONZÁLEZ RIVAS	XIX
Introducción	
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE	XXIII
Presentación	
La Constitución	
Manuel GARCÍA PELAYO	XXIX
Constitución	
Francisco TOMÁS Y VALIENTE	XXXIX
Índice alfabético de autores	XLVII
Abreviaturas	LIII

TOMO I

PREÁMBULO

Preámbulo	
Miguel HERRERO DE MIÑÓN	3

TÍTULO PRELIMINAR

Título Preliminar	
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	13
Artículo 1	
Manuel ARAGÓN REYES	29
Artículo 2	
Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA	61
Artículo 3	
Enric FOSSAS ESPADALER	74
Artículo 4	
Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA	85
Artículo 5	
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	92

Índice Sistemático

Artículo 6	
Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA y Juan Luis REQUEJO PAGÉS	96
Artículo 7	
Joaquín GARCÍA MURCIA	119
Artículo 8	
César AGUADO RENEDEO	136
Artículo 9	
Ángel MARRERO GARCÍA-ROJO	143
María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ	164
Ángel MARRERO GARCÍA-ROJO	175

TÍTULO PRIMERO

DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

De los derechos y deberes fundamentales

María Emilia CASAS BAAMONDE	199
Artículo 10	
Javier JIMÉNEZ CAMPO	213
Alejandro SAIZ ARNAIZ	230

CAPÍTULO I

De los españoles y los extranjeros [arts. 11 a 13]

Artículo 11	
Miguel Ángel AMORES CONRADI	257
Artículo 12	
Miguel Ángel AMORES CONRADI y Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ	269
Artículo 13	
Cristina IZQUIERDO SANS	276
Pablo SANTOLAYA MACHETTI y Enrique ARNALDO ALCUBILLA	288
Mercedes PÉREZ MANZANO	296
Elisa PÉREZ VERA y José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS	320

CAPÍTULO II

Derechos y libertades [arts. 14 a 38]

Artículo 14	
Miguel RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ	334
María FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	353

CAPÍTULO II

Derechos y libertades [arts. 14 a 38]

Sección 1.ª

De los derechos fundamentales y de las libertades públicas [arts. 15 a 29]

Artículo 15	
Mercedes PÉREZ MANZANO y Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA	375
Artículo 16	
Alfonso RUIZ MIGUEL	413
Antonio LÓPEZ CASTILLO	432

Artículo 17	
Juan ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ	447
Pablo COLOMINA CEREZO	464
Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO	482
Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ	493
Artículo 18	
Javier PARDO FALCÓN	511
Rafael ALCÁCER GUIRAO	530
Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS	544
Javier PARDO FALCÓN	562
Artículo 19	
Herminio LOSADA GONZÁLEZ	567
Artículo 20	
Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	581
Joaquín URÍAS MARTÍNEZ	617
Joaquín URÍAS MARTÍNEZ	626
Matilde CARLÓN RUIZ	633
Artículo 21	
Luis M. ^a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ	645
Artículo 22	
Ángel J. GÓMEZ MONTORO	653
Artículo 23	
Ángel MARRERO GARCÍA-ROJO	674
Margarita BELADIEZ ROJO	702
Artículo 24	
Jesús REMÓN PEÑALVER	723
Rafael PÉREZ NIETO	737
Carmen SÁEZ LARA	748
Aurelio BLANCO PEÑALVER	761
Vicente GIMENO SENDRA	783
Juan José LÓPEZ ORTEGA	793
Juan José LÓPEZ ORTEGA	803
José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS	814
Juan José LÓPEZ ORTEGA	822
Juan José LÓPEZ ORTEGA	832
Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO y José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS	840
Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO	860
Juan José LÓPEZ ORTEGA	870
Ángel JUANES PECES	876
Artículo 25	
Susana HUERTA TOCILDO y Adela ASÚA BATARRITA	897
Germán VALENCIA MARTÍN	930
José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS	948
José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS	955
Artículo 26	
Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO	961
Artículo 27	
Antonio LÓPEZ CASTILLO	966
Ignacio TORRES MURO y XABIER ARZOZ SANTIESTEBAN	1003

Índice Sistemático

Artículo 28	
José María GOERLICH PESET	1010
Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN	1032
Artículo 29	
Pablo GARCÍA MANZANO	1075

CAPÍTULO II

Derechos y libertades [arts. 14 a 38]

Sección 2.^a

De los derechos y deberes de los ciudadanos [arts. 30 a 38]

Artículo 30	
César AGUADO RENEDO	1089
Artículo 31	
Ángel AGUALLO AVILÉS y Esther BUENO GALLARDO	1095
Artículo 32	
Joaquín URÍAS MARTÍNEZ	1129
Artículo 33	
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO	1147
Artículo 34	
Eva NIETO GARRIDO	1176
Artículo 35	
Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO	1185
Artículo 36	
Matilde CARLÓN RUIZ	1210
Artículo 37	
Fernando VALDÉS DAL-RÉ	1220
Juan GARCÍA BLASCO	1239
Artículo 38	
Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL	1247

CAPÍTULO III

De los principios rectores de la política social y económica [arts. 39 a 52]

Artículo 39	
Encarnación ROCA TRÍAS	1277
Artículo 40	
Ignacio MATÍA PRIM, María Emilia CASAS BAAMONDE y José Luis GOÑI SEIN	1289
Artículo 41	
Jesús R. MERCADER UGUINA	1316
Artículo 42	
Nieves CORTE HEREDERO	1336
Artículo 43	
Koldo SANTIAGO REDONDO	1345
Artículo 44	
Eva NIETO GARRIDO	1360

Artículo 45	
Francisco VELASCO CABALLERO	1366
Artículo 46	
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA	1375
Artículo 47	
Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT	1382
Artículo 48	
Eugenio GAY MONTALVO	1398
Artículo 49	
Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER	1404
Artículo 50	
José LUIS GOÑI SEIN	1417
Artículo 51	
Manuel IZQUIERDO CARRASCO Y Manuel REBOLLO PUIG	1430
Artículo 52	
Matilde CARLÓN RUIZ	1447

CAPÍTULO IV

De las garantías de las libertades y derechos fundamentales [arts. 53 a 54]

Artículo 53	
Manuel MEDINA GUERRERO	1456
Manuel MEDINA GUERRERO	1473
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO	1488
Artículo 54	
José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS	1495

CAPÍTULO V

De la suspensión de los derechos y libertades [art. 55]

Artículo 55	
Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ y Víctor FERRERES COMELLA.....	1521

TÍTULO II

DE LA CORONA

Las razones de la Monarquía parlamentaria

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ	1549
Artículo 56	
Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER	1555
Artículo 57	
Jesús GARCÍA TORRES	1570
Artículo 58	
Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES	1589
Artículo 59	
Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES	1598
Artículo 60	
Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES	1613

Índice Sistemático

Artículo 61	
Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES	1621
Artículo 62	
Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO	1631
Artículo 63	
Santiago RIPOL CARULLA	1648
Artículo 64	
Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES	1653
Artículo 65	
Carlos ORTEGA CARBALLO	1665
Índice Analítico	1675

TOMO II

Índice alfabético de autores	XV
Abreviaturas	XXI

TÍTULO III

DE LAS CORTES GENERALES

CAPÍTULO I

De las Cámaras [arts. 66 a 80]

De las Cortes Generales

Landelino LAVILLA ALSINA	5
Artículo 66	
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ	13
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ e Ignacio TORRES MURO	20
Artículo 67	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	30
Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ	33
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	41
Artículo 68	
Pablo SANTOLAYA MACHETTI y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILA	47
Artículo 69	
Ramón PUNSET BLANCO	59
Artículo 70	
Pablo SANTOLAYA MACHETTI y Enrique ARNALDO ALCUBILA	72
Javier PARDO FALCÓN	81
Artículo 71	
Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ	97
Artículo 72	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	114
Artículo 73	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	117

Artículo 74	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	123
Artículo 75	
Alberto ARCE JANÁRIZ	129
Artículo 76	
Fabio PASCUA MATEO.....	139
Artículo 77	
Pablo GARCÍA MANZANO	150
Artículo 78	
Markus GONZÁLEZ BEILFUSS	159
Artículo 79	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	167
Artículo 80	
Juan Carlos DA SILVA OCHOA	174

CAPÍTULO II

De la elaboración de las leyes [arts. 81 a 92]

Artículo 81	
Pascual SALA SÁNCHEZ	181
Artículos 82, 83, 84 y 85	
Eduardo VIRGALA FORURIA	204
Artículo 86	
Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA	219
Artículo 87	
Piedad GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ	238
Artículo 88	
Piedad GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ	247
Artículo 89	
Piedad GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ	258
Artículo 90	
Ramón PUNSET BLANCO	268
Artículo 91	
Enrique ARNALDO ALCUBILLA	276
Artículo 92	
Nicolás PÉREZ SOLA	283

CAPÍTULO III

De los Tratados Internacionales [arts. 93 a 96]

Artículo 93	
Pablo PÉREZ TREMPES	296
Miguel Ángel AMORES CONRADI y Enrique ARNALDO ALCUBILLA.....	312
Artículo 94	
Javier Díez-HOCHLEITNER	323
Artículo 95	
Manuel PULIDO QUECEDO	338
Artículo 96	
Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA	355

Índice Sistemático

TÍTULO IV

DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

Del Gobierno y de la Administración

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA	377
Artículo 97	
Marc CARRILLO LÓPEZ	382
José María BAÑO LEÓN	393
Artículo 98	
Marc CARRILLO LÓPEZ	402
Artículo 99	
Joan VINTRÓ CASTELLS	410
Artículo 100	
Marc CARRILLO LÓPEZ	423
Artículo 101	
Marc CARRILLO LÓPEZ	426
Artículo 102	
Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO	438
Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN.....	448
Artículo 103	
Miguel SÁNCHEZ MORÓN	452
Artículo 104	
Javier BARCELONA LLOP	472
Artículo 105	
Juan Francisco MESTRE DELGADO	487
Artículo 106	
Jesús LEGUINA VILLA y Eva DESDENTADO DAROCA	503
Jesús LEGUINA VILLA y Martín María RAZQUIN LIZARRAGA	517
Artículo 107	
Enrique ALONSO GARCÍA	537

TÍTULO V

DE LAS RELACIONES ENTRE EL GOBIERNO Y LAS CORTES GENERALES

De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA	559
Juan José GONZÁLEZ RIVAS	565
Artículo 108	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	569
Artículo 109	
José TUDELA ARANDA	581
Artículo 110	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	591
Artículo 111	
Francisco Javier MATÍA PORTILLA	597

Artículos 112, 113 y 114	
Cristina ELÍAS MÉNDEZ	602
Artículo 115	
Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ	622
Artículo 116	
Ignacio TORRES MURO y Víctor FERRERES COMELLA	630

TÍTULO VI

DEL PODER JUDICIAL

Del poder judicial

Tomás VIVES ANTÓN.....	641
Artículo 117	
Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ.....	646
Artículo 118	
José GARBERÍ LLOBREGAT	671
Artículo 119	
José GARBERÍ LLOBREGAT	678
Artículo 120	
Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO	685
Jesús M. ^a GONZÁLEZ GARCÍA	695
Artículo 121	
Isabel PERELLÓ DOMÉNECH	699
Artículo 122	
Luis AGUIAR DE LUQUE	712
Artículo 123	
Juan Antonio XIOL RÍOS	736
Artículo 124	
Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO	757
Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE	766
Artículo 125	
Pedro CRESPO BARQUERO	781
Artículo 126	
Rafael BELLIDO PENADÉS	795
Artículo 127	
José DE LA MATA AMAYA	809

TÍTULO VII

ECONOMÍA Y HACIENDA [ARTS. 128 A 136]

Economía y Hacienda

Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO	823
Artículo 128	
Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Luis ARROYO JIMÉNEZ	832
Artículo 129	
Jesús R. MERCADER UGUINA	843
Koldo SANTIAGO REDONDO	847

Índice Sistemático

Artículo 130	
Juan Antonio UREÑA SALCEDO	853
Artículo 131	
José María BAÑO LEÓN	858
Artículo 132	
Germán FERNÁNDEZ FARRERES	862
Artículo 133	
Gabriel CASADO OLLERO	876
Artículo 134	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	905
Artículo 135	
Fernando DE LA HUCHA CELADOR	922
Artículo 136	
Manuel NÚÑEZ PÉREZ	950
TÍTULO VIII	
DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO [ARTS. 137 A 158]	
CAPÍTULO I	
Principios generales [arts. 137 a 139]	
De la organización territorial del Estado	
Luis LÓPEZ GUERRA	969
Artículo 137	
Javier GARCÍA ROCA e Ignacio GARCÍA VITORIA.....	977
Artículo 138	
Enoch ALBERTÍ ROVIRA	997
Artículo 139	
Enoch ALBERTÍ ROVIRA	1005
CAPÍTULO II	
De la Administración Local [arts. 140 a 142]	
Artículo 140	
Francisco VELASCO CABALLERO	1018
Manuel REBOLLO PUIG	1035
Artículo 141	
Manuel REBOLLO PUIG	1052
Artículo 142	
Manuel MEDINA GUERRERO	1072
CAPÍTULO III	
De las Comunidades Autónomas [arts. 143 a 158]	
Artículo 143	
Enric FOSSAS ESPADALER	1088
César AGUADO RENEDO	1124
Artículo 144	
Juan Francisco MESTRE DELGADO	1108

Artículo 145	
José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO.....	1112
Artículo 146	
César AGUADO RENEDO	1119
Artículo 147	
Javier GARCÍA ROCA e Ignacio GARCÍA VITORIA.....	1124
César AGUADO RENEDO	1142
Artículo 148	
Luis POMED SÁNCHEZ	1155
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1165
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1173
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1169
Juan Antonio UREÑA SALCEDO	1171
Antonio FANLO LORAS	1180
Miguel CASINO RUBIO	1186
Jesús R. MERCADER UGUINA	1196
Pedro ORTEGO GIL	1204
Artículo 149	
Juan PEMÁN GAVÍN	1212
Santiago RIPOLL CARULLA	1225
Santiago RIPOLL CARULLA	1231
Fernando LÓPEZ RAMÓN	1237
Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO	1244
Javier GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ	1252
Esteban MESTRE DELGADO	1260
María Emilia CASAS BAAMONDE	1271
Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA	1294
Santiago RIPOLL CARULLA	1304
Juan PEMÁN GAVÍN	1310
Vicente ÁLVAREZ GARCÍA	1321
Javier GUILLÉN CARAMÉS.....	1311
Carlos ORTEGA CARBALLO	1341
Antonio EMBID IRUJO	1349
Edorta COBREROS MENDAZONA	1355
Jesús R. MERCADER UGUINA	1368
José María BAÑO LEÓN	1376
Armando SALVADOR SANCHO y Alicia CAMACHO GARCÍA.....	1385
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1390
Nuria GARRIDO CUENCA	1393
Antonio FANLO LORAS	1405
Armando SALVADOR SANCHO y Alicia CAMACHO GARCÍA.....	1413
Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA	1419
Vicente ÁLVAREZ GARCÍA	1423
Luis POMED SÁNCHEZ	1433
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA	1441
Vicenç AGUADO I CUDOLÀ	1458
Antonio EMBID IRUJO	1475
Manuel IZQUIERDO CARRASCO	1487
Nicolás PÉREZ SOLA	1494
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA	1499
Ignacio BORRAJO INIESTA	1508

Índice Sistemático

Artículo 150	
José Antonio MONTILLA MARTOS	1540
Artículo 151	
César AGUADO RENEDO	1558
Artículo 152	
Juan José GONZÁLEZ RIVAS	1565
Juan Antonio XIOL RÍOS	1575
César AGUADO RENEDO	1583
Manuel REBOLLO PUIG	1592
Artículo 153	
Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO	1601
Artículo 154	
Andrés BOIX PALOP	1626
Artículo 155	
Germán GÓMEZ ORFANEL	1636
Artículo 156	
Juan MARTÍN QUERALT	1651
Artículo 157	
Juan MARTÍN QUERALT	1669
Ángel AGUALLO AVILÉS y Esther BUENO GALLARDO	1691
Artículo 158	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	1697

TÍTULO IX

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL [ARTS. 159 A 165]

Del Tribunal Constitucional

Pedro CRUZ VILLALÓN	1717
Artículo 159	
José GABALDÓN LÓPEZ	1724
Enrique GABALDÓN CODESIDO	1742
Artículo 160	
Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL	1746
Artículo 161	
Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE	1757
Artículo 162	
Vicente GIMENO SENDRA	1785
Artículo 163	
Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ	1796
Artículo 164	
Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS	1823
Artículo 165	
Ignacio BORRAJO INIESTA	1841

TÍTULO X

DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL [ARTS. 166 A 169]

De la reforma constitucional

Francisco RUBIO LLORENTE	1857
Artículo 166	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1865
Artículo 167	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1870
Artículo 168	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1879
Artículo 169	
Juan Luis REQUEJO PAGÉS	1886

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera	
José TUDELA ARANDA	1892
Fernando DE LA HUCHA CELADOR	1908
Disposición adicional segunda	
Benito ALÁEZ CORRAL	1920
Disposición adicional tercera	
Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ	1932
Disposición adicional cuarta	1943

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria primera	
Pedro ORTEGO GIL	1947
Disposición transitoria segunda	
César AGUADO RENEDO	1953
Disposición transitoria tercera	
Pedro ORTEGO GIL	1957
Disposición transitoria cuarta	
José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA	1962
Disposición transitoria quinta	
José María PORRAS RAMÍREZ	1969
Disposición transitoria sexta	
César AGUADO RENEDO	1976
Disposición transitoria séptima	1978
Disposición transitoria octava	
Pedro ORTEGO GIL	1979
Disposición transitoria novena	
Pedro ORTEGO GIL	1984

Índice Sistemático

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Disposición derogatoria

Pedro ORTEGO GIL	1994
José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA	1999
Ignacio BORRAJO INIESTA	2002

DISPOSICIÓN FINAL

Disposición final

Ignacio BORRAJO INIESTA	2021
-------------------------------	------

La primera reforma de la Constitución

Pablo PÉREZ TREMPs	2031
--------------------------	------

La segunda reforma de la Constitución

Fernando DE LA HUCHA CELADOR	2041
------------------------------------	------

Índice Analítico	2057
-------------------------------	------

Presentación

Estos nuevos *Comentarios a la Constitución Española*, publicados con motivo de su cuadragésimo aniversario, y que actualizan la obra homónima que ya se publicó hace diez años, en la que tuve el honor de participar, suponen una excelente ocasión para recordarnos cuánto nos hemos esforzado colectivamente los españoles en avanzar hacia la consecución de los valores recogidos en su artículo 1 –libertad, igualdad, justicia y pluralismo político–, en cumplimiento asimismo de los principios de nuestra Carta Magna, tales como el de legalidad, el de jerarquía normativa o el de seguridad jurídica, los cuáles, como ya afirmara el Tribunal Constitucional, *dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas* (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ7).

En efecto, el análisis de los distintos preceptos de nuestra norma fundamental que componen los dos tomos de este ambicioso estudio denota un trabajo de puesta al día, de la mano de muy notables juristas, que complementa el resultado ya cosechado en 2008 con aportes jurisprudenciales y doctrinales de primer orden. De entre estos, me gustaría subrayar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, constantemente citada y ponderada a lo largo de las páginas. Si a ello se añade que gran parte de los autores pasados y presentes han estado vinculados por distintas responsabilidades a la jurisdicción constitucional, ya sea como Presidentes, Magistrados, Letrados, Fiscales o Abogados del Estado, se entenderá que sienta esta obra, en cierto grado, como un fruto de la institución que actualmente me honro en presidir.

Por ello, en primer lugar, me gustaría muy sinceramente felicitar a todas aquellas personas e instituciones que han participado en la dirección, confección, edición y financiación de estos volúmenes; de manera muy particular, a la Fundación Wolters Kluwer, al Boletín Oficial del Estado, a la Mutualidad de la Abogacía, y a Santander Justicia, así como a los Directores y Presidentes Eméritos de esta casa, los Excmos. Sres. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y María Emilia Casas Baamonde, y a los coordinadores de la obra, D. Enrique Arnaldo Alcubilla y D. Jesús Remón Peñalver. También extendiendo mi congratulación a los coordinadores de los primeros Comentarios, Dña. Mercedes Pérez Manzano y D. Ignacio Borrajo Iniesta, así como, más generalmente, a todos los profesionales del Derecho que con profundo estudio han hecho posible que esta valiosa actualización vea la luz.

Parafraseando a Francisco Tomás y Valiente, podría decirse que España, en tanto que nación formada por integración en un largo proceso histórico, es constitutivamente diversa. En este sentido, la Constitución Española de 1978, al erigirse desde el consenso, significó un decisivo avance respecto de todas las demás Cartas Magnas de nuestra historia, marcadas, al decir de Ignacio de Otto, por una *estrecha vinculación entre la ley constitucional y la relación de poder subyacente*. Como sabemos, dicho consenso, que se fraguó en el éxito colectivo de la Transi-

Presentación

ción, logró el tránsito pacífico de un sistema autoritario a otro plenamente democrático, y conllevó una eficaz y novedosa ordenación de nuestro sistema jurídico, bajo la forma política de la Monarquía parlamentaria, configurando al Estado como *Social y Democrático de Derecho*, y por ello protector de un amplio catálogo de libertades y descentralizador efectivo del poder.

De esta forma, la Constitución se ha convertido con el pasar de los años en un valor en sí misma y ya nadie discute la oportunidad de su existencia, ni los propósitos que propugna. A su vez, ello deriva, en mi opinión, de varios aspectos interrelacionados entre sí.

En primer lugar, la Constitución ha sabido poner de relieve desde su propio Preámbulo la supremacía normativa que ostenta, afirmada fundamentalmente en sus artículos 9.1 y 9.3, los cuales la sitúan simultáneamente en la cima y en el origen de nuestro ordenamiento y su sistema de fuentes, al promulgar la sujeción de todos los poderes públicos a la misma y al ordenamiento jurídico en su conjunto.

A su vez, dicha preeminencia despliega sus plenos efectos tanto sobre el catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas, vinculantes asimismo para todos los poderes públicos y cuyo contenido esencial es inobjetable, como sobre los principios rectores de la política social y económica, que informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de todas las autoridades. Además, la Constitución ofrece una nítida ordenación del poder del Estado central y las pautas para una efectiva descentralización del Estado a nivel autonómico.

Desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho, y centrándome en el valor intrínseco de nuestros derechos y libertades, no creo exagerar si digo que una inmensa parte del éxito constitucional de España radica en la cada vez más arraigada convicción de que dichos derechos y libertades constituyen el eje definitorio de nuestro ordenamiento jurídico, y que, por esa razón, los poderes públicos han aprendido a asumir, a lo largo de estas décadas y en el marco de su actuación ordinaria, su defensa y su fomento.

En segundo lugar, y en íntima conexión con la reflexión precedente, la Constitución se ha revelado como un potente vehículo de transformación social, de acuerdo con el mandato contenido en su artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos, igualmente, a impulsar dicha transformación. Por tanto, a través de su aplicación, nuestra norma fundamental ha servido de marco integrador de convivencia entre españoles, propiciando una modernización sin parangón de nuestra estructura económica y social, y a su vez abriendo para España el mayor periodo ininterrumpido de paz, prosperidad y libertad que haya conocido en toda su historia.

En tercer lugar, esa capacidad para operar el cambio, tan potencial como real, que ha mostrado la Constitución, ha venido de la mano de su carácter abierto, el cual, aunque a veces criticado, le ha proporcionado, como recuerda uno de los Padres de la Constitución, Miguel Herrero de Miñón, *una extraordinaria elasticidad que compensa su notable rigidez*. Dicha elasticidad, por su parte, ha resultado como es bien conocido aceptada y alentada por el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Carta Magna, en su propia jurisprudencia.

En efecto, como ya dijese el Tribunal, la necesaria interpretación evolutiva de la Constitución no sólo se debe a que *se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las*

normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ9).

Es asimismo necesario reseñar que la Constitución no solamente acarreo un cambio sistémico en el interior de España, sino que además permitió nuestra reinserción como miembro de pleno derecho en Europa y Occidente, especialmente en las tres grandes organizaciones supranacionales (OTAN, Consejo de Europa y las Comunidades Europeas, hoy día Unión), que materializan y delimitan políticamente este espacio. El constituyente previó que la integración del Derecho Internacional en nuestra propia legislación tendría un salutar efecto transformador, y por ello articuló, a través de sus artículos 10.2 y 96, un mandato de recepción del Derecho Internacional, que se refiere de forma especial a las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, las cuales *se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

A día de hoy, podemos constatar, así, que España se cuenta entre las más consolidadas democracias del mundo, y, transcurridos cuarenta años desde el nacimiento de la Carta Magna, nuestro país es un relevante Estado Miembro de la Unión Europea, respetado por la Comunidad Internacional e influyente en ella, que participa activamente en los foros internacionales más destacados.

Como avanzaba antes, considero que la participación del Tribunal Constitucional en los logros alcanzados por la Constitución no es menor. Ya en 1981, Eduardo García de Enterría preconizaba que *el Tribunal Constitucional puede con sus sentencias, contribuir de manera decisiva a que el consenso inicial se reactualice permanentemente (...), manteniendo su supremacía efectiva sobre las fuerzas políticas y sus productos jurídicos ocasionales, asegurando su papel como regla de juego objetiva para presidir la pugna y articulación de dichas fuerzas y como estatuto supremo de nuestra sociedad.*

En sintonía con el eximio jurista, creo firmemente que el Tribunal Constitucional ha sostenido desde su primera resolución (STC 1/1981) la supremacía normativa de la Constitución en tanto que norma de normas. Por otro lado, la labor del Tribunal ha tenido un impacto profundísimo sobre la efectiva aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona en toda España, llevando a cabo un ingente esfuerzo para colmar de contenido, de parámetros interpretativos y de alcance, los derechos y libertades consagrados por nuestra Constitución. También ha asimilado toda la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, calificada como «de decisiva relevancia» (STC 22/1981). Además, ha resultado históricamente uno de los grandes valedores del proceso de descentralización política y administrativa del Estado Autonómico, dentro del respeto a la indisoluble unidad de la Nación española recogida en el artículo 2 de la Constitución. El Tribunal se ha erigido particularmente en actor principal de la delimitación e interpretación del bloque de constitucionalidad.

En definitiva, las sentencias del Tribunal Constitucional han servido al espíritu y a la letra de la Constitución, contribuyendo a democratizar a España, a garantizar la preeminencia de la Constitución en cualquier momento y en cualquier lugar, así como a convertir a nuestro país en un Estado plenamente descentralizado, respetuoso de toda minoría y escrupuloso con la protec-

Presentación

ción de los derechos humanos. En consecuencia, opino que el Tribunal se ha hecho acreedor de la tarea que él mismo se marcó desde sus comienzos, en tanto que custodio de *la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos* (STC 76/83 de 5 de agosto, FJ4), y en la actualidad ha defendido y sigue defendiendo la completa vigencia de la Constitución, como demuestran sus recientes sentencias 114/2017, de 17 de octubre, y 124/2017, de 8 de noviembre.

Me parece que el núcleo del texto constitucional, esto es, su promesa de convivencia y tolerancia, de encuentro y de reconciliación, de apuesta por un futuro en común y todavía mejor, se mantiene incólume o incluso se ha acrecentado con el paso de los años. No necesitamos menos Constitución sino más. Ello no obsta para que se debata sobre la adecuación o la propia puesta al día del texto en sí, a través de los propios mecanismos de reforma que prevé la Carta Magna, siempre y cuando haya un consenso decidido y extenso, social y político, sobre lo que es necesario reformar. Dentro de la Constitución caben las libres y legítimas aspiraciones de todos y toda la concordia que hace cuatro décadas generó el pacto constitucional.

En estos momentos de integración continental, en el que autores como Peter Häberle hablan abiertamente de la emergencia de un Derecho Constitucional Común Europeo, debemos atender lo que ya nos señalase el primer Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, Manuel García-Pelayo, al recordar que *la fuerza legitimadora de la Constitución es la racionalidad democrática*, o bien suscribir, como escribiera antes Alexander Hamilton, que *la cuestión más importante reside en saber si las sociedades son verdaderamente capaces o no de asentar un buen gobierno basado en el pensamiento y la elección, o si por el contrario están destinadas a depender, en su composición política, del accidente y de la fuerza*.

Eso, ni más ni menos, es lo que está en juego en Europa y en España, y en consonancia con ello, estimo que estos nuevos Comentarios representan una fundada contribución a la causa del raciocinio, del progreso, y de nuestra elección a favor de ambos, como personas libres en un entorno democrático, en la convicción de que servirán, asimismo, como fuente de orientación a todos los operadores jurídicos, contribuyendo a la efectividad, día a día, de los principios y valores que reconoce nuestra Constitución.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Introducción

Juan Carlos I, al sancionar la Constitución, señaló que no se nos abría una ruta cómoda ni fácil y afirmó que no debíamos desfallecer en el empeño común que suponía la puesta en marcha de la Constitución, sin ceder terreno al desánimo y manteniendo el pulso necesario para sortear los escollos y las dificultades que nos aguardarían en el camino.

Cuarenta años después, estas palabras siguen manteniendo plena actualidad. Aunque la Constitución y su puesta en práctica hayan sido un éxito colectivo y se haya logrado asegurar la efectividad del marco de valores, derechos y libertades que la misma consagra, y la implantación de un sistema político democrático plural y pluralista que ha podido integrarse con pleno derecho en la Unión Europea, el paso de cuatro decenios, en los que hemos conocido cambios profundos de los sistemas políticos, sociales y económicos, innovaciones tecnológicas de enorme poder transformador en un mundo globalizado y digitalizado, y la aparición de nuevas generaciones con nuevos valores, culturas y puntos de vista, describen un escenario nacional e internacional muy distinto de aquel en el que se diseñó la Constitución, obligada, por ello, a adaptarse a los nuevos tiempos, una tarea nada fácil ni cómoda que hay que abordar con decisión y ánimo «para sortear los escollos y dificultades presentes».

Es un tópico, pero no por ello menos cierto, que la Constitución de 1978 ha sido la que más estabilidad política y democrática ha proporcionado a la España contemporánea. Sin duda, podemos afirmar que ha servido para integrar a los españoles, para profundizar en una sociedad democrática avanzada, y para transformar nuestras estructuras, no solo políticas, sino también económicas y sociales. En estos cuatro decenios de vigencia de la Constitución, la sociedad española se ha transformado profundamente en una sociedad moderna y abierta, se ha logrado una amplia autonomía de las nacionalidades y regiones, sin llegar a romper la solidaridad entre los españoles, se ha consagrado la igualdad de todos al margen del género, hemos podido integrarnos con plenitud de derechos en la aventura europea y en el concierto internacional, y se han consolidado y fortalecido los agentes sociales, sindicatos y organizaciones empresariales representativas, los partidos políticos, y los medios de comunicación y los sistemas de información, tejido necesario para nuestro sistema democrático. En diversas instancias y niveles los poderes públicos han recobrado legitimidad y representatividad y España figura entre los países democráticos más avanzados.

Pero también han de reconocerse las insuficiencias y los fracasos en la puesta en práctica del texto constitucional. La corrupción, el desprestigio de instituciones, la desafección o el desapego popular de la llamada clase política, la crisis de los partidos políticos tradicionales, la precariedad y polarización del empleo, los problemas que atraviesan los sistemas de bienestar, las

Introducción

desigualdades crecientes y el incremento de los niveles de exclusión social, el mantenimiento de discriminaciones por razón de sexo y de género femenino, nacimiento, raza o etnia, nacionalidad, edad, discapacidad u orientación sexual, la problemática de la integración de los inmigrantes, las graves tensiones territoriales y el desafío secesionista de Cataluña, son problemas que no pueden minusvalorarse y que han empañado y empañan la vigencia efectiva de la Constitución. Todo ello junto a la reducción del ámbito de la soberanía nacional en un mundo globalizado dominado por valores e intereses diversos a los que la Constitución predica.

La Constitución se encuentra en este momento en una difícil encrucijada, pero de ella no podremos salir sin partir de la propia Constitución, del espíritu de consenso que la alumbró, y sin crear un ambiente de concordia, tolerancia y respeto, con voluntad de diálogo y búsqueda de los consensos necesarios para su relanzamiento y para su deseable revisión y reforma.

El Gobierno, al solicitar del Consejo de Estado un informe sobre la reforma de la Constitución, afirmaba que «los textos constitucionales no pueden pretender ser definitivos, ni aspirar a permanecer intangibles, si se quiere que continúen sirviendo con fidelidad a los objetivos que se han marcado en su origen. Las generaciones posteriores a la constituyente tienen también el derecho de revisar sus formulaciones, manteniendo el hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y en sus opciones fundamentales. En tanto que fundamento de la conciencia colectiva, la Constitución no puede ser indiferente ni insensible a los cambios relevantes que se producen en la comunidad».

La posible reforma de la Constitución no se había planteado en nuestra realidad como una revisión profunda, porque el texto constitucional ha podido y sabido adaptarse en buena medida a cambios tan relevantes como nuestra integración en Europa y la configuración y consolidación de la nueva estructura del Estado de las Autonomías, más anunciada que diseñada por la Constitución. Sin meras labores de maquillaje, la función transformadora de la Constitución se ha reflejado en ella misma; sin cambiar sus palabras, a excepción de las reforma de su art. 13.2 en 1992, y de su art. 135 en 2011, la Constitución de 1978 no es la Constitución «real» que hoy, cuarenta años después, está ordenando nuestra vida política, porque el diseño constitucional fue lo suficientemente abierto como para permitir su adaptación a los cambios sociales y a las nuevas generaciones, que actualmente, sin haber intervenido directamente en el diseño de la Constitución en 1978, rigen mayoritariamente los destinos de España y de sus nacionalidades y regiones.

En la permanente puesta al día de la Constitución y su inserción, y la de todo el ordenamiento jurídico, en un orden común de derechos y valores, internacional y propiamente europeo, ha tenido un papel relevante el Tribunal Constitucional, cuya doctrina evolutiva ha permitido que siga siendo una Constitución viva y vivida, favoreciendo que las nuevas generaciones asuman una cultura constitucional, y, a la vez, inspiren e influyan en la evolución y desarrollo de esa cultura.

La previsión en el texto constitucional del Tribunal Constitucional pudo obedecer a circunstancias coyunturales. España, como otros países que sufrieron regímenes autoritarios, al instaurar la democracia tuvo que crear un instrumento de garantía para fortalecer el valor normativo de la Constitución y garantizar el funcionamiento democrático de los poderes y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales de las personas. La justicia constitucional se ha convertido en un elemento característico de las democracias más recientes, y es para muchos incluso una característica indispensable de un sistema democrático avanzado y maduro reflejada en el elevado número de cortes constitucionales de los nuevos países democráticos europeos, y también de otros continentes.

La institución de la jurisdicción constitucional constituyó una de las novedades más importantes de la Constitución de 1978, aunque hubiera un pálido antecedente en la Constitución Republicana de 1931 con el Tribunal de Garantías Constitucionales. La existencia de una jurisdicción constitucional ha permitido la consolidación del nuevo orden político y la operatividad y desarrollo de nuestro Estado constitucional y democrático, convirtiendo al Estado de Derecho en un verdadero Estado constitucional de Derecho, presidido por la supremacía normativa incondicionada de la Constitución, que, con el resto del ordenamiento jurídico, vincula a todos los poderes públicos y los ciudadanos.

En España el ejercicio de la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo ha supuesto un cambio radical en la concepción de los derechos fundamentales, en su reconocimiento y disfrute, y en la cultura jurídica de los ciudadanos. Ya la STC 25/1981, de 4 de julio, afirmaba que los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos, sino «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como un marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde, en el Estado social de Derecho o en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)» (FJ 5).

La aportación de nuestro Tribunal Constitucional al desarrollo de nuestro sistema constitucional y al fomento de una cultura constitucional en la ciudadanía, realizada con constante intensidad a lo largo de estos años, es incuestionable. Si la Constitución ocupa un lugar en la vida de las personas y es la garante del orden político democrático y de sus derechos y libertades fundamentales, ello se debe a la existencia de un sistema de justicia constitucional, en el que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo «en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 de la Constitución), al que todas las personas que invoquen un interés legítimo pueden acudir.

La jurisdicción constitucional ha contribuido a asegurar los valores y principios del sistema político democrático y la configuración territorial del Estado compuesto. Con ello ha cumplido la tarea de defender el pacto constituyente controlando la función constitucional del legislador democrático, dentro de su amplia libertad de configuración política: «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), así como las funciones de los demás poderes constituidos. El Tribunal Constitucional custodia, como dijo la STC 76/1983, de 5 de agosto, «la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel» (FJ 4). Y, al mismo tiempo, sensible a los cambios de los tiempos, hace evolucionar y poner al día el texto constitucional mediante su adaptación a las situaciones cambiantes, pero también sugiriendo la posibilidad abierta de cambios en el texto constitucional para enfrentarse a nuevos problemas.

Hace diez años, con motivo del trigésimo aniversario de la Constitución, la Fundación Wolters Kluwer promovió la edición de unos comentarios a la Constitución con el fin de acercar el texto constitucional a las nuevas generaciones, desde la perspectiva del llamado «Derecho viviente», es decir, del examen del texto normativo a la luz de su interpretación autorizada o «auténtica» por la jurisprudencia constitucional. A diferencia de los comentarios iniciales de la Constitución, que se hicieron, en buena parte, en una situación de vacío doctrinal y jurisprudencial, y con la consiguiente necesaria atención al Derecho histórico y al Derecho comparado, pero que pudieron servir de orientación a los estudiosos, los prácticos y a los jueces y tribunales, incluido el propio Tribunal Constitucional, esos nuevos comentarios pudieron contar, además de con un importante

Introducción

bagaje doctrinal, con una numerosa y amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin la menor duda, un material particularmente útil, de obligado conocimiento para comprender el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, es la numerosa y rica jurisprudencia constitucional que ha tenido que interpretar la mayor parte de los preceptos constitucionales.

La Fundación Wolters Kluwer, animada también por la demanda de los autores y de los lectores de aquellos comentarios, ha decidido hacer una nueva edición para celebrar los cuarenta años de nuestra Carta Magna, manteniendo el espíritu de la primera edición, no otro que el de tratar de proporcionar el entendimiento actualizado de los preceptos de la Constitución a partir de la jurisprudencia constitucional, proporcionando una contemplación de la Constitución con los ojos de dicha jurisprudencia. Para facilitar este propósito, la mayor parte de los autores que colaboran en la presente obra han tenido alguna relación personal con el Tribunal Constitucional, en su condición de Magistrados, también eméritos, y de antiguos y actuales Letrados, de Fiscales o Abogados del Estado que han ejercido sus funciones ante el Tribunal Constitucional, así como de otros especialistas que con su generosidad han contribuido a hacer posible este libro.

La presente obra quiere ser, ante todo, una conmemoración de los cuarenta años de la Constitución, que al entrar en la cuarentena ha llegado a la madurez, una madurez que coincide con la de la generación que nació con la Constitución o después de su aprobación, y que en este momento ya tiene la responsabilidad de su puesta en práctica. Su objetivo sigue siendo contribuir, desde el terreno de análisis que le es propio, al conocimiento y a la difusión de los valores constitucionales.

También quiere servir de homenaje a las personas que al servicio de la jurisdicción constitucional, en sus distintas responsabilidades, han facilitado la elaboración de una doctrina constitucional que ha proporcionado un entendimiento de las normas constitucionales abierto, dinámico y adaptado a las exigencias de nuestro tiempo, y que ha asegurado su actualidad y permanente adaptabilidad. Ese homenaje no podía dejar de prestarse a los dos primeros Presidentes del Tribunal Constitucional, Manuel GARCÍA-PELAYO y FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, desgraciadamente fallecidos, el Presidente TOMÁS Y VALIENTE como consecuencia de un execrable asesinato terrorista. Su presencia en esta obra a través de sendas contribuciones luminosas sobre la Constitución, además de expresar nuestro reconocimiento a su fecunda tarea en la fundación de la jurisdicción constitucional, tiene el propósito de preservar su memoria, vinculando su pensamiento a este libro. Varios de los autores que participaron en la primera edición han fallecido, muchos de ellos muy queridos por nosotros —sirva de ejemplo el recuerdo entrañable a Jesús LEGUINA—. Hemos procurado mantener sus iniciales aportaciones con su necesaria puesta al día, en muestra de nuestro reconocimiento a todos ellos, y también a los magistrados ya desaparecidos cuyas sentencias, en las que fueron ponentes o deliberaron colegiadamente, nos continúan alumbrando.

Esta segunda edición no hubiera sido posible sin el apoyo económico y técnico del Boletín Oficial del Estado, ni sin el firme apoyo, no solo moral, de la Editorial Wolters Kluwer. La Fundación que lleva su nombre, y que ha tomado la iniciativa de promover la nueva edición de estos Comentarios, ha tenido la amabilidad de encargarnos la dirección de la obra, un encargo que hemos de agradecer, y que no hubiéramos podido realizar sin la valiosa colaboración de dos ilustres editores, Enrique ARNALDO y Jesús REMÓN, y de la inestimable ayuda de los dos coordinadores de la primera edición, Mercedes PÉREZ MANZANO e Ignacio BORRAJO INIESTA, que han asumido la tarea de organizar y poner en orden una obra colectiva con numerosos y valiosos colaboradores. Debemos hacer público nuestro reconocimiento y agradecimiento a los autores que han desempeña-

do con sumo acierto la tarea encomendada, respetando el breve plazo concedido y los límites físicos impuestos a su colaboración. La Fundación y su presidenta Rosalina DÍAZ VALCÁRCEL, verdadera alma de esta edición, han respetado la plena libertad de los directores y estos, a su vez, la de los diversos autores de una obra plural y pluralista, que expresa el parecer libre y abierto de cada uno de ellos, que comprometen con su firma personal.

El esfuerzo de todos los que han hecho posible la publicación de estos Comentarios se vería realmente compensado si recibieran la excelente acogida que tuvo su primera edición. Pero en ello sus lectores, a cuyo servicio hemos trabajado ilusionadamente para hacerla posible, son los que tienen la última palabra.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

La Constitución^(*)

Sumario: I. Breve concepto de Constitución. II. Funciones de la Constitución. III. El Estado social y democrático de Derecho. IV. El Estado autonómico. V. La monarquía parlamentaria. VI. La Corona y el Rey. VII. Las Cortes y el Gobierno. VIII. El poder judicial. IX. El Tribunal Constitucional.

MANUEL GARCÍA PELAYO

PRIMER PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. BREVE CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Dicho en términos simples, una Constitución es un conjunto sistemático de normas jurídicas dotadas de mayor estabilidad que las restantes, en virtud del método más dificultoso de su reforma, y que, inspirándose en ciertos valores y principios, establece: *i*) unos derechos y libertades de los ciudadanos que no pueden ser lesionados por los poderes públicos y que, por consiguiente, ponen un límite jurídico a la acción de éstos, y *ii*) una división del poder del Estado entre distintos órganos a los que las normas constitucionales asignan unas determinadas funciones, unos poderes para llevarlas a cabo y unas formas bajo las que éstos han de ser ejercidos. A esta unidad de función, poderes y formas se la suele llamar competencia. Ninguno de los poderes puede invadir la esfera de competencia de otro, pero deben articularse y coope-

rar entre sí, de acuerdo con los métodos establecidos por la Constitución, a fin de lograr la unidad de acción y de decisión del Estado. Los poderes de los órganos del Estado existen, pues, en virtud de la Constitución, siendo, así, «poderes constituidos». La Constitución, en cambio, existe por un acto de poder constituyente, poder ejercido por el pueblo sea indirectamente a través de sus representantes, sea directamente mediante referéndum. Nuestra Constitución fue aprobada por las Cortes (31-X-1978), ratificada por el pueblo (6-XII-1978), y sancionada por el Rey (27-XII-1978).

II. FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

En lo que sigue entendemos por funciones de la Constitución sus aportaciones positivas: *i*) a la integración nacional; *ii*) a la fundamentación de la legitimidad; *iii*) a la estabili-

(*) Publicado en P. LAÍN ENTRALGO, *Los estudios de un joven de hoy*, Madrid, 1982, Fundación Universidad-Empresa, Instituto de Cooperación Iberoamericana, págs. 59-71.

La Constitución

zación del sistema político, y *iv*) a la ordenación del sistema jurídico.

1. Se entiende por *integración* el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en unidad, no sólo sin perjuicio de la autonomía de las partes, sino más bien por la interacción y participación de éstas. Lo que distingue a la unidad por integración de la unidad por dominación es que la primera se construye por la participación activa y ascendente de las partes integrantes, mientras que la segunda lo es por la aplicación unilateral de unos criterios impuestos por un poder superpuesto a la sociedad.

De modo latente o manifiesto, reprimido o libre, toda sociedad nacional es pluralista, es decir, se compone de una pluralidad de partidos y de tendencias políticas, de organizaciones, grupos o estratos sociales con criterios e intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, de comarcas o regiones, cada una de ellas con sus propias peculiaridades, etc. Pero el pluralismo no es solamente un hecho que haya de reconocer o que conllevar, sino también un valor a estimar, ya que es significativo de la riqueza histórico-cultural de una sociedad, así como del grado de desarrollo de ésta, pues todo desarrollo implica complejidad, es decir, multiplicidad de partes y de relaciones entre ellas, y es, en fin, supuesto de una sociedad libre, democrática y abierta hacia el futuro, para cuya configuración proporciona distintas perspectivas y opciones. Por consiguiente, el proceso unificador no ha de partir de una negación cerril del pluralismo, sino de su reconocimiento y estimación como supuesto de una más rica unidad. Ciertamente para ello se precisa que, como contrapunto a la pluralidad, operen ciertos factores unificadores, entre los que podemos contar: los símbolos nacionales; la conciencia de un pasado común, unida a la decisión no menos común de su proyección hacia el futuro; la existencia de un sistema económico nacional que, de un modo u otro, afecte a la situación económica de todos; una mayor densidad de las relaciones entre los compatriotas que entre éstos y los extraños, etc.

No podemos detenernos aquí a examinar cada uno de estos factores y hemos de limitarnos a decir unas palabras sobre la significación integradora de la Constitución. Nuestra Constitución, al tiempo que reconoce el pluralismo como un valor constitucional en más de uno de sus preceptos, establece también las vías para su integración en una unidad. Entre tales vías pueden contarse, muy esquemáticamente, las siguientes: *i*) el reconocimiento de unos valores y principios y el establecimiento de unos derechos y libertades fundamentales en los que participan todos los españoles, con independencia de los grupos sociales o de las entidades territoriales a las que pertenezcan; *ii*) la fijación de unas normas o procedimientos mediante los cuales el pluralismo de los ciudadanos, de los partidos y de las nacionalidades o regiones se oriente hacia procesos unificadores [así, por ejemplo, la aplicación de las normas electorales reduce el pluralismo amorfo de los ciudadanos al pluralismo restringido de los partidos con representación parlamentaria; los procedimientos y normas parlamentarios conducen, a su vez, a integrar los criterios de los partidos representados en la unidad de las decisiones parlamentarias (leyes y otros actos)]; *iii*) la institución de unos órganos (Corona, Cortes, Gobierno, Tribunales, etc.), mediante cuya articulación y cooperación el pluralismo se transforma definitivamente en la voluntad unificada del Estado (el Gobierno presenta a las Cortes un anteproyecto de ley que, discutido por la pluralidad de los grupos parlamentarios, se aprueba con las modificaciones del caso por las Cortes y que una vez sancionado y promulgado por el Rey se convierte, definitivamente, en decisión del Estado).

2. Otra función de la Constitución es proporcionar un fundamento cierto de *legitimidad*. El concepto de legitimidad es complejo, pero para los fines de este escrito podemos definirla como el reconocimiento por los sometidos del derecho al ejercicio del poder por los órganos o personas que lo ejercen. Un poder ilegítimo es un mero hecho al que es preciso someterse en vir-

tud de los medios coactivos de los que dispone y que, en última instancia, inspira un temor capaz de producir la inhibición psicofísica en los sometidos. Un poder legítimo es un poder que, en virtud de los valores y principios reconocidos tanto por los gobernantes como por los gobernados, es capaz de generar motivaciones activas y no solamente pasivas de obediencia. Por eso, la legitimidad no es sólo una exigencia de la dignidad del hombre que repele obedecer a quien no esté legitimado para mandarle, sino que es también una condición para la estabilidad del orden político e incluso para la economía en el ejercicio del poder; pues mientras más legítimo se siente un poder tanto menor será el esfuerzo que necesita para afirmarse, las relaciones entre los gobernantes y los gobernados serán más humanas, más llevaderas y más seguras, y el alto gasto de tensión y energía que supone la afirmación de un poder ilegítimo podrá aplicarse a otros objetivos de la vida pública.

La Constitución es fundamento de legitimidad en cuanto que es un sistema de normas con arreglo a las cuales se determinan qué órganos deben ejercer los poderes del Estado, bajo qué condiciones y dentro de qué límites, de modo que tanto la generalidad de los ciudadanos como los que ejercen el poder sólo están sometidos a las normas, a unas normas que elevan el mando y obediencia desde algo que es a algo que debe ser. Pero si las normas son merecedoras de obediencia es en razón de que encarnan unos principios y valores dignos de estimación y aceptados en su día por todos los españoles, tales como la libertad en sus distintas manifestaciones, la justicia no sólo formal, sino extendida a los aspectos sociales y económicos, la igualdad frente a distintas discriminaciones, el pluralismo político, la unidad indisoluble de la nación española fortalecida por el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, la dignidad de la personalidad, etc. La Constitución es, pues, el fundamento jurídico de la legitimidad de los poderes del Estado.

3. Función de la Constitución es, también, proporcionar un *orden* normativo *estable*

para el desarrollo de la vida política, que, como toda vida, es dinámica: es formular proyectos para el futuro que frecuentemente tendrán que ser reformulados en el curso de su ejecución; es tomar decisiones ante acontecimientos en parte previstos y en parte imprevisos, pero a los que es necesario dar respuesta sin demora; es crear constantemente situaciones deseables, pero también hacer frente a situaciones indeseables; es la permanente y renovada pugna por la participación e influencia en el poder del Estado, pugna de la que son principales, aunque no únicos actores, los partidos políticos. Pero, si es cierto que la vida es necesariamente dinámica, no es menos cierto que precisa someterse a un cierto orden si no quiere terminar en un activismo infecundo y, en última instancia, caótico. En la vida política y estatal este polo firme en medio del fluir de los fenómenos, este factor ordenador del dinamismo, esta posibilidad de continuidad en medio del cambio de los acontecimientos, los proporciona la Constitución en cuanto que establece los principios y valores que han de respetar en todo caso las decisiones políticas, cuál es el ámbito de acción que ni el legislador, ni el Gobierno, ni la Administración pueden traspasar; cuáles son las formas inmutables a las que han de adaptarse los actos políticos mutables para que tengan validez.

4. Frecuentemente se dice que la Constitución es la «norma de las normas» o la norma fundamental, aludiendo con ello a su función de fundamentar y otorgar unidad, orden y estabilidad al sistema jurídico cuya estructura es plural y cambiante. Es plural, ya que está compuesto de una amplia cantidad de normas heterogéneas en cuanto a su contenido (civil, penal, administrativo, laboral, etc.). Es cambiante, ya que, de acuerdo con el dinamismo de la vida colectiva, nuevas necesidades y objetivos obligan a una constante promulgación de nuevas normas y a la reforma o abrogación de las existentes. Tal pluralismo y dinamismo podrían llevar, en última instancia, al desorden, la contradicción y la inseguridad jurídicas, si no fuera porque la Constitución pro-

La Constitución

porciona los factores ordenadores entre los cuales pueden contarse capitalmente los siguientes: en primer lugar, un precepto jurídico sólo es válido si su contenido no contradice el de las normas constitucionales y siempre que haya sido establecido con arreglo a las formas previstas por éstas. En segundo lugar, la Constitución proclama los valores a los que el sistema jurídico no puede contradecir, sino que, más bien, ha de promover, y establece los principios en que ha de fundamentarse, así como ciertas directivas que deben inspirar la acción del legislador. En tercer lugar, la Constitución garantiza el estatus jurídico básico, es decir, el sistema de derechos y de deberes comunes a todos los españoles.

5. Pero es claro que la Constitución no podría cumplir con la función integradora, ni con la de proporcionar un orden estable al fluir de los fenómenos políticos y un fundamento sólido al orden jurídico si sus normas no estuvieran dotadas de mayor firmeza y estabilidad que las demás normas jurídicas. De aquí que sus preceptos sólo puedan ser modificados por métodos más difíciles y rigurosos que los exigidos para la reforma de las restantes leyes, por unos métodos que aseguren sus posibilidades de permanencia de la Constitución y la pongan al margen de impulsos o de tendencias emocionales poco meditadas. Tales métodos están establecidos en el Título X de nuestra Constitución, siendo digno de hacerse notar que, aun dentro de las mismas normas constitucionales, hay algunas a las que se otorga todavía una mayor garantía de permanencia: tales son las contenidas en el Título preliminar, así como las referidas a los derechos y libertades fundamentales (arts. 14 a 29) y a la Corona (arts. 56 a 65).

III. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Nuestra Constitución dice en su art. 1.1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho». Veamos la significación de cada uno de estos términos.

1. En términos generales y abstractos el *Estado de Derecho* es aquel cuyos poderes están delimitados y tasados por las normas jurídicas, de tal modo que se excluya la arbitrariedad de su ejercicio. Es decir, es aquel Estado en el que tanto las relaciones de los ciudadanos entre sí, como las de los poderes públicos con respecto a los ciudadanos y las de tales poderes entre ellos mismos, están delimitadas de la manera más clara y precisa posible por normas jurídicas controlables por Tribunales independientes. Pasando de los términos sintéticos a los analíticos, diremos que el Estado de Derecho establecido por la Constitución española se caracteriza por los siguientes rasgos:

a) Por el reconocimiento de unos derechos fundamentales de los ciudadanos (Capítulo Segundo del Título I de la Constitución) que establecen una esfera de libertad para las personas, inviolable por los poderes del Estado. Estos derechos, entre los que se cuentan los de integridad de la personalidad, los de libertad, los de igualdad, los de participación en las decisiones públicas, etc., son objeto de protecciones especiales frente a sus posibles violaciones por los poderes públicos.

b) Por una distribución de los poderes del Estado entre los distintos órganos con arreglo a unas normas jurídicas que les señalan con precisión el ámbito de su acción y las potestades y las formas para llevarla a cabo, de modo que el ejercicio de cada función del Estado sea el ejercicio de una función jurídicamente ordenada que excluya, por tanto, cualquier uso arbitrario. La Constitución española establece una distribución horizontal de poderes entre los de un mismo nivel que son las Cortes, el Gobierno, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, y una distribución vertical entre poderes de distinto nivel como el Estado central y las Comunidades Autónomas.

c) Por el primado del Derecho, que se configura a su vez: *i*) en la primacía de la Constitución, de manera que ningún acto del Estado,

incluida la actividad legislativa, pueda entrar en contradicción con ella (principio de constitucionalidad), y *ii*) en la primacía de la ley, que significa que los actos estatales expresados en forma de ley predominan sobre todos los demás actos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado están sometidos a la ley (principio de legalidad).

d) La relación entre el ciudadano y los poderes públicos no es una relación unilateral de mando y obediencia, sino una relación jurídica con derechos y obligaciones recíprocos fijados por la Constitución y la ley y determinados, si ha lugar, en cada caso concreto por los Tribunales encargados de la defensa de la legalidad y de la constitucionalidad.

2. El *Estado social* parte de los siguientes supuestos:

a) Que la libertad y la igualdad sobre la que se sustenta la dignidad del hombre son irreales si el sujeto de tales derechos está económicamente bajo la dependencia unilateral de otros hombres o de otros grupos de hombres, o simplemente abrumado por la satisfacción de sus necesidades económicas más perentorias, y que, por tanto, es función del Estado allanar las coerciones de esta índole que impiden o lesionan el ejercicio efectivo de tales derechos.

b) Que la condición de ciudadano exige no sólo el derecho a la participación en las decisiones políticas, sino también en los bienes culturales y materiales de la nación, bien entendido que no se trata de que todos los individuos y grupos tengan la misma situación socio-económica, pero sí de eliminar las excesivas distinciones y antagonismos entre ellos.

En estos sentidos nuestra Constitución establece que la propiedad privada tendrá como límite su funcionalidad social (art. 32.3); que todos tienen derecho a la educación (art. 27.1); que es misión de los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad entre los individuos y los grupos sea real y efectiva y remover los obstáculos para

la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, cultural y social (art. 9.2) y, en fin, que toda la riqueza del país, pública y privada, está subordinada al interés general (art. 128.1). Con todo ello no se trata solamente de realizar los principios de justicia social o de elevar la dignidad de los ciudadanos, sino también de construir una sociedad estable en la que se aminoren las causas y la intensidad de los conflictos sociales.

c) Que del mismo modo que todos los ciudadanos poseen un estatus fundamental y mínimo que debe ser respetado por los poderes públicos, así también tienen derecho a un mínimo vital en función de sus necesidades familiares, de cuya efectividad han de cuidar dichos poderes mediante las correspondientes medidas legislativas y administrativas. Este mínimo vital es, a su vez, punto de partida para una mejora constante y equitativa de las condiciones de vida de la generalidad de los ciudadanos en proporción al crecimiento económico del país. En estos aspectos nuestra Constitución establece que el trabajo será remunerado de modo que pueda satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia (art. 35.2), que la familia debe ser protegida social y económicamente (art. 39-1), que todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna (art. 47), etc.

d) Que la idea misma de comunidad nacional exige que el Estado, como expresión de tal comunidad, cuide de aquellas personas o grupos de personas que transitoria o permanentemente se encuentren en situación de inferioridad vital por causas ajenas a su voluntad, como la minusvalidez, el desempleo, la ancianidad, etc.

e) Con independencia de la situación socio-económica de ciertas personas, grupos o estratos sociales, el hombre que vive en una sociedad desarrollada necesita, para desplegar su vida, de una serie de bienes o servicios que no puede crear o gestionar por sí mismo, que ha de utilizar o disfrutar, pero sobre los que no tiene control. Siendo así las cosas, es función

La Constitución

del Estado social procurar a todos la mejor utilización de estos bienes. En este sentido puede reservar al sector público recursos o servicios esenciales para la sociedad o el desarrollo económico, o intervenir empresas cuando así lo exija el interés general (art. 128.2), debe proteger la salud (art. 43), conservar el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1), defender a los consumidores y usuarios (art. 51), generalizar los servicios de seguridad social, etc.

3. Un *Estado democrático* es aquel donde el pueblo es la fuente de la que emanan los poderes estatales (art. 1.2 CE) o, más concretamente, donde los ciudadanos participan en la toma y control de las decisiones del Estado, sea directamente, sea a través de sus representantes.

En el primer caso nos encontramos con la democracia directa, que en nuestra Constitución toma la forma de referéndum, reservado para decisiones muy relevantes y mediante el cual todos los ciudadanos españoles aprueban o rechazan las cuestiones que les sean planteadas de acuerdo con lo establecido en los preceptos constitucionales.

En el segundo caso nos encontramos con la democracia indirecta o representativa ejercida por las Cortes, compuestas de diputados y senadores elegidos por todos los españoles mayores de 18 años. (Sobre sus atribuciones trataremos más adelante en el apartado VII.)

En nuestro tiempo la vigencia del sistema democrático es imposible si no se dan ciertas condiciones, entre las cuales destacamos las siguientes: en primer lugar, la garantía de unas libertades políticas, y especialmente de aquellas directamente relacionadas con la formación de distintas corrientes de opinión pública tales como los derechos de reunión (art. 27 CE), de participación en los asuntos públicos (art. 23), de expresar y difundir libremente las opiniones y recibir y comunicar información (art. 20). En este sentido el sistema democrático pluralista está indisoluble-

mente unido al Estado de Derecho que, como hemos visto más arriba [III, 1, a)], garantiza los derechos fundamentales. Pero, además, la vigencia de la democracia exige la existencia de una pluralidad de partidos políticos en competencia por las adhesiones y votos del electorado, que le proporcionen a éste programas y equipos gobernantes alternativos y que capten las demandas de los distintos grupos de la población y los transformen en objetivos concretos a satisfacer por medio de leyes y medidas de gobierno. Los partidos estarán más o menos representados en el Parlamento en función de la confianza que ofrezcan a los electores o, dicho de otro modo, son responsables ante el pueblo, en el sentido de que éste orientará su voto en las próximas elecciones hacia unos u otros partidos según que hayan satisfecho o defraudado sus esperanzas en la pasada legislatura. Los partidos políticos no son la única, pero sí la principal expresión del pluralismo político reconocido como uno de los valores fundamentales por nuestra Constitución (art. 1.1), la cual garantiza la libertad para su formación y para el ejercicio de sus actividades (art. 6).

La democracia política asegura, como hemos visto, la participación de los ciudadanos en las decisiones del Estado, pero el hombre no es solamente ciudadano, sino también padre de familia, profesional, obrero, empresario, miembro de una u otra entidad, interesada directa o preferentemente en determinados servicios públicos, etc. En este sentido, nuestra Constitución no sólo establece y asegura la democracia política, sino que contiene también ciertas normas programáticas para la participación democrática en la esfera socioeconómica. Así, ha establecido que los profesores, los padres y, en ciertos casos, los alumnos intervengan en la gestión de los centros docentes con financiación estatal (art. 27.7), prevé la participación de los interesados en la Seguridad Social (art. 129), la de los trabajadores en la empresa (art. 129), la de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la

planificación, y prevé la formación de un Consejo Económico y Social en el que estén representadas estas organizaciones (art. 131.2). Así como los partidos son los principales agentes de la democracia política pluralista, así lo son los sindicatos y las asociaciones empresariales de la democracia económica, cuya existencia y libertad están garantizadas por el art. 7 de la Constitución.

IV. EL ESTADO AUTONÓMICO

El Estado español, además de ser un Estado social y democrático de Derecho, es un Estado autonómico. Así se desprende de los arts. 2.1 y 137 de la Constitución, el primero de los cuales afirma la indisoluble unidad de la nación española al tiempo que reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran, y el segundo, que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas. No es necesario ocuparnos aquí de lo que se entiende por región, pero sí será, quizá, conveniente aclarar que, si bien la Constitución no define la nacionalidad, puede entenderse por ella una región dotada de peculiares características históricas y culturales —ante todo una lengua más o menos desarrollada literariamente— y acaso también una cierta composición étnica. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional la distinción entre nacionalidades y regiones no tiene efectos formales, pues ambas se configuran como Comunidades Autónomas. De cómo se accede a Comunidad Autónoma trata ampliamente el Título VIII de la Constitución, en cuyos detalles es imposible entrar aquí. Sí, en cambio, hemos de decir unas palabras sobre lo que significa, tanto en general como concretamente en la Constitución española, la noción de autonomía.

En primer término, la autonomía supone la integración indisoluble de la entidad autonómica en una unidad superior, pues, sin tal especie de integración no estaríamos ante la autonomía, sino ante la soberanía. La unidad

superior es, en nuestro caso, el Estado nacional español con su lengua común a todos los españoles (art. 3.1), sus símbolos (arts. 4.1 y 56.1), sus derechos fundamentales válidos para todos los ciudadanos, sus instituciones representativas de la totalidad de la nación o que extienden su acción a todo el territorio de ella. Bajo el supuesto de esta integración y en el marco y condiciones de la Constitución española, la autonomía comprende fundamentalmente los siguientes derechos:

a) El derecho a decidir y a gestionar por sus propios órganos legislativos y ejecutivos los asuntos que, de acuerdo con los términos establecidos por sus respectivos Estatutos, correspondan a cada Comunidad Autónoma. El Estatuto es formulado, dentro de las vías y límites establecidos en la Constitución, por cada Comunidad Autónoma, pero, en todo caso, las Cortes han de intervenir en su aprobación y ha de ser sancionado por el Rey.

b) El derecho a coparticipar en las decisiones de la totalidad del Estado nacional, que se lleva a cabo en nuestro sistema constitucional por la posibilidad de crear partidos regionales que hagan presente en las Cortes los criterios de las Comunidades Autónomas, y, muy especialmente, por la composición del Senado, al que la Constitución define como «Cámara de representación territorial» y en el que, aparte de los senadores que le correspondan por cada provincia, cada Comunidad Autónoma elige un número de senadores variable en función de su número de habitantes.

A ello hay que añadir que las Comunidades Autónomas tienen iniciativa legislativa ante las Cortes (art. 87.2).

c) Un tercer rasgo de la autonomía, sin el que la integración no sería posible, es la solidaridad entre todas las Comunidades Autónomas (art. 2.1), de manera que no puedan darse situaciones de desequilibrio o privilegios económicos: para corregir tal eventualidad el Estado está obligado a crear un fondo de compensación económica.

La Constitución

V. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La monarquía constitucional es aquella donde los poderes y funciones del monarca están establecidos y delimitados por la Constitución. La monarquía parlamentaria —que según el art. 1.3 de nuestra Constitución es la forma política del Estado español— es una modalidad de la monarquía constitucional caracterizada por distintos rangos, entre los que nos limitamos a destacar: *i)* los actos del rey para ser válidos han de estar refrendados por el presidente del Gobierno o por uno de sus ministros, siendo responsable de tales actos la persona que los refrenda; *ii)* el Gobierno, si bien es nombrado por el rey, ha de contar con la confianza de la mayoría del Parlamento, debiendo dimitir cuando la pierda y quedando permanentemente sometido a su control; *iii)* estas facultades del Parlamento son ejercidas de acuerdo con unas normas que dejan la suficiente autonomía de acción al Gobierno.

VI. LA CORONA Y EL REY

1. Nuestra Constitución dedica su Título II a la Corona. La Corona es una institución que, permaneciendo a lo largo de la historia, trasciende a las personas físicas de los reyes que en cada momento le dan presencia. Es sujeto de ciertas titulaturas, honores, derechos y deberes, variables históricamente en función de su adaptación a los distintos tiempos y circunstancias políticas. La Corona está doblemente vinculada a un país —Corona de España, Corona de Inglaterra, etc.— y a una dinastía, en nuestro caso a la dinastía histórica española (art. 37 CE). Las funciones y potestades del Rey son subjetivación de las funciones y potestades de la Corona y, a su vez, éstas sólo pueden ser ejercidas por la persona a quien con arreglo «al orden dinástico» le corresponde ser Rey o, transitoriamente y en ciertos casos previstos por la Constitución, por la Regencia. La Corona, en fin, aun siendo una institución que se ha ido formando a lo largo del curso histórico, no puede tener otra

configuración jurídica pública que la reconocida o establecida por la Constitución.

2. El Rey —según el art. 56 de la Constitución— es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado, es decir, lo personifica y le da presencia visible más allá de los distintos pluralismos y divergencias que puedan manifestarse en cada momento o coyuntura en la sociedad española. Dada la duración vitalicia de su cargo trasciende a las personas que están temporalmente al frente de otros órganos de Estado y de las orientaciones políticas en las que puedan inspirarse. Su posición en el sistema constitucional le sitúa en condición de adquirir con el curso del tiempo una visión de conjunto y una rica experiencia. Por todo ello, el Rey es *per se* un factor de integración de primer orden en el que la mutabilidad de los tiempos y la diversidad de las tendencias se transfiguran en unidad y, en este sentido, ha dicho con razón el eminente jurista R. SMEND que la peculiaridad de la integración monárquica radica en su simbolización de los valores de la comunidad estatal y que, por ello, el vótor o la ovación al monarca son, más allá que un honor a su persona, un acto en el que el pueblo expresa la conciencia de su unidad estatal.

La significación integradora del monarca se muestra también en puntos jurídicos concretos. En este sentido, es el vértice en el que se unen la dimensión civil y militar del Estado. Ostenta la más alta representación de éste en las relaciones internacionales. Participa en la acción de otros órganos del Estado o es el punto de referencia y articulación entre ellos: así, aunque a propuesta de otros órganos nombra a la mayoría de los titulares de los altos cargos del Estado y a los presidentes de las Comunidades Autónomas, convoca y disuelve las Cortes y sanciona y promulga las leyes aprobadas por éstas, la Justicia es administrada en su nombre por Tribunales independientes, ejerce el alto patronato de las Reales Academias, etc.

El Rey de una monarquía constitucional y parlamentaria ha de ser una instancia neutral,

un *pouvoir neutre*, como decía en el siglo pasado Benjamín CONSTANT, un poder que se limita a cuidar del funcionamiento regular de los demás poderes, de cuyos actos son responsables el presidente del Gobierno o los ministros. Pero que el Rey no pueda imponer sus criterios no significa que no los tenga y que no los haga saber, y, en este sentido, un famoso constitucionalista británico del siglo pasado afirmaba con razón que el Rey tiene el derecho a estar informado por su Gobierno, a animarle a emprender una línea política o a prevenirle de las malas consecuencias que ésta pudiera tener. Además, la mayor parte de las potestades del Rey lo son en cooperación con las de otros órganos a fin de cumplir conjuntamente una función del Estado establecida por la Constitución.

VII. LAS CORTES Y EL GOBIERNO

1. Las Cortes representan al pueblo español que ejerce a través de ellas su soberanía. Al igual que el Parlamento de muchos países, se componen de dos Cámaras, con funciones y poderes distintos pero convergentes. Tales Cámaras son el Congreso y el Senado. Ambas están compuestas por representantes elegidos por todos los españoles mayores de 18 años, pero mientras el Congreso representa al pueblo español en su universalidad, el Senado, en tanto que «Cámara de representación territorial», lo representa en su ordenación en provincias y Comunidades Autónomas. La duración normal de las Cortes es de cuatro años, pero pueden ser disueltas por el Rey antes de cumplir su mandato y dentro de ciertos supuestos fijados por la Constitución (arts. 99.5 y 115).
2. El Gobierno, a quien le corresponde la dirección política y administrativa *del país*, está compuesto por el presidente y los ministros. Sólo puede ser nombrado presidente la persona que, propuesta por el Rey al Congreso, es aprobada por la mayoría de éste. Los ministros son nombrados y separados por el Rey a propuesta del presidente del Gobierno.
3. La función legislativa es llevada a cabo fundamentalmente por las Cortes, con una importante participación del Gobierno, quien no sólo comparte con los diputados y senadores la iniciativa legislativa, sino que es quien, tanto en España como en los demás países, presenta la mayoría de los proyectos legislativos. Discutidos en primer lugar por el Congreso, pueden ser vetados o enmendados por el Senado, pero la decisión definitiva sobre su contenido y aprobación pertenece al Congreso. Junto a las leyes ordinarias, nuestra Constitución distingue otras especies de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley, tanto en razón de su estabilidad, como en razón de la necesidad de hacer frente por métodos rápidos a situaciones complejas o de urgencia. En el primer sentido, junto a las leyes ordinarias, cuya aprobación requiere la mayoría simple del Congreso, están las leyes orgánicas reservadas para ciertas materias a las que importa regular de un modo estable y que requieren para su aprobación, abrogación o reforma la mayoría absoluta; en el segundo sentido, el Gobierno, previa autorización de las Cortes y bajo las bases y límites establecidos por éstas, podrá legislar por Decreto legislativo o, en caso de urgencia y no estando reunidas las Cortes, por su propia iniciativa mediante Decretos-leyes que han de ser ratificados en el plazo más breve posible por el Congreso.
4. Nuestra Constitución ha tratado de hermanar la firmeza y estabilidad del Gobierno con su responsabilidad ante las Cámaras. El Gobierno ejerce una cierta función directiva de las Cortes tanto por la presentación ante ellas de la mayoría de los proyectos de ley como por la iniciativa para la fijación de orientaciones y planes políticos, pudiendo poner a las Cortes ante la grave disyuntiva de aceptar sus puntos de vista o de tener que proceder a la formación de un nuevo Gobierno, y puede, en fin, proponer al Rey la disolución de las mismas en los términos establecidos por el art. 115 de la Constitución. Pero, por otra parte, el Gobierno debe responder las preguntas e interpelaciones de las Cámaras y contar

La Constitución

para su permanencia con la confianza de la mayoría del Congreso de los Diputados, debiendo dimitir cuando la mayoría de esta Cámara apruebe una moción de censura. No obstante, a fin de evitar mociones de censura poco meditadas que lesionarían gravemente la estabilidad gubernamental y, por tanto, la continuidad en la dirección política del Estado, se imponen ciertas condiciones para la presentación de tales mociones, entre las que se cuenta la propuesta de un candidato alternativo para la presidencia del Gobierno.

VIII. EL PODER JUDICIAL

El Poder judicial tiene como misión juzgar la aplicación de la ley a los casos concretos que le sean planteados y hacer ejecutar lo juzgado. Está compuesto por Jueces y Magistrados sólo sometidos a la Constitución y a las leyes e independientes de cualquier otro órgano en el ejercicio de su función de juzgar. A fin de fortalecer su independencia tiene su propio órgano de gobierno interno que es el Consejo General del Poder Judicial, compuesto de veinte miembros nombrados por el Rey (doce a propuesta de los mismos Jueces y Magistrados, cuatro a propuesta del Congreso y cuatro a propuesta del Senado), y que tiene entre sus misiones el régimen de destinos y ascensos de los Jueces y Magistrados.

IX. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional —compuesto por doce Magistrados nombrados por el Rey a propuesta del Congreso, del Senado, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial— es la coronación del sistema constitucional. Intérprete supremo de la Constitución tiene como misión la defensa jurídica de ésta, juzgando para ello de la constitucionalidad de los actos de los poderes del Estado, que quedan, así, sometidos a sus decisiones. Para el cumplimiento de esta misión, el Tribunal ejerce las competencias que le ha otorgado la Constitución y su Ley Orgánica y que son, en síntesis, las siguientes: *i*) a petición de los interesados, entiende de las lesiones a los derechos y libertades fundamentales por parte de los poderes públicos; *ii*) a solicitud de ciertos órganos del Estado, juzga de la constitucionalidad de las leyes pudiendo y debiendo declararlas nulas si no son conformes a la Constitución; *iii*) resuelve los conflictos que puedan plantearse, por el ámbito de sus respectivas atribuciones, entre los órganos superiores del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí. A través del ejercicio de estas competencias el Tribunal Constitucional asegura el principio de primacía de la Constitución sobre las normas y actos del Estado y en este sentido es el órgano que garantiza la plenitud del Estado de Derecho.

Constitución^(*)

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

SEGUNDO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decía GARCÍA-PELAYO que «el de Constitución es uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario». Esta afirmación, sin duda exagerada porque la elaboración de tal concepto también encierra una intención cognoscitiva, es aplicable sin embargo con todo rigor al momento histórico, último tercio del siglo XVIII, en que se comienza a escribir y a hablar sobre la escurridiza realidad nombrada con un término siempre ambiguo, pero nunca neutro, sino cargado de significación política interesada.

Poco a poco fueron admitiéndose algunas características de la Constitución, a saber:

a) La Constitución hace referencia a la organización del poder político, pero no a cualquier forma abstracta o configuración histórica de él, no al poder del tirano o del Estado despótico, y así MONTESQUIEU escribió: «C'est que dans ces États [despotiques] il n'y a point des lois, pour ainsi dire» (*Esprit*, XIX, 12). No se habla de Constitución en relación con el

poder en estado puro ejercido como fuerza (*Macht*) frente a quienes lo soportan, sino con el poder concebido como dominio o soberanía (*Herrschaft*), de alguna manera regulado por el Derecho y ejercido sobre quienes con sus derechos limitan ese poder o incluso participan de él.

b) La Constitución es algo que viene del pasado, se legitima por su antigüedad y es emocionalmente recibido y vivido como herencia, o es algo proyectado hacia el futuro y legitimado por su racionalidad, acaso revolucionaria.

c) La Constitución obliga, tanto si se la entiende como tradición o como ley nueva, y tiene fuerza vinculante hasta para los titulares del poder político.

En los últimos decenios del siglo XVIII se perfila el *concepto histórico de la Constitución* (principal pero no exclusivamente en Gran Bretaña) allí como reacción y antídoto contra el concepto revolucionario de la Constitución triunfante en las colonias norteamericanas en trance de independizarse o en la

(*) Versión extractada del escrito del mismo título publicado en *Constitución; escritos de introducción histórica*, Prólogo de Bartolomé CLAVERO, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Constitución

Francia de 1789. BURKE defiende con apasionamiento contrarrevolucionario la Constitución como tradición: «Si deseáis conocer el espíritu de nuestra Constitución [...] buscadlo en nuestras historias, en nuestros archivos, en las actas parlamentarias, en los diarios de las Cortes». Desde la Carta Magna de 1215 hasta el Hill de derechos de 1689 o el Acta de Establecimiento de 1701 la Constitución británica se presenta ante los ojos de BURKE como un continuo, «como un legado de nuestros mayores», ciertamente no inmutable, pero en el que todas las reformas se han llevado a cabo respetando aquel espíritu, es decir, con arreglo al «principio del respeto al pasado», lo cual significa no sólo lealtad a una «herencia vinculada, que llega a nosotros desde nuestros mayores para ser transmitida a nuestra descendencia», sino también la obediencia a un sabio pragmatismo, porque «la ciencia práctica del gobierno» se basa en la experiencia y, por consiguiente, «sólo con infinitas precauciones se podría uno aventurar a destruir un edificio (la Constitución histórica) que durante siglos ha cumplido de manera conveniente los fines generales de una sociedad».

Distintas versiones de este historicismo reaparecieron en distintos momentos de la historia europea: así, está situado en el fondo del liberalismo doctrinario francés, del pensamiento de la Escuela Histórica del Derecho y del romanticismo alemanes, y resucita con el renacimiento de cualquier nacionalismo que no puede olvidar la exaltación de unos fueros, o leyes, o costumbres —o todo ello— integrantes de una Constitución histórica que fuerzas enemigas han procurado sin éxito destruir, porque en último término la Constitución histórica permanece asociada de forma tan misteriosa como imperecedera a un «espíritu del pueblo» del que emana, o a unas «señas de identidad» en ella reflejadas. El doctrinarismo español, con JOVELLANOS como precedente y CÁNOVAS DEL CASTILLO como epígono, invocó la existencia de una «Constitución de Castilla» o «Constitución histórica» de España, y «la esencia de la Constitución

monárquica» como vínculos a respetar a la hora de elaborar una Constitución escrita. Considerando la Monarquía elemento integrante de la nación española y al monarca cotitular de esa soberanía y de una potestad legislativa siempre ejercida «por las Cortes con el Rey». La Constitución legal o escrita habría de respetar la «Constitución interna» de la nación como cristalización vinculante de su historia de modo que la voluntad se encuentra limitada por la fidelidad a la Constitución histórica.

Existe un concepto *sociológico de Constitución* consistente en considerarla como producto de condiciones o supuestos dados en cada sociedad, con los que guarda no sólo una relación de coexistencia y de influencia recíprocas, sino una relación de derivación, puesto que la determinan y la hacen ser como es. MONTESQUIEU insistía de modo especial en el clima y en la naturaleza circundante que, produciendo en los pueblos distintos caracteres nacionales, condicionaba sus leyes en general y las políticas en particular (ESPRIT, XV-XVIII). MARX entendía que las relaciones económicas determinaban, o al menos condicionaban fuertemente la Constitución de cada país: es la infraestructura socioeconómica la que manda, fundamenta y constituye las relaciones de poder político y la Constitución no es más que su formalización jurídica. El enfoque sociológico contribuye a poner de relieve, por un lado, la insuficiencia del concepto formal de Constitución y la ingenuidad de cualquier legalismo que pretenda identificar el cambio de o en la Constitución formal de la Constitución como ley, con el cambio en la realidad que cada Constitución trata de conformar. Más en particular el concepto marxista de la superioridad y causación de los presupuestos socioeconómicos sobre los políticos ha llevado en la práctica política a unas Constituciones, las de las llamadas democracias populares, desviadas de la línea del constitucionalismo liberal-democrático que exponemos enseguida. El fracaso histórico de este modo de entender la primacía de la Economía, el Estado de partido único, la

infravaloración de las libertades «formales» y el concepto vicario de la Constitución no debería conducir a un cómodo e interesado olvido del pensamiento marxista, prematuramente enterrado por muchos, pero sí justifica que en la exposición presente abandonemos este tipo de Constituciones.

Según un *concepto racional normativo*, se puede definir 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”» (GARCÍA-PELAYO).

Fueron dos sociedades en trance de ruptura, la norteamericana respecto a la metrópoli y la francesa frente al *Ancient Régime*, las que alumbraron una concepción de la Constitución como ley nueva, sencilla, superior a cualquier otra, expresión de la voluntad constituyente de la nación (francesa) o del pueblo (de los Estados Unidos), el instrumento normativo que declara y garantiza («la Constitution garantit...», dice en varios pasajes la francesa de 1791) los «derechos naturales de toda la humanidad» (Th. PAINE, 1776), es decir, «les droits naturels, inaliénables, et sacrés de l'homme» (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789).

La Constitución no viene del pasado, sino que rompe con él. La francesa de 1791 dedica un solemne párrafo inicial a declarar la voluntad de la Asamblea nacional de abolir irrevocablemente aquellas instituciones y privilegios del pasado (nobleza, régimen feudal, oficios públicos venales...: «qui blessaient la liberté et l'égalité des droits»). La norteamericana de 1787 estuvo precedida por la Declaración de independencia de 1776. Es una ley *nueva*.

Sencilla, como corresponde a la intención ilustrada de claridad legislativa, y al propósito de que todo ciudadano la entienda, para que no ocurra como con la Constitución de

Inglaterra que «es tan desordenada y compleja que la nación puede sufrir sus defectos durante años sin que se pueda descubrir dónde residen» (Th. PAINE). Debe ser obra del *common sense*. O de la razón, y «la razón no gusta del misterio» (SIEYES).

La Constitución reconoce «el principio de la soberanía del pueblo, es decir, la supremacía de la voluntad general sobre todas las voluntades particulares» (B. CONSTANT). Y esa soberanía se expresa con un *acto fundante del poder constituyente*. Por eso dirá Th. PAINE, comentando la revolución de 1789, que la Constitución «no tiene una existencia ideal, sino real». Es algo que antecede al gobierno, pues un gobierno no es más que la criatura de una Constitución. Hay, pues, un *poder constituyente* y varios *poderes constituidos*. «La Constitución de un país no es el acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno» (Th. PAINE, 1791). De ahí arranca su *superioridad normativa* como obra de ese radical poder constituyente y no de un derivado poder legislativo constituido u ordinario del que procederán después las demás leyes.

Por último, *los derechos naturales* que dentro del pensamiento pactista son el principio y fundamento del Estado, puesto que al pactar el nacimiento de éste los hombres pretenden conservar aquéllos, concebidos como libertades individuales que el Estado debe asegurar protegiendo su ejercicio, su disfrute. Ahora bien, se da la paradoja de que el mayor enemigo de la libertad individual no es el Estado, su garante, pero sí los oficiales encargados de ejercer dentro del Estado los diferentes ámbitos del poder político. De ahí que «la separación de todos los poderes públicos, así como una buena constitución sobre los mismos, son la única garantía que puede preservar a la nación y a los ciudadanos» de los abusos de aquellos mandatarios del Estado (SIEYES, 1789).

De todo lo expuesto deriva el *concepto mínimo* de Constitución expuesto en el art. 16 de la Declaración de 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assu-

Constitución

rée, ni la séparation des puvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Sin esos elementos, una ley podrá denominarse Constitución, pero no lo será. A finales del siglo XVIII se creía que éstos eran los requisitos mínimos para que una sedicente Constitución cumpliera con las exigencias éticas y políticas inherentes a una verdadera Constitución. De ahí hacia arriba, una Constitución debía procurar la realización de la mayor carga utópica que fuera posible. Todo legislador constituyente debía poner su mayor entusiasmo para lograr «la más noble y pura Constitución sobre la faz de la tierra» (Th. PAINE). Pero si el techo utópico llegaba al cielo, el *mínimo histórico*, es decir, las exigencias éticas y políticas mínimas a la altura de 1789 eran división de poderes y garantía de derechos. Lo que importa señalar es la necesidad de que una auténtica Constitución, y no la que lo sea sólo de manera formal o aparente, ha de encerrar unos contenidos materiales mínimos, un determinado contenido axiológico «como mínimo irreductible de una auténtica Constitución: el electorado soberano», la necesaria coordinación entre los poderes como complemento a su separación y equilibrio (y «un método racional de la reforma constitucional», LÖWENSTEIN). Las Constituciones que no tengan esa carga axiológica ni logren una limitación y racionalización democrática del poder, no eran ni son Constituciones normativas o en sentido racional-normativo, sino sólo aparentes Constituciones o *Constituciones semánticas* (K. LÖWENSTEIN), como las que se dan en muchos países en beneficio de los detentadores del poder fáctico. En esos casos, la vestidura constitucional no es en verdad «un traje, sino un disfraz».

Los anteriores enfoques (histórico, sociológico, racional-normativo y mínimo) son tal vez excluyentes como conceptos tipos weberianos, pero son compatibles como perspectivas metodológicas a tener en cuenta a la hora de elaborar una Constitución. No hay una sola receta para cocinar el *pudding*, que debe ser elaborado a partir de unos ingredientes mínimos sin los cuales el *pudding* no es tal, sino

engañoso apariencia. Pero también es prudente que el legislador constituyente tenga en cuenta la historia nacional, la Constitución histórica recibida y la realidad económica, cultural, religiosa, lingüística, etc., de la sociedad política sobre la cual ha de construir, *id est*, constituir un Estado democrático, para mejor garantizar la vigencia efectiva o material de la ley llamada Constitución, que no es, desde luego que no, una ley como otra cualquiera, sino superior a todas.

Hubo una cultura predominantemente política de la Revolución francesa, y hubo una cultura jurídica de la Revolución americana como sustrato predominante de aquella revolución constitucional.

En los Estados Unidos la Constitución es ante todo un instrumento jurídico de cohesión entre las colonias convertidas en Estados e integradas en la Unión. Estructura federal, control judicial de la constitucionalidad de las leyes y supremacía normativa de la Constitución son aportaciones originales del constitucionalismo norteamericano, vinculadas al precedente colonial y, dentro de la cultura constitucional británica, a la corriente judicialista representada en el siglo XVIII por Blackstone, en el XVII por Sir Edward COKE e incluso a mediados del XIII por Bracton con su distinción entre *gubernaculum* y *jurisdictio*. El juridicismo norteamericano no ha sido intrascendente: quizá resida en él, en su preocupación por la técnica jurídica y en su atribución a la vía judicial (*judicial review*) de la defensa de la Constitución, la ininterrumpida y efectiva vigencia de la misma durante ya más de dos siglos, frente a la vida efímera de la Constitución francesa de 1791 y de tantas otras Constituciones europeas.

La supremacía de la Constitución de 1787 se afirma sobre las de los Estados y sobre las leyes de los mismos, como «the supreme law of the land» (artículo VI, párr. 2.º), y los Jueces de cada Estado están obligados a observarla, *id est*, a cumplir la Constitución, «aun cuando se encuentren en la Constitución de cual-

quier Estado o en sus leyes alguna disposición que la contradiga». Estas normas del artículo VI establecen, pues, dos mecanismos jurídicos complementarios: la superioridad normativa de la Constitución, contra la cual no pueden prevalecer ni la Constitución de los Estados miembros ni sus leyes, y, por otra parte, la vinculación directa de la Constitución a los Jueces que deben cumplirla como norma preferente en virtud de lo que A. Hamilton denominó poco después en *The Federalist* su «superior obligation and validity». Gobierno de las leyes y no de los hombres, pero gobierno, es decir, dominio y prevalencia de la Constitución sobre las leyes.

Para Alexander HAMILTON, John JAY y James MADISON, siendo la Constitución rígida, el poder legislativo ordinario resulta limitado y sometido a ella, lo que sólo puede ser controlado por vía judicial puesto que la interpretación y aplicación de las leyes corresponde a los Tribunales. En consecuencia, dado el caso de una insuperable contradicción entre la ley constitucional y la ley ordinaria, el Juez del caso deberá inaplicar la ley ordinaria. Pocos años después, en el famosísimo caso *Marbury versus Madison* de 1803, el Tribunal Supremo hizo suya esta doctrina, sancionando el principio: «the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature», y el del consiguiente control judicial (*judicial review*) de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, en el constitucionalismo europeo no se introduce el principio de la supremacía de la Constitución hasta bien entrado el siglo XX, prevalece el principio de soberanía legislativa, el de superioridad del poder directamente representativo y el de su función legislativa sobre la de unos Jueces pasivos aplicadores de la ley. La defensa doctrinaria del poder monárquico y su concepción (B. CONSTANT) como poder moderador obstaculizan en teoría y *de facto* la idea de supremacía de la Constitución, que muchos degradan al nivel de la legislación ordinaria o, lo que es peor, al de simple programa político de intenciones a desarrollar por el legislador.

El sistema europeo de control de constitucionalidad, no siempre concebido como consecuencia lógica de la superior y previa supremacía de la Constitución, no se introduce en Europa desde América, sino que es obra personal de KELSEN entre 1914 y 1920, con ulteriores reelaboraciones, aunque los primeros pasos en la formación de tal sistema europeo se dieron con la revisión total de la Constitución Federal Helvética producida en 1874, dándose después en Alemania y durante la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919 una «fase de incubación» de una jurisdicción constitucional que no termina de cristalizar (CRUZ VILLALÓN, 1987). El modelo austriaco de control de constitucionalidad se implanta con la Constitución de 1920; en Checoslovaquia se introduce en la Constitución del mismo año, unos meses antes que en Austria, y ese modelo europeo, homogéneo pese a diferencias secundarias, se repetirá en la Constitución española de 1931: en los tres casos se trata de Repúblicas democráticas que vienen a sustituir monarquías constitucionales, y aunque tal vez la versión checoslovaca fuera la más pura, el protagonismo del sistema y su proyección hacia el exterior lo monopoliza Austria (CRUZ VILLALÓN, 1987), vinculándolo al nombre de KELSEN, verdadero padre del «modelo de jurisdicción constitucional concentrada».

Desde un punto de vista político, la supremacía de la Constitución se justifica en virtud de la superioridad del poder constituyente y su obra sobre los poderes constituidos y las suyas. Como dijo el Tribunal Constitucional español en una importante sentencia, «la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador». Al Tribunal Constitucional, órgano de la jurisdicción constitucional e intérprete supremo de la Constitución, corresponde la función de cus-

Constitución

todiar el poder constituyente objetivado en la Constitución (STC 76/1983, Fundamento Jurídico, 4.a).

Desde un punto de vista jurídico la supremacía de la Constitución se justifica en virtud del principio kelseniano de jerarquía normativa. En un sentido estricto la Constitución, para Kelsen «c'est la norme qui régle l'élaboration des lois»; en su sentido propio y originario la Constitución es «cette regle de la création des normes juridiques essentielles de l'État, la détermination des organes et de la procédure de la législation» (KELSEN, 1928). La teoría kelseniana de la «structure hiérarchique du droit» no permite la validez de las normas inferiores contrarias a la superior, y por tanto no puede consentir la permanencia en el ordenamiento de las normas legales contrarias a la Constitución.

Debe haber un órgano del Estado cuya función por vía jurisdiccional consista en el juicio de constitucionalidad de las normas y en su eventual declaración de nulidad por inconstitucionalidad. Ese órgano es el Tribunal Constitucional que ejercerá en régimen de monopolio la jurisdicción constitucional. Ahora bien, como en sentido amplio se entiende por Constitución no sólo las reglas relativas a los órganos y el procedimiento de la producción normativa, sino que en cada Constitución se incluyen también otras reglas relativas a los órganos ejecutivos supremos, a la distribución territorial del poder y a la determinación de las relaciones de principio entre el Estado y los ciudadanos (derechos fundamentales), el juicio de inconstitucionalidad puede extenderse (y de hecho se ha extendido) al control de estas tres partes de las Constituciones (KELSEN, *ibidem*, págs. 204-208).

El modelo kelseniano de jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal Constitucional se ha perfeccionado y generalizado en muchas Constituciones europeas posteriores al fin de la segunda guerra mundial, como la italiana de 1947 y la alemana de 1949 y, a partir de ellas, a otras posteriores como la española

de 1978 o la portuguesa de 1976. También la influencia del sistema europeo de jurisdicción constitucional se ha extendido hasta el otro lado del Atlántico: vale citar al respecto al Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú (que repite en los arts. 295 y ss. de la Constitución de 1979, procedentes de la de 1933, el nombre de aquella misma institución de la Constitución española de 1931), o la Corte de Constitucionalidad de la Constitución de Guatemala de 1985, y la Sala de Constitucionalidad o Corte Constitucional introducida dentro de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica a través de la reforma de 1989.

La Constitución, pues, es una norma que ocupa dentro del ordenamiento la posición suprema. Es la norma de las normas, la norma o ley fundamental (*Grundgesetz*). Pero en pureza sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de sus preceptos es obligatorio y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica (I. DE OTTO, 1987). Ese sentido tiene el art. 9.1 de la Constitución española de 1978 al declarar que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Vinculatoriedad directa y supremacía normativa significan que la Constitución ocupa dentro del ordenamiento una posición fundamental, puesto que la Constitución contiene las normas sobre producción de normas, los límites de la creación legislativa por el poder constituido titular de esa potestad, y el órgano jurisdiccional encargado de garantizar aquellos principios y estos límites. El ordenamiento es un sistema de normas, la Constitución es la fundamental y el resto es derivado y no puede ser contradictorio. De este modo se establece en el interior del ordenamiento, en su fondo o fundamento, una norma que cumple las funciones de legitimación antes asignadas al Derecho natural o a la historia (I. DE OTTO).

En los ordenamientos dotados de jurisdicción constitucional concentrada, la jurisprudencia

dencia del respectivo Tribunal Constitucional cobra una relevancia suma, en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Siendo en ella casi obligado el alto nivel de abstracción de su lenguaje, la inconcreción de sus preceptos y el elevado grado de ideologización de algunas de sus normas, la interpretación de la Constitución a través de la jurisprudencia constitucional se ha convenido en el núcleo central de la teoría de la Constitución. En el conflicto entre realidad política y normatividad constitucional, un Tribunal Constitucional ha de procurar adecuar en lo posible aquélla a ésta. Si la oposición entre una ley infraconstitucional y una norma de la Constitución es irreductible, el Tribunal protegerá la Constitución declarando la inconstitucionalidad de la ley. Pero en virtud del principio de conservación de la leyes posconstitucionales los Tribunales fuerzan a veces el sentido de la ley, o imponen como único compatible con la Constitución uno de sus significados posibles, y en ocasiones pueden dar un sentido virtualmente posible a una norma constitucional hasta entonces entendida de otro modo, para dar entrada bajo el ordenamiento constitucional, rígido y no reformado, a cambios de la realidad política o legislativa que sin ser opuestos a la Constitución no fueron, ni quizá pudieron ser, previstos por ella, operándose así mutaciones en su sentido o contenido. Si esta interpretación es prudente y autorrestringida puede producir mutaciones convenientes eludiendo la vía de las reformas o de las enmiendas, por definición difíciles en un sistema de rigidez. Pero cada Tribunal Constitucional ha de tener siempre presente sus propios límites, pues ni es titular de un poder de reforma encubierto, ni sería admisible que las mutaciones constitucionales por vía de la jurisprudencia constitucional llegaran a configurar una Constitución irreconocible. Cuestión de límites, de prudencia política y de *self restraint*.

Una Constitución democrática de nuestro tiempo es inconcebible sin que contenga una amplia relación de derechos no sólo declarados sino protegidos. Las técnicas de garantía

pueden ser varias: la vinculatoriedad directa para todos los poderes públicos de las normas que los reconocen y la protección jurisdiccional de los mismos, incluso ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo español u otros semejantes, se cuentan entre las más eficaces. Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en una Constitución que gozan dentro de ella y de todo el ordenamiento estatal de una posición central en tanto que fundan y fundamentan el Estado constitucional y democrático de Derecho.

Así, Constitución y derechos fundamentales son indisociables. Por medio de aquélla, éstos pasan de la categoría ética de derechos naturales o derechos humanos, a la categoría jurídica de derechos positivizados con el más alto rango y protección. Por medio de éstos, aquélla adquiere su más profunda justificación democrática, en razón no ya del procedimiento y raíz (poder constituyente democrático) sino de su contenido material. Por otra parte, lo que son los derechos fundamentales pasa a ser problema no tanto filosófico como jurídico-constitucional (lo que la Constitución dice que son) y, sobre todo, materia objeto de la jurisprudencia constitucional, en particular de los Tribunales constitucionales allí donde existen. Por eso Ronald ALEXY ha podido escribir que «la ciencia de los derechos fundamentales [...] se ha convertido en una apreciable medida en una ciencia de la jurisprudencia constitucional» (R. ALEXY, 1993).

Los derechos fundamentales constituyen el desarrollo y la concreción de unos determinados valores y principios como ideales de la cultura jurídico-política propia del mundo moderno (G. PECES-BARBA, 1984), pero ideales que han pasado de estar alojados en determinados libros, cerebros o espíritus, a estar positivizados de modo más o menos explícito en las Constituciones. Así, el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn dice que «la dignidad del hombre es intangible» y que «respetarla y protegerla es obligación de todo poder político», para añadir en el apartado siguiente que

Constitución

«el pueblo alemán se identifica con los derechos inviolables e inalienables del hombre como *fundamento* de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Por su parte, la Constitución española de 1978 «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1) e insiste en que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1).

La carga utópica que estas declaraciones constitucionales contienen no debe inducir a confundirlas con cualquier retórica política de circunstancias. Los derechos fundamentales son normas, los valores tienen carácter normativo y aquéllos son concreciones de éstos que conservan más allá de su positivación la función de objetivos o metas que la Constitución marca a los poderes públicos, y el papel de criterios o guía para la interpretación que los Jueces y los Tribunales Constitucionales en su caso hagan de los derechos fundamentales (G. PECES-BARBA, 1984).

Semejante es la función que en Constituciones actuales como la alemana, la italiana, la portuguesa o la española desempeñan los principios en ellas declarados. Participan de un fondo ético que positivizan unos y otros. Pero lo que en el modelo de los valores es *lo mejor*, en el modelo de los principios es *lo debido*. Principios y valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente, pero tampoco son incompatibles en la economía del lenguaje constitucional ni en el momento de la interpretación constitucional porque «no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor

desde el punto de vista del Derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente» (R. ALEXY, 1993).

Los derechos fundamentales y los valores y principios que los sustentan son la carga ética y utópica positivizada y hecha vinculante dentro de sus respectivos Estados por las Constituciones de nuestros días que obedecen a esta orientación democrática material y no sólo procedimental u organizativa. Al tiempo en que la división de poderes ha perdido importancia en el Estado de partidos de nuestros días, adquieren cada vez mayor valor dentro de la Constitución y del resto del ordenamiento los derechos fundamentales, que son no sólo derechos subjetivos sino también «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica» (STC 25/1981, Fundamento Jurídico 5).

Volvamos a un cierto contractualismo. Si los hombres pactaron el nacimiento del Estado como artificio útil para apaciguar la convivencia interindividual suprimiendo el miedo por la seguridad y fortaleciendo el goce y el uso de libertades y derechos, éstos constituyen la razón de ser de aquél y la Constitución, como norma suprema del Estado, debe reconocerlos, protegerlos y ampliarlos indirectamente, por medio de una organización racional y eficaz de los poderes y directamente a través de las garantías jurisdiccionales más eficaces.

La Constitución no se disuelve en los derechos o se reduce a ellos. Pero los derechos fundamentales y los valores que los informan deben ser los objetivos que el Estado democrático de Derecho se propone realizar. «Son el fundamento y la meta, el fin del Derecho» (G. PECES-BARBA, 1993) y, por consiguiente, de la Constitución.

Índice alfabético de autores

Vicenç AGUADO I CUDOLÀ

— Artículo 149.1.29.^a

César AGUADO RENEADO

— Artículos 8, 30, 143.2 y 3, 146, 147.3, 151 y 152.2 y Disposiciones Transitorias 2.^a y 6.^a

Ángel AGUALLO AVILÉS

— Artículos 31 y 157.3

Luis AGUIAR DE LUQUE

— Artículo 122

Benito ALÁEZ CORRAL

— Disposición Adicional 2.^a

Enoch ALBERTÍ ROVIRA

— Artículos 138 y 139

Rafael ALCÁCER GUIRAO

— Artículo 18.2

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA

— Artículos 46, 149.1.28.^a y 149.2

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL

— Artículo 38

Enrique ALONSO GARCÍA

— Artículo 107

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA

— Artículo 149.1.12.^a y 25.^a

Miguel Ángel AMORES CONRADI

— Artículos 11, 12 y 93

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

— Artículo 96

Manuel ARAGÓN REYES

— Artículo 1

Alberto ARCE JANÁRIZ

— Artículo 75

Enrique ARNALDO ALCUBILLA

— Artículos 13.2, 67.1, 68, 70.1, 72, 91 y 93

Luis ARROYO JIMÉNEZ

— Artículo 128

Xavier ARZOZ SANTISTEBAN

— Artículo 27.10

Adela ASÚA BATARRITA

— Artículo 25.1

José María BAÑO LEÓN

— Artículos 97, 131 y 149.1.18.^a

Javier BARCELONA LLOP

— Artículo 104

Margarita BELADIEZ ROJO

— Artículo 23.2

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO

— Artículo 62

Rafael BELLIDO PENADÉS

— Artículo 126

Aurelio BLANCO PEÑALVER

— Artículo 24.1

Andrés BOIX PALOP

— Artículo 154

Ignacio BORRAJO INIESTA

— Artículos 149.3 y 165, Disposición Derogatoria y Disposición Final

Esther BUENO GALLARDO

— Artículo 31 y 157.3

Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

— Artículos 66 y 67.2

Alicia CAMACHO GARCÍA

— Artículo 149.1.19.^a y 23.^a

Matilde CARLÓN RUIZ

— Artículos 20.3, 36 y 52

Marc CARRILLO LÓPEZ

— Artículos 97, 98, 100 y 101

Gabriel CASADO OLLERO

— Artículo 133

María Emilia CASAS BAAMONDE

— Introducción, Título Primero y Artículos 40 y 149.1.7.^a

Índice alfabético de autores

Miguel CASINO RUBIO

— Artículo 148.1.19

Edorta COBREROS MENDAZONA

— Artículo 149.1.16.^a

Pablo COLOMINA CEREZO

— Artículo 17.2

Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS

— Artículo 164

Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN

— Artículo 102

Nieves CORTE HEREDERO

— Artículo 42

Pedro CRESPO BARQUERO

— Artículo 125

Pedro CRUZ VILLALÓN

— Título IX

Eva DESDENTADO DAROCA

— Artículo 106.1 y 2

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

— Artículos 17.3 y 24.2

Javier DÍEZ-HOCHLEITNER

— Artículo 94

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

— Artículo 117

Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ

— Artículo 21

Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA

— Artículos 6 y 86

Cristina ELÍAS MÉNDEZ

— Artículos 112 a 114

Antonio EMBID IRUJO

— Artículo 149.1.15.^a y 30.^a

Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO

— Artículo 26

Antonio FANLO LORAS

— Artículos 148.1.10 y 149.1.22.^a

Germán FERNÁNDEZ FARRERES

— Artículo 132

Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

— Artículos 58 a 61 y 64

María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ

— Artículos 9.2 y 14

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO

— Artículo 153

Victor FERRERES COMELLA

— Artículos 55 y 116

Enric FOSSAS ESPADALER

— Artículos 3 y 143.1

Enrique GABALDÓN CODESIDO

— Artículo 159

José GABALDÓN LÓPEZ

— Artículo 159

José GARBERÍ LLOBREGAT

— Artículos 118 y 119

Juan GARCÍA BLASCO

— Artículo 37.2

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

— Título IV

Javier GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ

— Artículo 149.1.6.^a

Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ

— Artículos 87 a 89

Pablo GARCÍA MANZANO

— Artículos 29 y 77

Joaquín GARCÍA MURCIA

— Artículo 7

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

— Artículo 28.2

Javier GARCÍA ROCA

— Artículos 137 y 147.1 y 2

Jesús GARCÍA TORRES

— Artículo 57

Ignacio GARCÍA VITORIA

— Artículo 137, 147.1 y 2

Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

— Artículo 12

Nuria GARRIDO CUENCA

— Artículo 149.1.20.^a y 21.^a

Eugenio GAY MONTALVO

— Artículo 48

Vicente GIMENO SENDRA

— Artículos 24.2 y 162

José María GOERLICH PESET

— Artículo 28.1

Carlos GÓMEZ DE LA ESCALERA

— Artículo 149.1.8.^a

Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT

— Artículo 47

Ángel J. GÓMEZ MONTORO

— Artículo 22

Germán GÓMEZ ORFANELL

— Artículo 155

Markus GONZÁLEZ BEILFUSS

— Artículo 78

Jesús M.^a GONZÁLEZ GARCÍA

— Artículo 120

Índice alfabético de autores

Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA

— Artículos 148.1. 4, 5 y 6 y 149.1.20.^a, 21.^a y 24.^a

Juan José GONZÁLEZ RIVAS

— Título V y Artículo 152.1

José Luis GOÑI SEIN

— Artículos 40 y 50

Javier GULLÉN CARAMÉS

— Artículo 149.1.13.^a

Miguel HERRERO DE MIÑÓN

— Preámbulo

Fernando DE LA HUCHA CELADOR

— Artículo 135, Disposición Adicional 1.^a y Reforma de 2011

Joaquín HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO

— Artículo 149.1.5.^a y 6.^a

Susana HUERTA TOCILDO

— Artículo 25.1

Manuel IZQUIERDO CARRASCO

— Artículos 51 y 149.31.^a

Cristina IZQUIERDO SANS

— Artículo 13.1

Javier JIMÉNEZ CAMPO

— Artículo 10.1

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA

— Título V

Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ

— Artículo 163

Ángel JUANES PECES

— Artículo 24.2

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ

— Artículo 17.1 y 17.4

Landelino LAVILLA ALSINA

— Título III

Jesús LEGUINA VILLA

— Artículo 106

Antonio LÓPEZ CASTILLO

— Artículos 16.3 y 27

Luis LÓPEZ GUERRA

— Título VIII

Juan José LÓPEZ ORTEGA

— Artículo 24.2

Fernando LÓPEZ RAMÓN

— Artículo 149.1.4.^a

Hermínio LOSADA GONZÁLEZ

— Artículo 19

Ángel MARRERO GARCÍA-ROJO

— Artículos 9.1, 9.3 y 23.1

Juan MARTÍN QUERALT

— Artículos 156 y 157.1 y 2

José de la MATA AMAYA

— Artículos 127

Francisco Javier MATÍA PORTILLA

— Artículos 108, 110 y 111

Ignacio MATÍA PRIM

— Artículo 40

Manuel MEDINA GUERRERO

— Artículos 53.1 y 2 y 142

Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE

— Artículo 161

Jesús R. MERCADER UGUINA

— Artículos 41, 129.1, 148.1.20 y 149.1.17.^a

Esteban MESTRE DELGADO

— Artículo 149.1.6.^a

Juan Francisco MESTRE DELGADO

— Artículos 105 y 144

Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO

— Artículos 24, 102 y 120

José Antonio MONTILLA MARTOS

— Artículo 150

Juan Ignacio MORENO FERNÁNDEZ

— Artículos 134 y 158 y Disposición Adicional 3.^a

Eva NIETO GARRIDO

— Artículos 34 y 44

Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO

— Artículo 35

Manuel NÚÑEZ PÉREZ

— Artículo 136

Luis ORTEGA ÁLVAREZ

— Artículo 128

Carlos ORTEGA CARBALLO

— Artículos 65 y 149.1.14.^a

Pedro ORTEGO GIL

— Artículo 148.2, Disposiciones Transitorias 1.^a, 3.^a, 8.^a y 9.^a y Disposición Derogatoria

Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO

— Artículo 124

Javier PARDO FALCÓN

— Artículos 18.1 y 18.4 y 70.2

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ

— Artículo 38

Fabio PASCUA MATEO

— Artículo 76

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ

— Título II

Juan PEMÁN GAVÍN

— Artículo 149.1.1.^a y 11.^a

Isabel PERELLÓ DOMÉNECH

— Artículo 121

Índice alfabético de autores

Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

— Artículo 160

Mercedes PÉREZ MANZANO

— Artículos 13.3 y 15

Rafael PÉREZ NIETO

— Artículo 24.1

Nicolás PÉREZ SOLA

— Artículos 92 y 149.1.32.^a

Pablo PÉREZ TREMP

— Artículo 93 y Reforma de 1992

Elisa PÉREZ VERA

— Artículo 13.4

Luis POMED SÁNCHEZ

— Artículos 148.1.3 y 149.1.27.^a

José María PORRAS RAMÍREZ

— Disposición Transitoria 5.^a

Manuel PULIDO QUECEDO

— Artículo 95

Ramón PUNSET BLANCO

— Artículos 69 y 90

José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA

— Disposición Transitoria 4.^a y Disposición Derogatoria

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA

— Artículo 106

Manuel REBOLLO PUIG

— Artículos 51, 140, 141 y 152.3

Jesús REMÓN PEÑALVER

— Artículo 24.1

Juan Luis REQUEJO PAGÉS

— Artículos 6 y 166 a 169

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ

— Artículo 55

Santiago RIPOL CARULLA

— Artículos 63 y 149.1.2.^a, 3.^a y 10.^a

Encarnación ROCA TRIÁS

— Artículo 39

Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO

— Título VII

Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

— Artículo 18.3

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER

— Introducción, Título Preliminar y Artículos 14, 49, 56 y 160

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

— Artículos 33, 53.3 y 145

Francisco RUBIO LLORENTE

— Título X

Alfonso RUIZ MIGUEL

— Artículo 16.1 y 16.2

Carmen SÁEZ LARA

— Artículo 24.1

Alejandro SAIZ ARNAIZ

— Artículo 10.2

Pascual SALA SANCHEZ

— Artículo 81

Armando SALVADOR SANCHO

— Artículo 149.1.19.^a y 23.^a

Miguel SÁNCHEZ MORÓN

— Artículo 103

José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS

— Artículos 13.4; 24.2 y 25.2 y 3

José Manuel SÁNCHEZ SAUDINÓS

— Artículo 54

Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ

— Artículos 71 y 115

Koldo SANTIAGO REDONDO

— Artículos 43 y 129.2

Pablo SANTOLAYA MACHETTI

— Artículos 13.2, 68 y 70.1

Juan Carlos DA SILVA OCHOA

— Artículos 67.3, 73, 74, 79 y 80

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

— Artículos 2 y 4

Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA

— Artículo 15

Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE

— Artículo 124

Ignacio TORRES MURO

— Artículos 27.10, 66 y 116

José TUDELA ARANDA

— Artículo 109 y Disposición Adicional 1.^a

Juan Antonio UREÑA SALCEDO

— Artículos 130 y 148.1.7

Joaquín URÍAS MARTÍNEZ

— Artículos 20.1. B) y C) y 32

Fernando VALDÉS DAL-RÉ

— Artículo 37.1

Germán VALENCIA MARTÍN

— Artículo 25.1

Francisco VELASCO CABALLERO

— Artículos 45 y 140

Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ

— Artículos 5 y 20.1. A) y D), 20.2, 20.4 y 20.5

Joan VINTRÓ CASTELLS

— Artículo 99

Índice alfabético de autores

Eduardo VÍRGALA FORURIA

— Artículos 82 a 85

Tomás VIVES ANTÓN

— Título VI

Juan Antonio XIOL RÍOS

— Artículos 123 y 152.1

Abreviaturas

ATC/AATC	Auto/s del Tribunal Constitucional
AA. VV./VV. AA.	Autores Varios/Varios Autores
AGE	Administración General del Estado
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
art./s.	artículo/artículos
BOC/BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA/CC. AA.	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
c	contra
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CCEE	Comunidades Europeas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007
CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950
CEE_x	Convenio Europeo de Extradición
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CGSES	Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios
CiU	Convergència i Unió
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPN	Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993
CV 1969	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados
DA	Disposición Adicional
DCE	Dictamen del Consejo de Estado
DCoEDH	Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos

Abreviaturas

DI	Derecho Internacional
Dict.	Dictamen
Dir.	Director
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
DSS	Diario de Sesiones del Senado
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
EA/EE. AA.	Estatuto de Autonomía/Estatutos de Autonomía
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
ERC	Esquerra Republicana de Catalunya
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo)
FJ/FF. JJ.	Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
HB	Herri Batasuna
IC	Iniciativa per Catalunya
INJUVE	Instituto de la Juventud
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IU	Izquierda Unida
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LDyPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero)
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reformada
LECrim./LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD de 14 de septiembre de 1882)
LEF	Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954)
LExP	Ley de Extradición Pasiva
LG	Ley del Gobierno
LGP	Ley General Presupuestaria
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)
LMURP	Ley Orgánica de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (LO 10/1992, de 30 de abril)
LO	Ley Orgánica
LOAPA	Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LODE	Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (1985)
LODN	Ley Orgánica de Defensa Nacional
LODP	Ley Orgánica del Defensor del Pueblo
LODR	Ley Orgánica que regula el Derecho de Reunión (LO 9/1983, de 15 de julio)
LOE	Ley Orgánica de Educación (2006)

LOEAEs	Ley Orgánica reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LO 4/1981, de 1 de junio)
LOECE	Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Centros Escolares (1980)
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFCS	Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LOGPE/ LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOGSE	Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (1990)
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985, de 2 de agosto)
LOMR	Ley Orgánica Modalidades de Referéndum
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LORU/LRU	Ley Orgánica de Reforma Universitaria (1983)
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre)
LOTRACA	Ley Orgánica de Transferencias Complementarias a Canarias
LOTRAVAL	Ley Orgánica de Transferencias a la Comunidad Autónoma Valenciana de competencias de titularidad estatal
LOU	Ley Orgánica de Universidades (2001, 2007)
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (RDLeg. 2/1995, de 7 de abril)
LRDA	Ley Reguladora del Derecho de Asilo
LRJPAC/	
LRJCA-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)
LRU	Ley de Reforma Universitaria
LTH	Ley de Territorios Históricos del País Vasco
NSPS	Norma Supletoria de la Presidencia del Senado
OEDE	Orden Europea de Detención y Entrega
OIR	Organización Internacional para los Refugiados
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM/OO. MM.	Orden Ministerial/Ordenes Ministeriales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PDP	Partido Demócrata Popular
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966
PNV	Partido Nacionalista Vasco
PP	Partido Popular
PSC	Partit dels Socialistes de Catalunya
PSE	Partido Socialista de Euzkadi
PSOE	Partido Socialista Obrero Español

Abreviaturas

RA	Recurso de Amparo
RC/RCD	Reglamento del Congreso de los Diputados
RD	Real Decreto
RDLRT	Real Decreto sobre Relaciones de Trabajo
RI	Recurso de Inconstitucionalidad
RPCD	Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados
RROO	Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas
RS	Reglamento del Senado
RU	Reino Unido
SAP/SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial/Sentencias de la Audiencia Provincial
s/ss.	siguiente/s
STC/SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH/	
SSTEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos/Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE/	
SSTJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas/Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia/Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLAU	Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos
TUE	Tratado de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UCD	Unión del Centro Democrático
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
URJC	Universidad Rey Juan Carlos
Vid./Vide	Véase

PREÁMBULO

PREÁMBULO

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente CONSTITUCIÓN.

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

DOCTOR EN DERECHO

CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO

MIEMBRO DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

1. ¿Qué es el Preámbulo de la Constitución? Sin duda, un texto que la precede: esto es, a tenor del DRAE, y dado que la Constitución es una norma, «lo que se dice antes de dar principio a lo que se trata de mandar». Por eso, al final del Preámbulo, el constituyente se remite a «la siguiente Constitución». De

ahí que una primera conclusión sea que el Preámbulo no es parte de la Constitución misma. No fue ni es esa mi tesis, como verá el atento lector de este ensayo, que en nada ha variado en este extremo su inicial versión. Pero doy cuenta de ella y señalo, aun sin participar en la misma, que no cabe menospre-

ciarla, cuando el inspirador del Preámbulo de nuestra Constitución, el Profesor Tierno Galván, daba por supuesto su carácter no normativo ¿Cuál es, por lo tanto, su función? Si atendemos a la génesis —la enmienda presentada por el PSP y reelaborada en la Ponencia constitucional— y a la exégesis autorizada que de ella se ha hecho por los enmendantes, pretendía marcar lo que, parafraseando a RAWLS, cabe denominar «momento constituyente». A juicio de aquellos, caracterizado por la ruptura con la situación política anterior, el autoritarismo.

Tal es la función que el Preámbulo ha desempeñado en otras Constituciones, especialmente en las que marcan un radical cambio de régimen o el tránsito a otra fase del mismo o, incluso, el nacimiento de un Estado.

A la postre, en el caso español, dicho momento no se caracterizó por la ruptura propugnada, sino que reflejó la continuidad. No ya la formal, «de la ley a la ley», propia de nuestra transición política, sino, repitiendo fórmulas de nuestra historia constitucional, las de 1812 y 1869 y tácitamente el paradigma canovista, lo que cabría denominar «continuidad de la historia de España» hasta la apertura a la plenitud democrática. Precisamente por eso, el Preámbulo anuncia lo que he llamado, al cumplirse su treinta aniversario, «la dinámica de una Constitución abierta».

Las diversas Constituciones históricas españolas han carecido de un Preámbulo en sentido estricto, si bien las fórmulas de promulgación que las encabezaban cumplían gran parte de las funciones de este, de consuno con los respectivos Discurso Preliminar o, en su caso, Dictámenes parlamentarios. En tales textos se planteaba, de modo tácito, pero elocuente, la cuestión del titular de la soberanía y del poder constituyente, en su momento calificada de «metafísica constitucional» desde pagos no menos «metafísicos», y esa tentación no era tampoco ajena a los iniciales proponentes de 1978. Sin embargo, el carácter rigurosamente normativo de nuestra Consti-

tución y la ambigua posición que respecto de ella mantiene el Preámbulo lleva el debate desde el análisis de su intencionalidad política al de su interpretación jurídica.

En principio, la doctrina española y comparada parece haber evolucionado desde las tesis que negaban valor jurídico al Preámbulo de la Constitución, hasta quienes lo identifican con el articulado de la misma. Pero dicha evolución solo adquiere sentido si se contempla tanto a la luz de los textos concretos como, sobre todo, a la de la jurisprudencia, administrativa primero, constitucional más adelante.

Desde semejante perspectiva, la jurisprudencia comparada puede agruparse en torno a tres tipos, descartando aquellos casos en los que se niega todo relieve jurídico al Preámbulo, o aquellos otros en los que se equipara expresamente el Preámbulo al resto de la Constitución, como es el caso de Turquía (1980, sec. 176).

Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional portuguesa no considera al Preámbulo, ciertamente muy frondoso en la Constitución de 1976, pese a sus posteriores reformas, parámetro de constitucionalidad, aunque sí un elemento de interpretación e integración de las normas constitucionales, aunque en dos ocasiones, al menos (las decisiones del Tribunal Constitucional luso, las 3/1984 y 88/1984), se hace referencia al «principio de Estado de Derecho reconocido en el Preámbulo». La solución dada por la jurisprudencia constitucional eslovena es análoga, y otro tanto puede decirse de la checa, en la que el Preámbulo se utiliza como norma, pero siempre junto con el art. 1 de la Constitución, cuyos términos reitera (*v. gr.*, US 70/1997; 3/2002, 7/2002 —especialmente importante— US 254/2002; US 455/2003; 412/2004; 303/2005; 87/077/2006). Sin embargo, el valor de «fermento» del Preámbulo se pone de relieve en el caso portugués, en el cual «el principio de Estado de Derecho», reconocido en aquel desde 1976, pasa al texto articulado en la reforma de 1982 (art. 2).

De otro lado, en pagos, como Alemania, donde el Derecho constitucional maduró antes, se reconoce el valor del Preámbulo, no como norma, pero sí como cláusula interpretativa que permitía conocer «el espíritu y la tendencia que habrá de dominar la posterior evolución de su aplicación». Tal fue el criterio de la doctrina más templada en la República de Weimar, sin que faltase quien situase en el Preámbulo la Constitución en sentido positivo. La jurisprudencia constitucional de la época —*v. gr.*, la Sentencia del *Staatsgerichtshof* de 18 de junio de 1927— anunció esta interpretación al considerar que las opciones políticas expuestas en el Preámbulo exigen determinadas interpretaciones jurídicas. Criterio seguido por el Tribunal Constitucional de la República Federal al considerar el Preámbulo «parámetro de la actividad política del Estado» (S 17 de agosto de 1956). La jurisprudencia contencioso-administrativa (*v. gr.*, S 30 de mayo de 1960) dio un paso más en pro del valor, no ya político interpretativo, sino jurídico vinculante del Preámbulo, que hoy reconoce el propio Tribunal Constitucional Federal y en el que abunda la doctrina, identificándolo, ya con los mandatos constitucionales, ya con sus normas programáticas.

El caso francés es diferente, pero en cierta medida paralelo. La Constitución de 1946 contenía un amplio Preámbulo, para algunos de mero valor indicativo e interpretativo, para otros norma directamente aplicable, al menos en parte, y que, en la práctica, sirvió para la decantación, por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de principios generales del Derecho, especialmente fecundos a la hora de novar la propia interpretación jurisprudencial. Pero es bajo la V.^a República, cuya Constitución no solo tiene un Preámbulo, sino que se remite al de 1946, cuando la cuestión alcanza mayor relieve, dada la puesta en marcha de una jurisdicción constitucional que paulatinamente ha ampliado sus competencias. Tras reiterarse por la doctrina las dos tesis atrás expuestas, el Consejo Constitucional viene afirmando a partir de 1971 (71-44 DC de 16 de julio) el valor de las disposicio-

nes del Preámbulo como parte integrante del bloque de constitucionalidad con igual rango que el texto articulado. Pero, de hecho, la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha distinguido, como ya se propugnaba por la doctrina y por el Consejo de Estado bajo la Constitución de 1946, lo que resulta inmediatamente aplicable, como son los derechos reconocidos en 1789, de otros supuestos. Tal es el caso de «los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», vinculados, en cuanto hace a su determinación, a un texto legislativo «republicano» a partir de la decisión núm. 88-244 DC de 20 de julio de 1988, y los «principios particularmente necesarios en nuestro tiempo», cuya aplicación requiere la mediación del legislador.

Una posición intermedia entre ambos tipos, el representado por la práctica portuguesa y el representado por la práctica franco-alemana, la ofrece la doctrina y la jurisprudencia constitucional polacas, según las cuales el Preámbulo tiene un significado eminentemente político, pero que le permite servir de canon interpretativo. Tal fue la actitud del Tribunal Constitucional iniciada a finales de la década de los noventa respecto de la actitud del legislador hacia la memoria histórica, desde las Sentencias K 3/1998 y K 3/1999 hasta la más reciente K 2/2007. La misma actitud mantiene la jurisprudencia ante los principios de solidaridad, subsidiaridad y fidelidad institucional. El primero afirmado en el Preámbulo (K 20/2000), cuya extensión entre particulares propugna el mismo Tribunal (*v. gr.*, K 57/2004). El segundo a la hora de legitimar las entidades locales (K 24/2002). Y el tercero a la de controlar la eficacia de las instituciones en relación con la meta, el *telos*, diría LÖWENSTEIN, constitucional (K 14/2003). Esta jurisprudencia culminó en la Sentencia K 18/2004, según la cual, si del Preámbulo no pueden derivarse reglas de Derecho en el sentido estricto del término, sí expresa el sistema de valores propios del constituyente, fijando con ello las direcciones interpretativas de la parte normativa de la Constitución.

Más recientemente, el frondoso y fecundo constitucionalismo del sudeste asiático, frondoso por la abundancia de textos constitucionales, fecundo por la riqueza de su creativa interpretación jurisprudencial, revela la ambigüedad de la fuerza normativa de los Preámbulos constitucionales. El texto tiene lo que BACHOFF llamó una «enérgica pretensión de validez», pero en la práctica ello no va más allá de una orientación interpretativa de las prescripciones contenidas en los textos articulados. Y en ocasiones, como en la enmienda constitucional india núm. 42 de 1976, el paso de un texto del articulado, referente a la laicidad del Estado, al Preámbulo puede interpretarse como una reafirmación o un debilitamiento de su normatividad.

2. Este panorama sirve para interpretar la evolución de nuestra propia jurisprudencia constitucional. En una primera Sentencia de 28 de enero de 1982 (1/1982), el Tribunal se refirió al «orden económico y social justo», propugnado en el Preámbulo y cuyo contenido no se ha concretado jamás, como valor entendido para apoyar el principio unitario que, según la citada sentencia, también se deducía del Preámbulo (FJ 1). En posterior Sentencia de 4 de noviembre del mismo año (64/1982) se menciona otro concepto un tanto oscuro, «la calidad de vida», para relacionarlo con la preservación del medio ambiente al que se refiere expresamente el art. 45 de la Constitución (FJ 2), criterio repetido en las Sentencias 329/1993 y 102/1995. Más débil todavía es la referencia a la «sociedad democrática avanzada» del Preámbulo que hace la Sentencia 236/2007 para enfatizar la vinculación del derecho a la educación con los valores del art. 10 de la Constitución, y la Sentencia de marzo del 2009 con la igualdad de género. Se trata, por lo tanto, de referencias que no fundamentan decisión alguna, sino que, a lo más, sirven para arropar y enfatizar la decisión ya tomada sobre otros preceptos de la propia Constitución. Incluso en la, por tantas razones, relevante Sentencia 31/2010, relativa al Estatuto catalán del 2006, las numerosas referencias que hace al Preámbulo solo reiteran,

eso sí enfatizándolo, lo que meridianamente establecen los arts. 1 y 2 del texto: la indisolubilidad de la Nación titular de la soberanía; y otro tanto hace la Sentencia 137/2010.

Distinto es el tenor de la Sentencia de 26 de junio de 1986 (82/1986), donde la voluntad de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones» del Preámbulo se homologa con la referencia a las «diversas lenguas de España» del art. 20.3, si bien el juzgador apoya su decisión sobre el preciso y rotundo art. 3 (FJ 1), lo que reitera la Sentencia 134/1997.

Una serie de Sentencias iniciadas en la 108/1986, de 29 de julio, y que se prolonga en las Sentencias 206/1992, 233/1999, 73/2000, 104/2000, 120/2000, 123/2001, 124/2001, 173/2002, 58/2004, 47/2005, 196/2011, 238/2012, 177/2013 y 2016/2014 —con referencia expresa a otras muchas análogas— utilizan el concepto de Ley «como expresión de la voluntad popular» contenida en el párrafo tercero de la Constitución, para deducir de ello consecuencias en torno al poder configurador del legislador frente a su tacha de hipotética arbitrariedad y, en las últimamente citadas, para recordar la disciplina parlamentaria a través de la cual debe expresarse dicha voluntad. Se trata de un concepto dogmático como el propio Tribunal reconoce, pero cuya eficacia en la jurisprudencia se despliega al margen de los concretos preceptos del articulado.

Avanzando en la misma dirección, la Sentencia de 28 de septiembre de 1995 (140/1995) considera «derecho» vinculante para los poderes públicos «los concretos objetivos, mandatos y facultades que la misma Constitución consagra», tanto en el Preámbulo como en los arts. 10, 63, 93, etc., sin hacer diferencias entre ellos (FJ 9). Y, como tal objetivo, señala la «voluntad de la nación española, proclamada en el Preámbulo, de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra» para interpretar la finalidad del po-

der exterior del Estado (FJ 8). El paso que el Tribunal Constitucional da en esta última sentencia, desde el concepto meramente redundante a la determinación de los objetivos constitucionales, es inmenso y está por ver si se consolidará o no tal doctrina, lo que hasta ahora no se ha hecho.

De lo expuesto resultan varias conclusiones. Por una parte, los Preámbulos, incluido el nuestro, han pasado de tener mera importancia política a alcanzar relieve jurídico, primero como cláusulas interpretativas, después como verdaderas normas, aunque con diferencias notables en cuanto a la intensidad normativa se refiere. Y, por otra, la invocación de los Preámbulos raramente se hace, en el caso español como en la práctica comparada, al margen de otros preceptos de la Constitución. Son estos los directamente aplicables y el Preámbulo aparece como su fundamentación o explicitación. Una jurisprudencia que, sobre el control difuso de la constitucionalidad, ha desarrollado una amplia doctrina, la de la Corte Suprema argentina, lo ha expresado claramente: «el valor del Preámbulo como elemento de interpretación no debe ser exagerado. Sería desde luego ineficaz para dar a la Norma a la que se aplica un sentido distinto del que fluye de su claro lenguaje. Solo constituye un efectivo factor de interpretación cuando el pensamiento de los autores no aparece nítido ni definido» (FJSN T.º 164 FJ 344). En el mismo sentido puede citarse la jurisprudencia constitucional brasileña (STF —Pleno— Adin núm. 2076/Ac 15/08/2002 informativo STF núm. 277). La doctrina más autorizada en ambos casos ha señalado que el Preámbulo solo no basta para fundamentar un recurso, pero sirve para fundamentar la oposición a una norma, incluso legal, que violara alguno de los valores en él proclamados.

No es otra la práctica española, si bien la invocación de la definición dogmática que de la Ley hace el Preámbulo en las diferentes sentencias atrás citadas, y sobre todo la configuración del poder exterior del Estado sobre los objetivos marcados en el Preámbulo

en la Sentencia 140/1995, fuerzan a considerar que el Preámbulo en el caso español puede llegar a alcanzar mayor valor. Analizar sus posibilidades lleva a distinguir, al menos someramente, los diferentes géneros del lenguaje jurídico.

3. Si partimos de la distinción entre el *lenguaje descriptivo*, que tiende a registrar y comunicar hechos, y el *lenguaje dinámico*, que sirve para crear estados de ánimo (poesía) o incitar la conducta de terceros, es evidente que el lenguaje jurídico pertenece a esta última categoría. Ahora bien, dentro de los lenguajes dinámicos, e incluso de los formulados en términos jurídicos, cabe distinguir los *prescriptivos*, *institucionales* y *catárticos*. Los primeros exigen o prohíben una determinada conducta, y, a su vez, pueden ser ya normativos, ya no normativos, como las indicaciones y las valoraciones. Los *institucionales* establecen, organizan y regulan una institución, esto es, un haz de relaciones jurídicas jerarquizadas y orientadas al cumplimiento de un fin. Y los *catárticos* expresan los estados de ánimo propios del locutor, como es el caso de las interjecciones, pero que pueden también tanto regular y justificar la propia conducta como influir en la de un tercero.

En general, puede decirse que la parte dogmática de la Constitución se expresa en lenguaje de tipo prescriptivo, en la formulación de los derechos fundamentales, y valorativo, como es el caso de la mayoría de los principios rectores que señalan como deseable una determinada meta cuya consecución no se regula a través de normas técnicas, sino que se limita a los denominados mandatos constitucionales. La parte orgánica, por el contrario, suele formularse en lenguaje de tipo prescriptivo e institucional. Pero en una y otra hay proposiciones manifiestamente catárticas, esto es, aquellas que pretenden tan solo expresar el estado de ánimo del constituyente, dando más énfasis a sus disposiciones prescriptivas e institucionales. Cuando, por ejemplo, en el art. 2 CE se califica a la nación española como «patria indivisible de todos los españoles» no se introduce en la Constitu-

ción ningún nuevo elemento normativo. El principio de unidad que, junto con el de autonomía, ha deducido de dicho art. 2 el Tribunal Constitucional (*v. gr.*, en S 1/1982, reiterada en otras posteriores), se afirma rotundamente en el primer inciso del art. 2, sin necesidad de ulteriores calificativos, y la indivisibilidad de la «patria», que en los mismos se proclama, más que se enuncia, no impide la posibilidad técnica de la división del territorio, para lo cual la propia Constitución prevé expresamente un procedimiento en su art. 94.1.c). Sin embargo, no es menos cierto que la enfática expresión del art. 2 CE no es irrelevante, sino que sirvió y sirve, en el plano afectivo, para compensar los sentimientos, en este caso de recelo, que el propio legislador constituyente abrigaba al introducir en el mismo artículo la expresión «nacionalidades». El lenguaje catártico, en consecuencia, pretende, tan solo, ser enunciado. Su finalidad se agota en sí mismo.

A primera vista puede parecer contradictorio considerar las proposiciones catárticas como un subgénero del lenguaje jurídico. Pero el Derecho, especialmente el Derecho público, no solo establece relaciones jurídicas, atribuye derechos y prohíbe conductas. Sabemos que es organización antes que otra cosa, que su *telos* es la integración, y comprobamos que muchas importantes proposiciones jurídicas contienen lo que STEVENSON denominó «el áurea inmediata de sentimiento que se cierne en torno a las palabras», sin la cual la propia palabra y la organización que establece o las conductas que exige carecen de sentido. Como dice un agudo analista polaco, WINCZORECK, al referirse al importante Preámbulo de su Constitución, este expresa tanto ideas como sentimientos y emociones, y tiene también una función pedagógica y autoidentificatoria del Estado. Tal es el caso de las referencias históricas y religiosas de las Constituciones musulmanas y de numerosas naciones cristianas, católicas (*v. gr.* Irlanda y la propia Polonia), ortodoxas (*v. gr.* Grecia) y reformadas (*v. gr.* Polinesia). Por lo tanto, este tipo de proposiciones no deben excluirse del discurso jurídico reduciéndolas a la retórica política.

4. A tenor de lo expuesto, el Preámbulo de la Constitución española de 1978 aparece como tierra de elección de los lenguajes valorativo y catártico. Tanto en su intención primera —la ruptura por sus proponentes, la apertura, prescindiendo del pasado, en la redacción final— como en sus propios términos, que pueden clasificarse en los siguientes grupos.

Primero, aquellos que se reiteran, a veces literalmente, en el texto del articulado constitucional y que, dado como se redactó el Preámbulo, son mera síntesis de lo que en el proyecto de Constitución se había ya dicho. Así, la referencia a la soberanía de la nación (párrafo primero) reitera el art. 1.2 y la mención de la seguridad reafirma el principio consagrado en el art. 9.3. El párrafo tercero repite conceptos que se corresponden con el principio de legalidad y con el carácter normativo de la Constitución, que establece el mismo art. 9 del texto.

Segundo, aquellos que enuncian valores inmediatamente desarrollados en el texto constitucional. Tal es el caso de la correlación entre la referencia a los derechos individuales y colectivos del párrafo cuarto del Preámbulo con lo establecido en el art. 3, Título I, 143, 147.2.a) y Adicional Primera de la Constitución. Al mismo tipo puede considerarse que corresponden las referencias a «un orden económico y social justo», contenidas en el párrafo segundo del Preámbulo, y al «progreso de la cultura y de la economía», en el párrafo quinto del mismo (*vid.* STC 259/2005).

El «orden económico y social justo» y el «progreso de la economía» son la meta de los Principios Rectores establecidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, que «informarán la actuación de los poderes públicos». Nadie debería poder reclamar, en virtud del Preámbulo, un «progreso de la economía» de acuerdo con un modelo diferente al diseñado por los tales Principios. La «calidad de la vida» se reitera en el texto constitucional con referencia al medio ambiente (art. 45.2) y a las prestaciones de la Seguridad Social

(art. 129.1), pero el concepto es tan amplio que podría ser invocado por el legislador o el juzgador a la hora de tomar una decisión en campos distintos a estos. En cuanto al «progreso de la cultura», es la meta de un Estado de Cultura cuyas huellas en la Constitución ha rastreado la doctrina y consagrado la jurisprudencia Su función es, en consecuencia, enfatizar el texto constitucional y en ocasiones permitir al legislador dar satisfacción a su «vocación de ejecución de la Constitución».

Por último, se contienen en el Preámbulo intenciones y valoraciones como la de «establecer una sociedad democrática avanzada», según acreditada interpretación casi auténtica ya citada, un compromiso apócrifo entre los proponentes de una transformación del modelo de sociedad y quienes preferían conservarlo. Al mismo género de lenguaje prescriptivo no normativo pertenece el último inciso del Preámbulo, relativo a las relaciones internacionales, si bien es el único que una jurisprudencia audaz ha convertido en determinante de un objetivo constitucional, capaz de orientar el poder exterior del Estado (*vid.* la citada STC 140/1995). Ahora bien, es significativo que, frente a lo característico de otras Constituciones, incluso anteriores a la nuestra, en dicho párrafo no se dice absolutamente nada de la integración europea, que, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional (Decisión 1/2004) y gran parte de la doctrina,

en la que yo no participo, han considerado un expreso objetivo constitucional en virtud de lo previsto en el art. 93. Ello muestra tanto que el Preámbulo es testimonio del «momento constituyente», desbordado por la dinámica de una Constitución abierta, como que el propio proceso constituyente desborda la tesis de sus protagonistas. Tal es el sentido del consenso: unión de voluntades, más que transacción y los «silencios apócrifos» son vías idóneas para alcanzarlo... y para mantenerlo. Tras las huellas de WITGENSTEIN, sobre lo que no cabe concordar es mejor callar.

De lo expuesto se deduce que en el Preámbulo, no por sí mismo, sino por su correlación con preceptos del texto articulado, pueden distinguirse diferentes contenidos constitucionales, algo que ha hecho en Alemania y Francia la más acreditada doctrina. Hay aparentes «directrices constitucionales», que el intérprete termina coordinando con los correspondientes artículos constitucionales, como es el caso del último párrafo; hay conceptos que reiteran, resumiéndolo, el contenido de la Constitución, como es el caso del párrafo primero, y hay valoraciones e intenciones de diferente intensidad normativa. El intérprete puede utilizar el Preámbulo y, en la práctica, lo utiliza, ya para enfatizar el texto, ya para suplir sus lagunas, pero no para desvirtuarlo o contradecirlo en nombre de una inexistente supraconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAMIL, *La Constitución de 1978 (Comentario Sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

- *Derecho Político según la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1999.
- *Sociedad democrática y Constitución (Estudios y cabos sueltos)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

GANEVOIX, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1989.

GARCÍA ÁLVAREZ, *Construcción del Comunismo y Constitución*, Colegio Universitario, León, 1978.

GAZIER, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1989.

GENTOIT, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1989.

GUIDONI-GONZÁLEZ, *Entretiens sur le socialisme en Espagne*, Paris, 1976.

HÄBERLE, «Präambel im Text und Kontext von Verfassungen», *Fest. J. Broemann*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1982.

HERRERO, «Autoctonía Constitucional y Poder Constituyente», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169-170, págs.79 y ss.

- «La dinámica de una Constitución abierta», en *El Valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, págs. 45 y ss.
- *Riesgos Colaterales de la Constitución Europea*, Oviedo, 2005, págs. 13 y ss.

LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la V République*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 1999.

LETOURNEUR, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1963.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Preámbulo», en ALZAGA (Ed.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1999.

MANGAS, *Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1986.

MANGOLDT, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt, 1953.

MORAES, *Direito Constitucional*, 23.^a ed., Atlas SA, Sao Paulo, 2008.

MORODO, «Preámbulo», en ALZAGA (Ed.), *Comentarios*, cit.

PÉREZ PRENDES, «La Metafísica Constitucional. Ensayo de comentario al dictamen de reforma de 1845», en *Pareceres 1956-1998 Interpretatio*, VII, II, 1999.

PIETRO DE PEDRO, *Cultura, Culturas y Constitución*, CEC, Madrid, 1996.

RUSSOMANO, *Curso de Direito Constitucional*, 23.^a ed., Atlas SA, Sao Paulo, 2008.

SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

SKRZYDLO, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Komentrz*, Akmycze, 2002.

STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. esp., CEC, Madrid, 1978.

STEVENSON, «Mind (1937)», en AYER, *El Positivismo Lógico*, trad. esp., FCE, México, 1965.

TIERNO, *El Preámbulo de la Constitución de 1978*, Inédito, Archivo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

WINCZOREK, «Slowny wyraz wartosci», en *Rzeczpospolita*, I, 2004.

TÍTULO PRELIMINAR

TÍTULO PRELIMINAR

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO
PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución ha incluido un Título Preliminar siguiendo el precedente de la Constitución republicana de 1931, que también contaba con un Título Preliminar subtítulo «Disposiciones Generales» y cuyo contenido coincidía, en parte, con el actual Título Preliminar. Se refería aquella a la forma de Estado republicana, a la soberanía popular, a la estructura territorial, a la lengua, a la bandera y a la capitalidad. Establecía, en suma, el fundamento y las bases del régimen jurídico político republicano y suponía un signo de ruptura con la Monarquía precedente.

El Título Preliminar cumple también este objetivo de ruptura simbólica con el régimen franquista, formalmente menos radical, pero sustancialmente más profunda, al pasar de un régimen dictatorial, autoritario y sin libertades a un régimen democrático y de libertades, que devuelve al pueblo una soberanía que le había sido arrebatada por las armas. En el anteproyecto inicial, los artículos que hoy forman el Título Preliminar se agrupaban dentro de un Título I de «Principios Generales», por influencia de la entonces reciente Constitución de Portugal, que incluía en su pórtico unos «Principios Fundamentales, sobre la República portuguesa, el Estado democrático, la soberanía popular y la legalidad constitucional y democrática, la ciudadanía portuguesa, el territorio, el Estado unitario, las relaciones internacionales, las misiones fundamentales del Estado, el proceso revolucionario, y los símbolos nacionales y la lengua oficial».

Este antecedente, por limitarnos solo a él, nos indica el propósito de nuestro constituyente de incluir un Título Preliminar de especial trascendencia e importancia que, más allá de una especie de ley general introductoria (como el Título Preliminar del Código Civil, que determina las condiciones de eficacia y aplicación de todo el Derecho), establece los cimientos y los fundamentos del nuevo orden jurídico-político que instaura la Constitución. Opera como una «norma de normas», en su visión clásica, de competencia de competencias y de poder originario determinante del poder y de su alcance que da coherencia y consistencia al conjunto del sistema, le suministra sus bases y adopta decisiones fundamentales sobre la organización política y jurídica, en ejercicio directo de la soberanía. Suministra, asimismo, unos elementos axiológicos en los que se han de mover y actuar los poderes públicos, las instituciones jurídicas y la ciudadanía. Se trata de las llamadas «decisiones fundamentales de la Constitución» (C. SCHMIDT), que establecen principios de principios que configuran la base fundamental del sistema político y del ordenamiento jurídico.

En el Título Preliminar se incluyen las cuestiones sustantivas de mayor relevancia del sistema constitucional y otras que reflejan el momento y la coyuntura del proceso constituyente y que ofrecen una imagen en negativo del precedente régimen autoritario, que la Constitución rechaza y liquida definitivamente.

Ello explica la peculiar selección de los temas que incluye el Título Preliminar. El mismo ha dejado fuera elementos significativos y principios de principios, como la igualdad y la dignidad de la persona, la posición internacional de España o la aspiración ya existente de integración en la Comunidad Europea, y ha incluido temas no frecuentes en estas partes iniciales de las Constituciones, como la referencia al papel institucional de los incipientes partidos políticos, de los sindicatos y organizaciones empresariales, cuya liberalización era garantía de sistema democrático, o la llamada al principio de legalidad o de interdicción de la arbitrariedad, para asegurar un funcionamiento correcto del Estado de Derecho, que se califica de democrático.

No todos los artículos incluidos en el Título Preliminar tienen el mismo peso ni alcance como configuradores de las bases y fundamentos del sistema político constitucional. La mayor relevancia la tienen los dos primeros artículos, el auténtico basamento de toda la estructura constitucional como «principios estructurales del ordenamiento» (STC 128/2016) que «configuran a nuestro Estado como de Derecho y democrático» (STC 114/2017). Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al declarar que «la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su ap. 1, a partir de la cual debe resultar sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles» (STC 206/1992). Este precepto ha sido calificado de «base de todo nuestro ordenamiento jurídico» (STC 6/1981) en cuanto atribuye con carácter exclusivo la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español, unidad ideal de imputación del poder constituyente y, como tal, fundamento de la Constitución y del Ordenamiento jurídico y origen de cualquier poder político (SSTC 12/2008, 23/2009 y 31/2010).

En su función fundamental de configurar y de definir el tipo de Estado y su estructura, el Título Preliminar establece como presupuesto y premisa la soberanía popular. «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», proclama el art. 1.2 CE, una decisión constitucional clave que refleja la forma de su promulgación («Las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado»). Por ello «solo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo puede un poder público atribuirle la cualidad de soberano», soberanía nacional que, conforme a la Constitución, «reside únicamente en el pueblo español» (STC 42/2014) y de la que parte «la unidad de la unidad de la Nación española, que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional» (STC 247/2007).

La compleja fórmula utilizada ha tratado de resolver la clásica polémica soberanía popular/soberanía nacional. Habla de «soberanía nacional», lo que se corresponde con la referencia en el Preámbulo a la voluntad de la «Nación española»; menciona al «pueblo español» como titular de esa soberanía nacional, unidad del pueblo español que se corresponde con la unidad e indivisibilidad de la soberanía, que se dejó claro en el debate constitucional, y que imputa a ese pueblo la fuente de los poderes del Estado. Un único pueblo, una única nación y un único Estado, afirmación de unidad compatible con la estructura política compuesta basada en autonomías territoriales.

El que la Constitución haya partido del origen popular del poder [«los poderes (...) emanan del pueblo», afirmaba más directamente el art. 1.2 de la Constitución de 1931], «obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión popular» (STC 10/1983). Ello se corresponde con el

principio democrático que inspira todo nuestro sistema constitucional y cuyo fundamento es la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, elementos a cuya luz debe interpretarse el principio democrático (STS 259/2015).

En conexión y como consecuencia del principio democrático, la proclamación de que España «se constituye en un Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE) es una expresión que tiene un sentido de reafirmación frente al pasado autoritario que se rechaza y de transformación democrática del Estado con proyección hacia el futuro. Pasados estos años, se comprueba la importancia que ha tenido esa proclamación como reconocimiento de preexistencia de la realidad Española al proceso constituyente, y de la función transformadora de la Constitución por los calificativos que se otorgan al Estado, «social», «democrático» y de «Derecho», como forma de ser y de configurarse el sistema político, con una función transformadora de las estructuras socioeconómicas (E. Díaz).

En esta introducción no cabe profundizar en ninguna de esas calificaciones identificadas que diseña en su conjunto, la característica global de la organización y de la acción estatal. La idea de Estado de Derecho asegura la normatividad de la Constitución (art. 9.1 CE) e informa un sólido sistema de garantías formales y materiales del *rule of law*, la independencia judicial, el derecho al proceso con todas las garantías, el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad, etc., reedificando en su conjunto el ordenamiento jurídico; el carácter democrático del Estado está ante todo vinculado al principio democrático, con un objetivo transformador inalcanzable de inmediato; y el calificativo social ha adquirido una importancia considerable mediante su conexión con el principio de igualdad sustancial del art. 9.2 como parámetro fundamental para inspirar y valorar la acción de los poderes públicos y como barrera ante

los intentos de desmantelamiento del Estado de bienestar.

Además, el art. 1.1 CE —siguiendo el precedente del art. 1 de la Constitución de 1931 («la República se organiza en régimen de libertad y justicia») — «propugna» como valores superiores del ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», que caracterizan tanto al Estado como al ordenamiento jurídico y que ofrecen unos supra-principios axiológicos que han de inspirar a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la acción de los poderes públicos, reflejo y síntesis del sentido del Estado social y democrático de Derecho y de la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional ha calificado a la Constitución como un orden de valores (STC 35/1987), valores que no son meros principios jurídicos superiores, sino valores jurídicos fundamentales (STC 32/1985), que han de ponerse en conexión con la dignidad de la persona, fundamento del orden político (art. 10.1 CE), cuya consecución ha de enderezar la actuación de los poderes públicos, y que han de ser garantizados también por el Tribunal en una interpretación teleológica o finalista respetuosa de las normas constitucionales (SSTC 19/1998, 20/1987, 181/2000). La caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político dotan de sentido a aquella caracterización y representan el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional (STC 12/2008).

«La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria». Esta lapidaria y fundamental declaración, que no fue objeto de gran debate en la constituyente, define de forma precisa —al margen de la discusión doctrinal sobre la corrección de la expresión «forma política» — que España es una monarquía limitada en la que el Gobierno es parlamentario. El art. 1.3 CE determina una Jefatura del Estado regia, sus funciones limitadas

se establecen en el Título II, que identifica al concreto titular de la Corona y califica a la Monarquía como «parlamentaria», subrayando la no continuidad con la histórica Monarquía constitucional extinguida definitivamente en 1931 y expresando una voluntad de acercamiento a las formas políticas de las monarquías europeas, calificadas de parlamentarias por contar con un «régimen de gobierno representativo y parlamentario» (art. 2 Constitución de Suecia), como consagran los arts. 99 y ss. CE.

Aceptada la soberanía popular y el principio democrático, la Monarquía no podía ser sino, como ha venido siendo, parlamentaria, que implica la coexistencia de una Jefatura de Estado monárquica, enmarcada jurídicamente en el Título II, con un sistema democrático-representativo. Del art. 56 CE se deduce que el Rey no es un poder del Estado, sino solo un órgano del Estado, que su función principal es representativa y simbólica, como símbolo de la unidad estatal, y que la mayor parte de sus actos son obligados, lo que se refleja en su irresponsabilidad, unida al necesario refrendo de sus actos, o en congruencia con el carácter parlamentario de la Monarquía.

Las grandes decisiones constitucionales que se adoptan en el art. 1 se completan con el también trascendental art. 2 CE. Ambos preceptos han sido calificados como «los principios estructurales del ordenamiento» (STC 128/2016) y entendidos como «prescripciones indisociables» (STC 114/2017).

El art. 2 CE se refiere a la unidad de la Nación española, que ya resulta del art. 1 CE, para calificarla de «indisoluble», «indivisible» y de «patria común». Según el Tribunal Constitucional, la soberanía de la nación residenciada en el pueblo español conlleva necesariamente su unidad, unidad del pueblo soberano fundamento de la Constitución en la que la nación se constituye como Estado social y democrático de Derecho, único y común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja, ya que

el art. 2 reconoce y garantiza «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas» (SSTC 259/2015, 90/2017, 124/2017), reconocimiento constitucional de las autonomías territoriales que ha permitido la institucionalización de las nacionalidades y regiones en Comunidades Autónomas. «Era necesario reconocer constitucionalmente el momento de la diversidad y el momento de la unidad como tesis y antítesis reales para integrarlas en una síntesis constitucional estable» (TOMÁS Y VALIENTE).

La atribución de la soberanía nacional en el art. 1.2 CE y la unidad de la Nación española como fundamento de la propia Constitución, según su art. 2 CE, no excluyen el reconocimiento y garantía del derecho de las nacionalidades y regiones que la integran, lo que ha configurado nuestro Estado como «autonómico», el cual no ha sido resultado de un pacto entre instancias territoriales que conservarían unos derechos anteriores a la Constitución ni superiores a ella, sino del ejercicio por el pueblo español de la soberanía nacional, como una norma o mandato del poder constituyente, lo que excluye que autonomía pueda equipararse a soberanía (SSTC 4/1981, 247/2007, 42/2014 y 90/2017). Las Comunidades Autónomas traen causa de la Constitución fundada en la unidad de la Nación española y de la soberanía nacional que proclama el art. 1.2 CE (STC 124/2017).

El reconocimiento y la garantía de las autonomías territoriales, cuyo desarrollo regula el Título VIII CE, ha sido puesto en práctica a través de los correspondientes Estatutos de Autonomía y ha dado lugar a la novedosa figura de las Comunidades Autónomas (más las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), que han tenido un profundo efecto transformador de nuestras estructuras políticas. Han configurado, mucho más allá de una amplia descentralización administrativa, una original forma compuesta o compleja de Estado, el Estado «autonómico» o «de las Autonomías», políticamente descentralizado, en el que las

Comunidades Autónomas participan en el poder político con el Estado (central), y que descansa «en la adecuada integración del principio de autonomía en el principio de unidad, que lo engloba» (STC 35/1982).

Se trata de un «Estado complejo, en el que el ejercicio de las funciones estatales se encomienda tanto a las instituciones generales del Estado como a las Comunidades Autónomas, dotadas de autonomía política, expresión del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, «patria común e indivisible de todos los españoles» (STC 119/1992). España es un «Estado único, común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja, por obra del reconocimiento constitucional de las autonomías territoriales» (STC 259/2015, 90/2017, 114/2017), un Estado «que se asienta en la soberanía nacional del pueblo español y es resultado de una norma del poder constituyente» (STC 76/1998).

La unidad, la autonomía y la solidaridad, sobre las que el art. 2 CE diseña el Estado autonómico, han de integrarse, equilibrarse y hacerse compatibles «mediante la virtualidad que se atribuye a cada uno de ellos y que se manifiesta a través del reparto competencial» (STC 247/2007). Ellas han dado lugar a una organización estatal nacional y a una distribución vertical de poderes entre entidades territoriales que gozan de autonomía, un poder limitado, no equiparable a soberanía, que no puede oponerse al principio de unidad, pues «es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución».

Una unidad que implica la supremacía del interés de la Nación y que el Estado se coloque en una posición de superioridad en relación con las Comunidades Autónomas, sin que la autonomía se garantice para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación, ni sobre intereses generales distintos de los de la propia Comunidad Autónoma (STC 4/1981). «La raíz misma del Estado auto-

nómico postula la necesaria articulación entre unidad y diversidad, pues el componente diferenciador, sin el cual no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas ambas que caracterizan al Estado de las Autonomías, tiene límites establecidos por el constituyente, unas veces en garantía de unidad, otras en áreas de una mínima homogeneidad sin la cual no habría unidad ni integración de las partes en el conjunto estatal y otras en función de un interés del todo con el de las partes» (STC 100/1984).

Para asegurar el equilibrio y la integración entre unidad y autonomía, el art. 2 CE se ha referido al principio de solidaridad como «su corolario» (STC 25/1981), «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)» (STC 135/2002), al que debe acomodarse la conducta de las autoridades estatales y autonómicas y entre estas entre sí, debiendo abstenerse unas y otras, en el ejercicio de sus competencias, de adoptar «decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general», teniendo «en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses» (STC 247 /2007). Una importante manifestación del principio de solidaridad es que toda Comunidad Autónoma deba ejercitar sus competencias ponderando no solo su propio interés, sino también las consecuencias de dicho ejercicio, para no generar efectos perjudiciales a los restantes entes territoriales afectados por sus medidas (STC 64/1990).

Las Comunidades Autónomas se integran en un todo unitario, la España autonómica producto de esa necesaria conexión entre unidad, autonomía y solidaridad. Para asegurarla, la jurisprudencia constitucional ha consagrado, como inherente al sistema, un principio de lealtad constitucional, recordando el *Bundestreue* o «Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens», que implica que el Esta-

do Federal y sus componentes deben conducirse de forma leal a la estructura federal, en una mutua toma en consideración en el ejercicio de sus respectivas competencias de los intereses generales comunes y propios. La jurisprudencia constitucional alemana lo ha considerado un principio constitucional inmanente, que está en la base y cimientos del sistema federal y que impone la mutua lealtad de la conducta de los *Länder* entre sí y con el *Bund* y de este hacia ellos (BverfGE 6, 309, 361).

Siguiendo ese antecedente, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado también el principio de lealtad una regla constitucional no escrita, inmanente e inherente al Estado autonómico, que impone al Estado y a las Comunidades Autónomas que sus decisiones traten de satisfacer los intereses generales, renunciando uno y otras, al gestionar los intereses propios, a adoptar medidas que puedan menoscabar o perturbar esos intereses, principio que debe presidir «las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial y constituye un soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada» (SSTC 239/2002 y 13/2007). El deber de lealtad constitucional obliga a todos (SSTC 181/1988, 9/2017 y 114/2017) y se traduce en un «deber de auxilio recíproco», de «recíproco apoyo y mutua lealtad», «concreción a su vez del más amplio deber de fidelidad a la Constitución» (STC 247/2007).

El Tribunal Constitucional se ha referido, además, al principio inherente de «colaboración» para la puesta en marcha del Estado de las Autonomías y su «correcto funcionamiento» (STC 181/1988), a formas de «cooperación» «para que las posiciones del Estado y las Comunidades Autónomas resulten más equilibradas» y a los principios de coordinación, lealtad y colaboración en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 13/2007), principios o técnicas «consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías» (STC 13/1992).

Estos principios se mueven en la lógica del art. 2 CE, que sugiere actitudes constructivas de lealtad y mutua colaboración entre la unidad que representa el Estado y la autonomía que ejerce la Comunidad Autónoma, pidiendo de uno y otra la lealtad a un sistema en que unidad y autonomías deben convivir y fructificar. El delicado edificio del Estado de las Autonomías, su consolidación y correcto funcionamiento, depende por ello de fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdos (STC 181/1988), dentro del espíritu del art. 2 CE, evitando tensiones y excesos de conflictividad y litigiosidad que no deben poner en peligro el efecto integrador y de consolidación de la unidad nacional que propicia el Estado de las Autonomías.

La doble referencia que el art. 2 CE hace a «nacionalidades y regiones» plantea el problema de que la Constitución no ha definido el alcance de esa diferencia de términos ni si ello implica una diversidad de tratamiento de unas y otras en orden a sus competencias y a su régimen jurídico. El significado histórico-político de esos dos términos es innegable, puesto que en el precepto constitucional hay elementos de «reconocimiento» de la existencia real de comunidades claramente identificables como «comunidades de acusada personalidad cultural o histórico política que aspiran al reconocimiento constitucional de sus singularidades constitutivas» (ARIAS-SALGADO), junto a otros territorios y comunidades *in fieri* a los que el texto constitucional no podía reconocer, y que a través de sus provincias han podido acceder a su autonomía, y crear con ello una comunidad que ha adquirido personalidad y rasgos propios, incluso para intentar autoproclamarse como nacionalidades.

La jurisprudencia constitucional se refiere siempre, de forma diferenciada, a nacionalidades y regiones —«en virtud de las disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configura-

do en formas muy distintas de un caso a otro» (STC 16/1984)—, pero sin haber extraído todavía las necesarias consecuencias de esa distinción. En el momento constituyente la mención a nacionalidades parecía entenderse implícitamente referida a los casos concretos de Cataluña, País Vasco y Galicia, por su situación en la II República, pero, y a consecuencia de la aplicación del principio dispositivo, la noción de nacionalidad se ha configurado de forma más abierta y diversos Estatutos de Autonomía han asumido, en términos diversos, el carácter de «nacionalidad», como ha ocurrido con Andalucía, la Comunidad Valenciana, Canarias o las Illes Balears, y ello a consecuencia de que la Constitución ha dejado abierta tanto la noción de nacionalidad como cuáles habían de identificarse con ella, sin prever expresamente las consecuencias del posible distinto alcance del derecho a la autonomía de unas y otras.

El ejercicio del derecho a la autonomía se ha vinculado al llamado principio dispositivo, deducido fundamentalmente de los arts. 147.2 y 149.3 CE, un principio relevante en el que el sistema territorial de distribución del poder político otorga un amplio margen de decisión al legislador estatutario para adecuarse a las peculiaridades y características de las regiones y nacionalidades (STC 247/2007). Dado que las instituciones fundamentales de las Comunidades Autónomas vienen ya previstas en la Constitución, la voluntad de autogobierno, que se expresa a través de los Estatutos de Autonomía, ha afectado, sobre todo, a las competencias a asumir, dentro de los límites que la propia Constitución establece.

Ese principio dispositivo explica que las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE se hayan acercado, en sus competencias y en su entramado institucional, a las autonomías que utilizaron la vía del art. 151 CE y que, sin negar diferencias entre las Comunidades Autónomas, en esa diferenciación operan más los factores de idioma, culturales, políticos (especialmente vinculados a la existencia de na-

cionalismos) o socioeconómicos que las diferenciaciones jurídicas que impliquen diferencias de «rango» entre las Comunidades Autónomas, pese a la no homogeneidad ni igualdad entre todas ellas. Según el Tribunal Constitucional, la Constitución no vedaba este proceso de asimilación y, además, en una serie de preceptos específicos ha reconocido la igualdad entre aquellas en el orden constitucional, aunque, a través de su respectivo Estatuto, puedan ser desiguales en la determinación concreta del complejo competencial, pues «el Estado de las autonomías se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del estatus jurídico público de las entidades territoriales que lo integran» (STC 76/1983).

La igualdad entre españoles, que predica de los ciudadanos el art. 139.1 CE y que ha de asegurar el Estado en cuanto a las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), establece límites a las Comunidades Autónomas, pero «no excluye la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas, ni impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto» (STC 247/2007), pero aquella y este deben impedir una «desconstitucionalización» del sistema competencial.

El mantenimiento del principio dispositivo, establecido originariamente para poner en marcha el Estado de las Autonomías, con el tiempo ha dado inestabilidad al sistema autonómico. El principio se estableció originariamente para acomodar la distribución territorial del poder a las peculiaridades de cada entidad autónoma, que se presuponían diferentes, pero luego se ha aplicado con un sentido de emulación, para mantener una singu-

laridad originaria o para tratar de obtener competencias reconocidas a otras Comunidades. Según el Consejo de Estado, «como consecuencia de todo ello, la eficacia del principio dispositivo para crear un sistema de distribución territorial del poder más diferenciado que el que cabrían instaurar mediante la decisión directa del poder constituyente ha sido más bien escasa. Las diferencias organizativas entre las diversas Comunidades son pequeñas, y las de los respectivos ámbitos de competencias, en razón de lo dicho, casi todas transitorias. Esta inoperancia del sistema abierto en relación con la que habría de ser su principal virtud hace más visibles los inconvenientes que su práctica ha puesto de relieve» (Informe sobre las modificaciones de la Constitución Española, 2006).

Por ello, no han faltado voces favorables a una revisión de ese principio dispositivo en aras de un cierre definitivo de un proceso autonómico que parece haberse no agotado aún en los cuarenta años de vigencia de la Constitución. El cierre del modelo requiere una reforma constitucional que llevara al texto constitucional la delimitación de las competencias como han hecho las Constituciones comparadas y, en su caso, aclarar el alcance constitucional de la diferencia entre nacionalidades y regiones.

En conexión con el Estado de las Autonomías están los arts. 3 y 4 CE, relativos, respectivamente, a la lengua y a los símbolos.

En relación con la lengua, el art. 3 CE reconoce como hecho y como valor la pluralidad lingüística, partiendo de la coexistencia real de varias lenguas españolas junto al castellano. Define al castellano como lengua oficial del Estado, indica el deber de conocerlo y el derecho a usarlo de «todos los españoles», y añade, en contraste con la situación precedente en el franquismo de restricción de las lenguas vernáculas, primero, que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos [sin implicar una

obligación de conocimiento similar a la obligatoriedad constitucional del conocimiento del castellano (STC 84/1986)] y, en segundo lugar, declara como patrimonio cultural objeto de especial respeto y protección «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España».

El precepto constitucional refleja, de nuevo, lo que es propio del Estado Autonómico, la unidad, desde un idioma común, y la diversidad, oficializando y respetando lenguas españolas distintas al castellano, remitiéndose a los respectivos Estatutos de Autonomía para su declaración de oficialidad, en línea con lo previsto en el art. 4 de la Constitución de 1931. El art. 3 ha permitido que diversos Estatutos de Autonomía declaren como lenguas oficiales en sus territorios, o en parte de ellos, sus lenguas propias, oficialidad compartida con el castellano. Pero los Estatutos han reconocido, además, la competencia autonómica para proteger y «normalizar» la lengua propia, a la vez que se ha reconocido al legislador estatal esa competencia respecto al castellano. De hecho, las legislaciones autonómicas han tratado de asegurar el conocimiento de la lengua propia, y en su proceso de «normalización» imponerla sobre la lengua oficial del Estado.

Pese a los términos claros del precepto constitucional, las llamadas «políticas», «modelos» o «sistemas» lingüísticos de ciertas Comunidades Autónomas han generado problemas, sobre todo, pero no solo, en materia educativa, lo que el precepto constitucional quiso evitar tratando de asegurar la convivencia de una lengua común, el castellano, y de una posible lengua propia en ciertas Comunidades Autónomas. En la jurisprudencia constitucional hay llamadas a la «racionalidad y proporcionalidad» en la exigencia del bilingüismo (STC 82/1986), desde la afirmación de que el régimen de cooficialidad lingüística presupone «no solo la coexistencia sino la convivencia de ambas lenguas cooficiales» y del «derecho de todos a no ser discriminados por el uso de una de

lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma» (STC 337/1994).

Una reflexión similar ha de hacerse respecto al art. 4 CE, que se refiere y describe la bandera de España, siguiendo el antecedente republicano (que se propuso cambiar el modelo de bandera), que añade que «los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales». De forma original, pues no es frecuente en otras Constituciones, la Constitución no solo admite las banderas y enseñas autonómicas (que todos los Estatutos han establecido), sino que, además, trata de asegurar su uso junto a la nacional, elevando el rango e importancia simbólica de las enseñas autonómicas, en contraste con el régimen político, anterior represivo del uso de estos símbolos. Según la STC 94/1985, «este reconocimiento constitucional, que no tiene precedente en el constitucionalismo español ni en el Derecho comparado europeo, es una forma de expresión a través de los símbolos de la organización del Estado en Comunidades Autónomas». La competencia autonómica es solo para establecer las propias banderas y enseñas y su uso, pero no alcanza a regular el uso de la bandera de España, que sigue siendo competencia estatal. Pero la intención del constituyente de superar la «guerra de banderas» y de asegurar la convivencia de los símbolos no se ha logrado del todo, especialmente en ciertos territorios.

Nuestra Constitución es de las pocas que se refiere a la capitalidad del Estado y de nuevo lo hace siguiendo el modelo de la Constitución de 1931, donde la constitucionalización se enmarcaba en la posible realización del Estado federal para asegurar una a modo de capital federal «extracomunitaria». Esa posibilidad no se excluyó en el debate constitucional, pero de hecho la capitalidad de Madrid, salvo ser la sede física del Gobierno y de las principales instituciones del Estado, no ha tenido singularidad alguna, no se ha cons-

tituido ni en Distrito estatal, ni en Ciudad-Estado como Berlín, sino que forma parte y es, además, capital de una Comunidad Autónoma uniprovincial, lo que ha desdibujado su papel de capitalidad del Estado *supra-partes* autonómicas.

Los arts. 6 y 7 CE no se refieren a la organización política del Estado ni a la definición jurídica de sus elementos fundamentales, sino a unos entes privados, los partidos políticos y las asociaciones empresariales y sindicales, que el franquismo había vedado, y que ahora se admiten y consagran, reconociendo su importante papel en el nuevo sistema democrático. Esta singular ubicación constitucional tiene un aspecto coyuntural y simbólico de ruptura contra el pasado inmediato, pero también un sentido estructural y trascendente de destacar la importancia de estas organizaciones en la configuración y profundización de una España democrática, social y pluralista.

Se trata de asociaciones privadas que presuponen ejercicio del derecho de asociación, definido y protegido como derecho fundamental en el art. 22 CE, base jurídica cuyo ejercicio permite la constitución de estas asociaciones, salvo para los sindicatos, al existir una consagración específica del derecho a la libertad sindical en el art. 28.1 CE. Elementos comunes de estos dos artículos, en consonancia con su carácter de elemento consustancial del sistema democrático, son el mandato constitucional de que «su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos» (aunque ello podría derivarse implícitamente del derecho de asociación del art. 22 CE y del derecho a la libertad sindical), así como la doble referencia a que «la creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». Una y otra regla tienen también un cierto significado de rechazo hacia el pasado autoritario, tanto en cuanto a evitar formas no democráticas de estas organizaciones como a impedir que las mismas persigan objetivos «no democráticos» contrarios a la Constitución y al ordenamien-

to jurídico, lo que tiene especial relevancia respecto a los partidos políticos.

La consagración constitucional de los partidos políticos ha de ponerse en relación con la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental en el art. 1.1 CE y como expresión de tal pluralismo, al ser cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 9.2 CE) (STC 32/1985). El art. 6 CE ha permitido considerar a los partidos como una forma particular de asociación (STC 3/1981), a la que el precepto confiere funciones de relevancia constitucional y de trascendencia política, aun sin ser órganos del Estado (STC 10/1983). Constitucionalmente, los partidos políticos se configuran como «asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones» de asegurar la correspondencia entre la voluntad de los ciudadanos y la voluntad general, de lo que se deriva su centralidad en el sistema político (STC 31/2009). Su función es integrar, a través de los procesos electorales, los órganos del poder público que actualizan, como voluntad del Estado, la voluntad popular que los partidos contribuyen a configurar, confirmar y manifestar, dentro de las distintas opciones políticas e ideológicas, en un régimen de pluralismo concurrente.

Ello facilita y asegura el derecho de participación política garantizado por el art. 23.2 CE y se asegura la vigencia del pluralismo político en que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. Los partidos actúan como elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico, que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, un ideal del sistema democrático (STC 62/2011).

Conformando y expresando la voluntad popular, «los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE)» (STC 48/2003), y para la articulación del pluralis-

mo. La libertad ideológica y la libertad de expresión son el fundamento de su identidad y la garantía de que su participación no se vea desvirtuada o impedida, aunque sean también posibles y deseables otras formas de participación ciudadana. Para garantizar su función, los partidos están sometidos a un régimen legal propio que evita que desvirtúen su papel de instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales y les obligan a respetar los cometidos definidores de la condición de partido político que el precepto constitucional enumera (SSTC 48/2003 y 31/2009). El art. 6 CE se refiere en plural a los partidos políticos, presupone y garantiza la existencia de esa pluralidad de partidos y «la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que solo cabe proteger y propiciar» (STC 48/2003).

Como ya se ha dicho, dentro de las instituciones básicas que aseguran el modelo de Estado social y democrático de Derecho en el que España «se constituye», el art. 7 CE ha incluido a los sindicatos y a las organizaciones empresariales como organizaciones para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de trabajadores y empresarios, lo que se desarrolla luego, entre otros, en el art. 28 CE en relación con la libertad sindical y el derecho de huelga.

El reconocimiento de la libertad sindical y de asociacionismo empresarial es una constante en las Constituciones modernas, que ya se incluyó en el art. 39 de la Constitución republicana de 1931. Lo singular de nuestra Constitución es que, además del reconocimiento de la libertad sindical y de asociacionismo empresarial como derecho fundamental, haya incluido una referencia a los sindicatos y a las organizaciones empresariales en un lugar tan significativo y emblemático como el Título Preliminar. El reconocimiento del importante papel de las organizaciones sindicales y empresariales en la configuración de una sociedad democrática avanzada y el logro de los valores de libertad, justicia, igualdad y plura-

lismo, pluralismo que refleja una posibilidad de defensa separada de intereses en conflicto a través de organizaciones que concurren y negocian para la defensa de sus respectivos intereses. El constituyente ha reconocido la existencia de conflictos socioeconómicos «que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales» (STC 123/1992). La conexión instrumental de los interlocutores sociales con la sociedad democrática se confirma con la expresa referencia en forma de mandato que el último inciso del art. 7 CE hace, paralelamente a lo previsto en el art. 6 CE, a que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

El precepto, y especialmente la declaración contenida en su primer inciso, van más allá de lo simbólico y suponen el reconocimiento de un papel relevante de los llamados interlocutores sociales. La jurisprudencia constitucional ha afirmado que el art. 7 CE tiene importantes consecuencias políticas y sociales (STC 118/1983), ha considerado que el reconocimiento de la función de «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» otorga una «relevancia constitucional» a estas organizaciones representativas, de acuerdo a la trascendencia constitucional de la función que cumplen (STC 20/1985), y ha reconocido la importancia de la representación institucional de sindicatos y organizaciones empresariales, dado que el ordenamiento jurídico les otorga la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas (STC 11/1998), de acuerdo con el carácter democrático del Estado (STC 70/1982), configurándose como organismos básicos del sistema socio-político y pilares del Estado social y democrático de Derecho (STC 11/1981).

El carácter material de sujetos políticos de los sindicatos y organizaciones empresariales se ha visto confirmado a través su presencia institucional en numerosos organismos, empezando por el Consejo Económico y Social y sus correlativos autonómicos, y también por

las prácticas de concertación y pactos sociales a todos los niveles, que se canalizan hoy a través del diálogo social, un instrumento indispensable de una sociedad pluralista y de un Estado social maduro y avanzado.

Otra peculiaridad de nuestra Constitución es el haber incluido dentro su Título Preliminar una referencia expresa a las Fuerzas Armadas. El art. 8 CE señala su misión específica de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, constitucionaliza su composición plural (Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire), y remite al legislador orgánico regular «las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución». Aunque su sujeción al poder civil queda clara en el texto constitucional (art. 97 CE), es llamativa la colocación en este lugar de la Constitución del tratamiento de las Fuerzas Armadas y que el precepto refleje elementos de continuidad y elementos de ruptura. El art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967 contenía una regulación bastante similar sobre la misión de los Ejércitos, y en él se inspiró el texto sugerido en el proceso constituyente por la Junta de Jefes de Estado Mayor, pero, como elementos de ruptura hacia el pasado, ya no se incluye referencia a la «seguridad nacional», en vez de defensa del orden institucional, se habla del orden constitucional y además se propugna una «organización militar conforme a los principios de la presente Constitución».

Se trataría de los mismos Ejércitos, pero ahora al servicio y en defensa del nuevo Estado democrático, con la función de protección de las instituciones constitucionales y de las libertades democráticas. El Tribunal Constitucional se ha referido a «la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la CE representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas, de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su inte-

gridad territorial y su ordenamiento constitucional» (ATC 375/1983). En aras de conseguir la máxima eficacia a las funciones que el art. 8 CE encomienda a la institución militar, se ha justificado la especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina militar, y la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 CE (STC 97/1985). Esas funciones constitucionales «exigen, para su cumplimiento, una específica forma de organización, y un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución», incluidas «determinadas peculiaridades en el Derecho penal militar que supongan una diferenciación del régimen penal común, peculiaridades que hallan su justificación en las exigencias de la organización militar» (STC 107/1986). Esa justificación de las peculiaridades de la disciplina militar que se reflejan en otros preceptos constitucionales no implica una posición institucional de las Fuerzas Armadas separada y distinta del resto de la Administración estatal y «al margen de los valores, principios, derechos y poderes constitucionales» (CORCUERA).

El Título Preliminar se cierra con el art. 9 CE, en el que se agrupan materias muy distintas en su significado y su alcance, que conforman un conglomerado regulador explicable en una coyuntura en la que no estaban claros los conceptos fundamentales básicos y se mezclaban planos distintos, el de la constitucionalidad y el de la legalidad, y al incluirse, además, el principio de igualdad sustancial en el art. 9.2 CE, un precepto que carece de antecedentes en nuestra historia constitucional y de referentes en el Derecho comparado, salvo el art. 3 de la Constitución italiana.

El precepto clave del art. 9 CE es su ap. 1, según el cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». La expresión es desafortunada, al colocar en el mismo plano la sujeción a la Constitución, consagrando el principio de constitucionalidad y al resto del

ordenamiento que deriva de la propia Constitución, vértice del ordenamiento jurídico. Ello, como también refleja el contenido del art. 9.3 CE, muestra una cierta confusión entre el nivel constitucional y el de legalidad, entre el novedoso y trascendental principio de constitucionalidad y el tradicional principio de legalidad característico de las democracias liberales.

La verdaderamente trascendente del precepto, como resulta de las primeras decisiones del Tribunal Constitucional, es la proclamación de la sujeción a la Constitución de los poderes públicos (y de los ciudadanos) y el reconocimiento de la primacía de la Constitución, lo que permitió afirmar desde el primer momento que del art. 9.1 no se deduce solo la vinculabilidad de la Constitución, sino su «más fuerte vinculación» en la expresión del constitucionalismo norteamericano (GARCÍA DE ENTERRÍA), que implica el «imperio de la Constitución como norma suprema» (STC 54/1983) y que «ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental» (STC 114/2017).

Esta especial fortaleza de la Constitución que predica el art. 9.1 CE es, pero no solo, un problema de rango y supremacía, medida de validez del resto de las normas jurídicas que deben estar en consonancia con ella, y criterio de interpretación de las demás normas jurídicas subordinadas a ella, por cuanto incorpora el sistema de valores que debe informar todo el ordenamiento jurídico. Implica también la fuerza normativa de la Constitución, no solo norma suprema, «fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico», sino norma a secas, aplicable sin necesidad de un desarrollo normativo, «es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos [...] están sujetos a ella» (STC 16/1982), una fuerza normativa derogatoria y condicionante, que solo puede ser afectada a través de una reforma constitucional. Se han de tener en cuenta, junto al aspecto formal como norma de la Constitución, los valores y principios que esta representa y, en

particular, la sujeción a los derechos fundamentales, no solo de los poderes públicos, sino de los ciudadanos al menos en su aspecto negativo, en cuanto que los ciudadanos tienen el deber de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución (STC 101/1983), salvo que la Constitución les imponga, además, deberes positivos.

Esta vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos, y de los particulares, se corresponde con el concepto alemán de *Verfassungsmässigkeit*, que en la tradición iberoamericana se ha venido calificando como principio de constitucionalidad (al que ya hizo referencia el Tribunal Constitucional en su primera Sentencia, la 1/1981), en contraposición al principio de legalidad, para indicar que también la ley está sometida a la Constitución y que solo una ley constitucional puede derogar a una ley constitucional. La existencia del Tribunal Constitucional ha contribuido a asegurar la efectividad del principio de constitucionalidad y la fuerza vinculante de la Constitución a todos los niveles, tanto como factor de limitación como de habilitación de los poderes públicos.

España es un Estado constitucional de Derecho (GARCÍA-PELAYO) que supera el tradicional Estado legal de Derecho, lo que confirma la trascendencia del aseguramiento del principio de constitucionalidad consecuencia de la consideración de la Constitución a la vez como fuente normativa primaria o fuente de fuentes y como fuente del Derecho (ALONSO OLEA). En el Estado constitucional el imperio de la Constitución ha reemplazado al imperio de la ley, dada la supremacía de la Constitución y del sometimiento de la ley a ella, una exigencia insoslayable del Estado constitucional de Derecho «cuya garantía y dignidad últimas se cifran en que los gobernantes sea servidores, no señores, de las leyes, y muy en primer lugar de la Constitución» (STC 114/2017). El principio de constitucionalidad que consagra el art. 9.1 CE se garantiza sobre todo, pero no solo, a través de la jurisdicción constitucional.

El principio de constitucionalidad y la consecuente primacía de la Constitución implican que toda decisión de los poderes públicos esté sujeta a la Constitución, no existiendo espacios libres o ámbitos de inmunidad frente a la Constitución. Con ello «se protege también el principio democrático, pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política» (STC 42/2014).

Esa primacía no implica una «sacralización» de la Constitución ni una exigencia de identificación o adhesión subjetiva a ella. Reiteradamente el Tribunal Constitucional ha afirmado que nuestro ordenamiento constitucional no asume un modelo de «democracia militante» en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (SSTC 48/2003, 5/2004, 235/2007, 12/2008 y 31/2009), y que dentro de él tienen cabida cuantas ideas quieran defenderse para modificar el orden constitucional, «siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de las mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución» (SSTC 103/2008 y 31/2009). La Constitución «no pretende para sí la condición de *lex perpetua*», las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, pero siempre en el marco de los procedimientos de reforma constitucional (STC 138/2015).

El art. 9.2 CE se refiere a unos objetivos propios del Estado social siguiendo el modelo del art. 3.2 de la Constitución italiana, aunque se separa de él al omitir la referencia expresa a los trabajadores en cuanto a su participación «en la organización política, económica y social del país» Aquel precepto condiciona la acción política de los poderes públicos, les encomienda tres cometidos: promover las condiciones para la realidad y efectividad de

la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, 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. Del precepto similar, la doctrina italiana extrajo del principio de igualdad sustancial o material, más allá de la igualdad del art. 14 CE, una llamada a una intervención activa de los poderes públicos para lograr una igualdad real y efectiva, principio de igualdad sustancial que también ha asumido nuestra doctrina y que ha inspirado a la jurisprudencia constitucional como propio del Estado social que abandona la neutralidad que caracterizaba al Estado liberal, y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984).

El art. 9.2 CE ha tenido especial relevancia en la jurisprudencia constitucional, que ha puesto en conexión este precepto con la igualdad que proclama el art. 1.1 CE como uno de los valores inherentes al ordenamiento jurídico e inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado social, y que no solo se traduce en la igualdad formal, sino también en una igualdad «de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva» (STC 216/1991). Este precepto expresa la voluntad de alcanzar también la igualdad sustantiva, desde la que solo es posible «la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad, completando la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material», y encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos normativos o fácticos que impidan o dificulten las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos (STC 12/2008).

Por último, el art. 9.3 CE incluye un conjunto heterogéneo de principios ordinamentales heterogéneos vinculados al *rule of law*, al Estado de Derecho y al principio de legalidad.

Es un precepto que carece de antecedentes en nuestras Constituciones históricas, aunque estas contemplaron algunos de sus aspectos (p. ej., los arts. 28, 100, 101, 106, 121 y 125 de la Constitución de 1931), ni tampoco en el constitucionalismo comparado. El precepto refleja el momento constitucional, la especial preocupación por asegurar un sistema formal de garantías jurídicas referidas a la actuación pública, que en unos casos se refiere a la función normativa o reguladora (la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales) y, en otros, más propiamente a la actuación administrativa, la legalidad, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El art. 9.3 CE consolida principios elementales y consustanciales del Estado democrático de Derecho en sus manifestaciones de garantía formal, que han de conectarse con la proclamación en el Preámbulo de la Constitución de la voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular».

El listado del precepto se corresponde con el «estado de la ciencia» y trata de elevar de rango principios formales ya preexistentes en su mayor parte en el ordenamiento entonces vigente. Ese listado no toma en consideración garantías más trascendentes que llegan a configurarse como derechos fundamentales, como la tutela judicial y el principio de legalidad penal, o elementos fundamentales del *rule of law*, como la independencia judicial, que se asegura en el Título VI CE, o los principios de actuación de la Administración Pública (art. 103 CE).

Las garantías del art. 9.3 CE han sido consideradas como «principios constitucionales», pero no como compartimentos estancos, sino como un conjunto armónico en el que cada uno de ellos cobra el valor de los demás para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social

y democrático de Derecho (STC 27/1981). Estos principios constitucionales se aseguran por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente en cuanto se trate de la revisión de leyes, pero en su operatividad «normal» son, ante todo, principios propios del Derecho administrativo, que reflejan la sumisión de la Administración Pública a la ley y al principio de legalidad, al principio de jerarquía normativa, a la exigencia de publicidad de las normas (consecuencia ineluctable del Estado de Derecho en íntima relación con la seguridad jurídica) (STC 179/1989), que se consagra también en otros preceptos constitucionales, o la irretroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos [de la que se ha deducido la garantía de retroactividad de la ley penal favorable (STC 8/1981)], la seguridad jurídica, como previsibilidad del Derecho aplicable en la vertiente de certeza (STC 67/2002) e intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas (STC 54/2002), la responsabilidad de los poderes públicos, que en su vertiente jurídica o patrimonial se prevé en los arts. 106 y 121 CE, así como el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, que se ha aplicado, además de a la acción administrativa, al poder legislativo y al poder judicial (STC 74/1993).

Cuarenta años después de su promulgación se ha de reconocer que el Título Preliminar de la Constitución ha sido un elemento fundamental para nuestra organización política y

para consolidar nuestro modelo constitucional y el sistema democrático. El constituyente tuvo la suficiente audacia e imaginación para hacer en abstracto un diseño, que luego ha desarrollado el resto del texto constitucional, de una sociedad abierta y democrática, y de Estado democrático y social de Derecho.

El Título Preliminar fue fruto de un consenso entre las fuerzas políticas y entre la ciudadanía cuyo mantenimiento resulta fundamental para asegurar el contenido sustancial de nuestra Constitución, incluida la estructura territorial de poderes compleja para la incorporación de las nacionalidades y regiones en el Estado compuesto, así como para asegurarse en democracia el pluralismo no solo político, sino social. Ello requiere una necesaria y permanente puesta al día ante las profundas transformaciones de la estructura política y de la sociedad española, y ante los nuevos retos de la integración en una Unión Europea que no acaba de definirse y de la globalización. Desde los valores y principios del Título Preliminar, sin reforma constitucional o más posiblemente con ella, se habrán de abordar y de tratar de solucionar los nuevos desafíos con los que se enfrenta España al final de este decenio. Para ello sería deseable que los españoles y españolas de hoy sepan asumir el espíritu democrático, la voluntad de diálogo y la búsqueda de consenso que los españoles y españolas, muchos de ellos ya desaparecidos pero no olvidados, asumimos hace cuarenta años.

Artículo 1

1. *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.*

2. *La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.*

3. *La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.*

Sumario: I. Consideraciones generales sobre el precepto. II. Apartado 1. 1. Estado democrático. A) Introducción. B) La democracia formalizada. La democracia como principio jurídico fundamental. a) Contenido y eficacia. b) Su eficacia en el ámbito de las organizaciones no públicas. 2. Estado de Derecho y valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. 3. Estado social. A) Significado político del término. B) El Estado social como cláusula constitucionalizada. Su significado jurídico. C) Su eficacia como principio. D) El Estado social entre libertad e igualdad. III. Apartado 2. 1. Soberanía, democracia y poder constituyente. Nación y pueblo. 2. La soberanía en nuestro Estado constitucional. Una soberanía jurídicamente garantizada. 3. Soberanía del pueblo y disponibilidad de la Constitución. El poder constituyente juridificado. IV. Apartado 3. 1. La Monarquía parlamentaria. A) Significado de la expresión «forma política» del Estado. B) La Monarquía como forma política del Estado. C) La Monarquía parlamentaria como forma de la Jefatura del Estado y como forma jurídica de gobierno. 2. El régimen parlamentario.

MANUEL ARAGÓN REYES

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PRECEPTO

Aquí, al igual que ocurre en muchos textos constitucionales, puede decirse que estamos ante un caso en que el artículo primero es el principal, ya que en este precepto inicial están enunciados los rasgos capitales de la forma política que la Constitución ha venido a establecer. Si acudiésemos a términos schmittianos, podría decirse que el precepto contiene las decisiones fundamentales adoptadas

por el poder constituyente, guardando las demás decisiones que en el texto constitucional se encuentran una relación con aquellas de subordinación lógica, bien sea de desarrollo o bien, en todo caso, de no contradicción.

En efecto, en los tres apartados de este artículo se formulan las definiciones básicas de nuestro Estado constitucional, esto es, las correspondientes a la forma de Estado y a la forma de gobierno, adoptándose como forma de Estado la democrática (aps. 1 y 2) y como for-

ma de gobierno la Monarquía parlamentaria (ap. 3), aunque, como se desarrollará más adelante, la forma de gobierno en sentido propio es la parlamentaria, siendo la Monarquía una forma de la Jefatura del Estado o, si se quiere, como expresa la Constitución, una forma política (pero no jurídica) del Estado. Dicho ello ha de advertirse que lo establecido en el art. 1 CE es la forma de Estado desde el punto de vista de las relaciones entre el poder y los ciudadanos (Estado democrático) y no la forma de Estado desde el punto de vista de las relaciones entre el poder y el territorio o, mejor dicho, entre el poder y las comunidades territoriales. Esto último se encuentra en el art. 2 CE, aunque no de una manera definida, como sí ocurre con las prescripciones del art. 1 CE, sino solo prefigurada, es decir, en términos clásicos, en potencia y no en acto, dado que la Constitución, por sí sola, no establece un Estado territorialmente compuesto, o con mayor propiedad en nuestro caso, políticamente descentralizado, sino que lo hace posible, correspondiéndole a normas posteriores (principalmente los Estatutos de Autonomía) la capacidad de implantarlo, aunque, eso sí, de acuerdo con determinadas reglas y principios que la Constitución, para ello, ha previsto (sobre todo en su Título VIII). Ese carácter potencial es lo que quizá explica que no se encuentre también definida la forma territorial del Estado en el art. 1 CE, como hubiera sido lógico si la Constitución, en lugar de limitarse a prefigurarla, la hubiese establecido.

Otro aspecto que debe resaltarse en estas consideraciones preliminares sobre la totalidad del precepto que se comenta es el de la **coherencia interna entre sus tres apartados** o, mejor dicho, el de la exigencia de interpretarlos así. De tal manera que la atribución al pueblo del poder soberano (ap. 2) no puede significar que esa voluntad se pronuncie al margen de las reglas que la propia Constitución ha previsto para ello, pues de lo contrario se entraría en contradicción con el postulado de que el Estado democrático es, precisamente (como es obvio en un Estado «constitucional»), «de Derecho» (ap. 1). Tampoco, por vir-

tud de esa coherencia, podría el Estado democrático (ap. 1) producir decisiones que dejaran vacío de contenido al poder soberano popular (ap. 2), bien por privar de libertad a los ciudadanos (requisito indispensable para la libertad del conjunto de ellos), bien por suplantarle en un poder que solo él (el pueblo) puede ejercer. Del mismo modo, tampoco cabría interpretar el Estado democrático (ap. 1) de manera que se privase de contenido reconocible a la Monarquía, o a la forma parlamentaria de gobierno (ap. 3), o al revés, que se interpretase la Monarquía, o la forma parlamentaria de gobierno, de manera contradictoria con la definición del Estado como democrático (ap. 1). No hace falta expresar más hipótesis, ya que las anteriores solo se utilizaron a título de ejemplo; de lo que se trata es de destacar que la interpretación sistemática de los tres apartados de este precepto impone, necesariamente, una comprensión armónica, equilibrada, del conjunto, sin que ninguna de sus partes pueda desvirtuar el sentido y eficacia de las otras.

Por último, respecto de las calificaciones del Estado como social y de Derecho y del señalamiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que son precisiones que el ap. 1 realiza, y que serán objeto de análisis más adelante, aquí, en estas consideraciones preliminares, solo cabe decir que se proyectan, al igual que el resto de las prescripciones del art. 1 CE, sobre la totalidad de la Constitución y, por supuesto, del resto del ordenamiento, y que su interpretación ha de estar orientada por la misma coherencia interna (dentro del ap. 1 y en relación con los otros dos apartados) que es exigible en las demás prescripciones de este art. 1 CE.

II. APARTADO 1

1. Estado democrático

A) Introducción

Esta es, sin duda, la definición **más importante en este primer apartado del art. 1**

CE, pues determina la forma de Estado que la Constitución establece (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 65-113). La calificación del Estado como de Derecho no deja de ser una consecuencia lógica de que el Estado sea, como obviamente es el nuestro, un Estado constitucional. Por otro lado, el Estado social no es, exactamente, una forma de Estado, en cuanto que no define el origen y estructura del poder, sino que solo enuncia una orientación de sus fines. En una secuencia lógica, la fórmula empleada por este apartado 1 debería leerse así: España se constituye en un Estado democrático (que, como Estado constitucional, ha de ser) de Derecho, y (como Estado al que se le encomienda, entre otros fines, la procura de la igualdad, ha de ser) social. Esta fórmula del art. 1.1 CE, como ocurre también en otros preceptos de la Constitución, no es original, sino que se toma de fuera, en este caso del art. 20 de la Constitución alemana, que en su ap. 1, además de «federal», define también al Estado como «democrático y social». Es cierto que no lo califica inmediatamente como «de Derecho», aunque en el ap. 3 del mismo artículo, el término, sin emplearse, viene a ser asumido al imponerse la sujeción, en diversos niveles, de los poderes públicos al Derecho.

Señalado lo anterior, se trata ahora de analizar el **sentido y la eficacia que posee la definición del Estado como democrático**, aunque debe adelantarse una salvedad: la democracia como principio legitimador de la Constitución misma, tanto desde el punto de vista genético (Constitución emanada democráticamente) como de garantía (Constitución que solo democráticamente puede modificarse), o con otras palabras, el principio democrático en relación con el poder constituyente, no va a tratarse ahora, puesto que su examen procederá al analizar el ap. 2 de este art. 1 CE. En el ap. 1 se examinará el principio democrático en otra dimensión: como principio fundamental que se proyecta sobre el poder constituido, es decir, sobre el Estado como organización del poder público.

Ambas dimensiones, por supuesto, configuran la forma de Estado, en cuanto que explican (y garantizan) una determinada relación (en este caso la democrática) entre los ciudadanos y el poder (ya sea el poder constituyente, ya sean los poderes constituidos), y por ello la forma de Estado constitucionalmente establecida (Estado democrático) viene impuesta por lo previsto no solo en el ap. 1 (que la define), sino también en el ap. 2 (que la garantiza en su máximo grado). Es, pues, la conjunción de esos dos apartados la que da vigencia a la democracia como principio legitimador de la Constitución y del Estado y como principio estructural de este.

Efectuadas las precisiones que anteceden, ahora se tratará, como ya se había adelantado, de analizar el contenido y eficacia del principio democrático, como principio constitucional (y por ello, obviamente, jurídico), pero exclusivamente en su proyección sobre el propio Estado como organización política del poder constituido. Es cierto que al hacerse así se están distinguiendo, al menos analíticamente, Constitución y Estado, y por ello, aunque solo sea en cierto grado (el constitucional), ordenamiento jurídico y Estado. No obstante, este desvío de la pureza metodológica kelseniana parece conveniente en ese plano e incluso necesario desde el punto de vista interpretativo. Dicho con otras palabras: el Estado no puede disociarse de la Constitución, pero la Constitución no puede identificarse por completo con el Estado, en cuanto que aquella organiza a este, y este a aquella se encuentra sometido.

B) La democracia formalizada. La democracia como principio jurídico fundamental

a) Contenido y eficacia

La inclusión de la democracia en el cuerpo de la Constitución obliga a dotar a aquella (al término «democracia») de significado jurídico. Lo que sucedería aunque el término, «democracia», no estuviese for-

malizado, pero el principio se desprendería del contenido de la Constitución.

De todos modos, ese no es, sin embargo, nuestro caso, pues la Constitución recoge expresamente el término «democracia» a la hora de definir la forma de Estado. Se trata, pues, de un término constitucionalmente formalizado, lo que significa que no solo tiene relevancia para el Derecho (lo que siempre ocurriría aunque el principio fuese implícito), sino que «es» Derecho positivo, como lo es todo precepto constitucional. El problema reside entonces en dilucidar no ya la condición jurídica del término, sino su carácter, esto es, el tipo de prescripción en que consiste el enunciado «España se constituye en un Estado [...] democrático».

Ante todo, hay que decir que ese enunciado no encierra una regla o un valor, sino un principio (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 74-114; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., 1985). Ahora bien, característica muy singular del **principio democrático** (derivada de su carácter medular o nuclear, es decir, definitorio de la forma del Estado) es que contenga en sí mismo la **doble capacidad de operar como principio material y como principio estructural**. De tal manera que esa doble capacidad es la que mejor define su carácter de principio vertebral de la Constitución (lo que no ocurriría exactamente si fuese solo un principio de dimensión material o un principio de dimensión estructural). Como puede notarse, esta postura (que aquí se sustenta) está conectada con la idea de la complementariedad (y no exclusión mutua) de la democracia sustantiva y la democracia procedimental (ARAGÓN REYES, M., 2002, 103-120).

Al mismo tiempo, y también por el propio carácter central o nuclear de la democracia como principio constitucional, su mero enunciado, sin mayores precisiones, solo sería capaz de albergar un contenido sumamente abstracto, y, por ello, con dificultades (aunque no total impedimento) para mostrarse, por sí solo, como categoría jurídicamente

operativa en concreto. Esa es una consecuencia propia de los principios generales, que mientras más generales, más abstractos son. La democracia es el principio más fundamental (por calificador de la forma del Estado) de los principios generales constitucionales, y ello quiere decir también el más general de todos. De ahí se deriva (y no solo de la tan repetida y tópica multivocidad del término) su carácter, como se dijo, sumamente abstracto, necesitado en la mayor parte de los casos, para «intervenir» en el ordenamiento, de ciertas conexiones. Pero tales conexiones no tienen por objeto buscar «adjetivos» a la democracia (idea teóricamente criticable e inadmisibles en nuestro ordenamiento), sino situar el principio en los distintos niveles o momentos en que jurídicamente opera, así como indagar la dimensión o dimensiones del principio que en cada uno de esos momentos se despliegan.

Para ese cometido puede ser útil la siempre fértil distinción de HELLER entre poder **sobre**, *de* y *en* la organización. El principio democrático en su significación más general, a la que antes se aludía, posee un contenido dotado de un alto grado (inevitable) de abstracción: el origen popular del poder. Ese contenido se concreta en los distintos niveles en que el poder se ejerce. Y así tendríamos, en primer lugar, que examinar el principio democrático como principio **sobre** la Constitución. En ese nivel la democracia, simplemente, no puede operar como principio jurídico. No hay Derecho fuera del Derecho. La democracia al margen del ordenamiento puede ser principio político, nunca principio jurídico. La pretensión de la Constitución es, precisamente, la de juridificar la democracia, la de unir democracia y Estado de Derecho. Sobre todo ello se tratará después con más detalle. solo procede aquí adelantar que nuestra Constitución no es disponible, jurídicamente, más que a través de los procedimientos en ella previstos para su revisión. El principio democrático, fuera de la Constitución, no tiene forma ni contenido jurídicos, es decir, no cabe oponer, en buena teoría constitucional,

democracia a Derecho (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 30-40 y 103-104).

La democracia como principio jurídico de la Constitución lo que significa es la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o, lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno (arts. 1.2 y 168 CE). Aquí, el principio democrático tiene, por supuesto, contenido jurídico, pero no material, sino solo y exclusivamente procedimental. Opera, pues, como fuente de validez de la Constitución misma (una validez que, al tratarse de la norma constitucional, solo puede descansar en la autorreferencia). Sobre esta cuestión ya se tratará también más adelante.

Es en la democracia como principio jurídico en la Constitución donde tal principio despliega todas sus dimensiones (o, si se quiere, su doble contenido material y estructural). El contenido del principio democrático aparece configurado aquí por la propia Constitución, es decir, por la idea de democracia que la Constitución proclama para su realización. Por ello, el Tribunal Constitucional dirá (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ) que «los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo correcto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)». El principio democrático, así considerado, no es ya solo el principio de validez de la Constitución, sino el principio que presta validez a todo el ordenamiento, en cuanto que opera como núcleo de comprensión del completo texto constitucional y como directriz del ordenamiento en su conjunto.

No es objeto de este comentario analizar el despliegue normativo que tal principio en la misma Constitución alcanza, es decir, su concreción en las propias reglas constitucionales (GARRORENA MORALES, A., 1984, 107-151), en las que se proyecta tanto la dimensión material del principio (derechos fundamentales) como su dimensión estructural, ya sea organizativa o procedimental (división de poderes, sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, democracia representativa como sistema ordinario general e instrumentos extraordinarios de democracia directa, democracia del Parlamento nacional, de los Parlamentos autonómicos y de los Ayuntamientos, etc.). De todos modos, cabe subrayar que la «**primacía**» (**mejor sería decir el carácter de regla general**) de «**los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa**» ha sido un pronunciamiento reiterado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3). Por lo demás y con carácter más general, el Tribunal Constitucional ha reconocido las características básicas de nuestra democracia constitucional en los siguientes términos (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2):

«Nuestra democracia constitucional garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, decidiendo estos, periódicamente, a través de las elecciones de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE), en los Parlamentos autonómicos (art. 152.1 CE y preceptos de todos los Estatutos de Autonomía) y en los Ayuntamientos (art. 140 CE), acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local. Más aún, la Constitución incluso asegura que solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución

(art. 168 CE). Nuestra Constitución garantiza, de esa manera, a través de los procedimientos previstos en ella, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, uno de los sistemas democráticos más plenos que cabe encontrar en el Derecho Constitucional comparado. Se trata de una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa.»

Como ya se adelantó, lo que procede en este comentario es analizar el «principio» y no las «reglas» de la democracia en la Constitución. El estudio de estas habrá de realizarse al comentar otros artículos de la Constitución. Sin embargo, es preciso aclarar que la opción de la Constitución a favor de la democracia representativa, como proyección del principio democrático, no desvirtúa este principio, sino que lo confirma. En tal sentido es conveniente alertar acerca de las debilidades teóricas que pueden esconderse bajo la idea de la democracia como identidad. Y ello no solo porque la democracia como identidad parta de un auténtico sofisma (el de la unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el Derecho parte, no como el resultado de la composición plural que por el Derecho se obtiene) o porque su desenvolvimiento se deslice inevitablemente por la vía de la «adhesión» e incluso de la «aclamación», que era, para SCHMITT, C. (1934, 282), la «mejor» y más «auténtica» expresión de esa democracia, sino, sobre todo, porque la propia realidad desmiente el supuesto «plusvalor» de la democracia directa como democracia *en* la Constitución, es decir, como modo de organización del Estado. La tópica contraposición entre la democracia directa (como democracia auténtica) y la democracia representativa (como defectuosa democracia) es algo teórica y práctica-

mente insostenible. La experiencia histórica así lo muestra y el razonamiento constitucional así lo exige, pues el poder deja de estar limitado si se confunden poder constituyente y poder constituido (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 36-39; y 2008, I, 73-100). Por ello, como ha afirmado BÖCKENFÖRDE, E. W. (1983), no puede hablarse de una primacía o de un «plusvalor democrático» de la democracia directa frente a la representativa-indirecta, sino, por el contrario, de que esta última, esto es, **la representativa, constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, de la democracia en el ámbito del poder «constituido»**. Que hoy la democracia representativa sea una democracia «con» (mejor que «de») partidos no invalida cuanto acaba de decirse; significa solo que la democracia representativa del presente es distinta a la del pasado, con las consiguientes transformaciones en el fenómeno de la representación política; pero esos cambios no producen, por comparación, una mayor «valoración» para la democracia directa (GARCÍA-PELAYO, M., 1986, 73-133; RUBIO LLORENTE, F., 1997, 187-202).

b) Su eficacia en el ámbito de las organizaciones no públicas

La Constitución dota de relevancia, pero no de naturaleza, pública a determinadas organizaciones en razón del papel fundamental político o social que desempeñan (partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales y colegios y organizaciones profesionales), y por ello impone que «su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos» (arts. 6, 7, 36 y 52 CE). Parece claro que para el Derecho de tales organizaciones rige el principio democrático en su dimensión estructural, pero no en su dimensión material. Y no solo por la dicción literal de los preceptos ya aludidos y porque la Constitución no proscribía ideologías, no ilegaliza fines contrarios a los proclamados por la Constitución y auspiciados por individuos o grupos (DE OTTO, I., 1985, 29-45; JIMÉNEZ CAMPO, J., 1981, 173; STC 99/2004, de 25 de

mayo, FJ 18, y las muchas que allí se citan), sino también porque la dimensión material del principio democrático se impone a los órganos públicos (al Estado) pero no a los particulares. Es en el ámbito del Derecho público donde se exige la realización de la libertad y la igualdad (otra cosa distinta es la debatida eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, ya que ahí se trata de la eficacia de *normas* materiales y no de la eficacia directa de los propios valores que en esas normas encarnan), pero no **en el ámbito del Derecho privado, donde el principio democrático que allí se traslade solo puede albergar la dimensión estructural de su contenido.**

DOEHRING, K. (1986, 153), llega a afirmar que «la democratización en el ámbito de la configuración social, impuesta por el Estado, transporta de modo inaceptable a la esfera de la libertad del ciudadano un modelo que es inexcusable en la configuración de la voluntad política dentro de ese Estado». Esta afirmación puede compartirse pero únicamente en la medida en que se entienda referida a las organizaciones privadas de forma genérica, sin que se impida que, no obstante, de manera excepcional, el principio democrático, en su dimensión estructural, se proyecte en algunas de ellas, ya que parece correcto que el Derecho pueda imponer una organización y unos procedimientos democráticos a ciertas entidades no públicas pero dotadas de un alto grado de relevancia para el orden social o político. No solo, pues, como directamente expresa nuestra Constitución, a los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales y colegios y organizaciones profesionales (arts. 6, 7, 36 y 52 CE), sino también a otras asociaciones «abiertas» y de especial relevancia económica o social (como, por ejemplo, a las sociedades anónimas). El Tribunal Constitucional ha constatado la **improcedencia constitucional de extender a todas las asociaciones la obligación de una estructura interna y un funcionamiento democráticos** (STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 5).

2. Estado de Derecho y valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político

La definición del Estado como «de Derecho» significa, de un lado, constatar que en España el poder público ha de actuar conforme a determinadas pautas jurídicas, es decir, que los actos del poder están sometidos a las normas. Se trata, como es sabido, de la clásica pretensión acuñada desde los orígenes del constitucionalismo (recogiendo ideas reiteradas desde la antigüedad: «gobierno de las leyes y no de los hombres») bajo la denominación inglesa del *rule of law* o europeo continental del «Estado de Derecho» (expresión esta objeto de especial atención por la dogmática del Derecho público desde el siglo XIX). Ahora bien, este Estado de Derecho, sustentado en la Europa del siglo XIX en el principio de legalidad, va a ampliar su contenido (adelantado ya en Norteamérica desde finales del siglo XVIII) en la misma Europa continental a lo largo del siglo XX para significar (GARRORENA MORALES, A., 1984, 164-198; CARRERAS SERRA, F., 1996) no solo el sometimiento del poder a las leyes, sino además, y sobre todo, su sometimiento a la Constitución, que no es otra cosa que la constatación de que las normas constitucionales son normas jurídicas (y no solo políticas) y que, en consecuencia, el Estado de Derecho descansa en la vigencia del principio de constitucionalidad, que corona al principio de legalidad.

Esta definición del art. 1.1 CE vendrá confirmada, en cuanto a su contenido, por otros preceptos constitucionales, desde la afirmación general expresada en el art. 9.1 CE de que los «ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», hasta la garantía de los principios estructurales del Estado de Derecho en el art. 9.3 CE, o la sumisión de la Administración Pública a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), el control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE), la

independencia de los órganos del poder judicial únicamente sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas (art. 24.1 CE) y, en fin, la sumisión del propio legislador a la Constitución, garantizada por el Tribunal Constitucional [arts. 161.1.a) y 163 CE], Tribunal que tiene atribuidas, además, otra serie de competencias para asegurar el control constitucional de todos los actos del poder (e incluso en ciertos casos de los particulares). El principio constitucional del Estado de Derecho se proyecta, como resulta obligado, sobre todo tipo de organizaciones públicas imponiendo la sumisión a las normas jurídicas de todos sus actos (entre otras, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 3, y 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1, y ATC 525/1987, de 6 de mayo, FJ 1) y exigiendo la protección judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (entre otras, STC 62/1983, de 11 de julio, FJ 2).

Por lo demás, **en esa dimensión estructural del Estado de Derecho no termina, entre nosotros, su significado, sino que la propia Constitución prevé, en este mismo ap. 1, una dimensión material**, en cuanto que el sometimiento del poder al ordenamiento jurídico lo es a un **ordenamiento basado en determinados valores**: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

El primero de esos «valores superiores» que la Constitución «propugna» para el ordenamiento, la libertad, viene concretado después en la propia Constitución a través de determinados principios (el más general, el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE) y reglas (los derechos fundamentales de libertad) y es de capital importancia para cualificar el tipo de democracia que nuestro ordenamiento exige: la que se basa en la libertad. Lo que significa que **en el ordenamiento jurídico español libertad y democracia no pueden disociarse** (entre otras, SSTC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5; 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5; 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; 179/1994, de 16 de junio, FF. JJ. 7 y 8, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 32). La

garantía constitucional de la libertad y, por ello, de los derechos de libertad, está ejemplarmente explicada en el voto particular del Magistrado F. RUBIO LORENTE (a la STC 12/1982, de 31 de marzo):

«En lo que toca a la libertad, la Constitución no es el simple encabezamiento de una hoja en blanco en la que el legislador pueda, a su arbitrio, escribir indistintamente la afirmación o la negación. El legislador no es, seguramente, como tantas veces se ha repetido, mero ejecutor de la Constitución. Puede regular de distinta manera —sin infringir el límite que marca el art. 53.1 de la Constitución— el contenido concreto de los derechos garantizados e, incluso, dentro de ciertos márgenes de difícil precisión *a priori*, resolver acerca de cuál sea el momento oportuno para establecer las normas organizativas necesarias para el ejercicio de algunos derechos fundamentales que, sin ser derechos de prestación, no son tampoco simplemente derechos reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que no puede hacer el legislador es negarlos, porque no depende de él su existencia, aunque se le haya dejado su configuración o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos, dictando normas reguladoras de una actividad que implica el ejercicio de un derecho como si tal derecho no existiera, y anular, en consecuencia, su contenido esencial.»

El segundo, **la justicia**, tiene un contenido de más difícil aprehensión, pues si pudiese entenderse en **sentido material** (lo «justo» como lo «bueno», lo «debido») coincidiría con el despliegue armónico de la libertad e igualdad, despliegue, por lo demás, relacionado con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), y si se optase por un **entendimiento estructural** (la existencia de una «administración de la

justicia» como organización de tutela y control), más que un valor sería un principio concretado en otras reglas constitucionales. De todos modos, esa indeterminación no elimina la capacidad de la «justicia» para operar, en ambas dimensiones, como nota cualificadora del contenido de nuestro Estado de Derecho y, por ello, como exigencia que el ordenamiento ha de cumplir (entre otras, SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6; 20/1987, de 19 de febrero, FJ 4; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6, y 181/2000, de 29 de junio, FJ 12).

El tercer valor, la igualdad, es, sin duda, esencial en nuestra Constitución. Libertad e igualdad son, como más atrás ya se adelantó, los dos valores principales de entre los «superiores» a que alude el ap. 1. Son, además, auténticos valores, en cuanto que son materiales. La igualdad, como pretensión, caracteriza (aunque no «define») a nuestro Estado, al que justamente por ello en el mismo ap. 1 se califica como «social». Una **igualdad que, desde el punto de vista real** (es decir, social) se concreta en la Constitución en un principio general de encomienda de fines a los poderes públicos (art. 9.2 CE) y en determinados principios sectoriales tendentes al mismo objetivo en el Capítulo 3.º del Título I, así como en determinadas reglas (derechos de igualdad o de especial proyección de la igualdad) en el Capítulo 2.º del mismo Título. Y **desde el punto de vista formal** se concreta en el principio general (y en el Derecho subjetivo) proclamado por el art. 14 CE. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 8/1983, de 18 de febrero, FJ 3; 63/1983, de 20 de julio, FJ 2; 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 8/1986, de 21 de enero, FJ 4, y 315/1994, de 28 de noviembre, FJ 3).

Por último, el **pluralismo político** no es, como ya se adelantó más atrás, un valor material, sino un **principio que más que «propugnarse»** (aunque la Constitución así lo diga), **se «garantiza»**. Quizá si se admitiese que puede aceptarse la existencia teórica de valores «estructurales» (algo discutible), ca-

bría decir entonces que se trata de un valor procedimental, que se proyecta, como la propia Constitución determina (pluralismo «político») en la esfera pública y no en la privada del ordenamiento. Nuestra democracia es (como verdadera o auténtica democracia) una democracia pluralista y, en consecuencia, el principio del pluralismo político ha de quedar garantizado por todo el ordenamiento (entre otras, SSTC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3, y 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3), sin perjuicio de que tenga especial (pero no única) proyección sobre el significado y regulación de los partidos políticos (entre otras, SSTC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2, y 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), sobre el significado, y la regulación interna, de las Cámaras parlamentarias (entre otras, SSTC 44/1985, de 13 de febrero, FJ 3; 226/2004, de 29 de diciembre, FJ 2, y 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 5) y sobre el régimen electoral (entre otras, SSTC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5, y 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 6). Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha dado **eficacia al pluralismo político** no ya solo como valor, sino más aún como **auténtico principio capaz de albergar una regla**, deducible por interpretación, y determinante, por sí misma, de la inconstitucionalidad, y en tal sentido (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 2) consideró inconstitucional la composición no proporcional de las Comisiones Informativas en los Ayuntamientos, por ser ello contrario al pluralismo político del art. 1.1 CE y a la consagración constitucional de los partidos (art. 6 CE) como instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos.

Sólo queda añadir que justamente el respeto, impuesto por la Constitución, al pluralismo político es lo que también presta soporte a la idea (y a su consagración en la jurisprudencia constitucional) de que **nuestra democracia no ilegítima ideologías**, sino solo los medios para defenderlas que no se atengan a las reglas de juego constitucionalmente previstas. El Tribunal Constitucional lo ha reconoci-

do con toda claridad: «[...] las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos» [STC 99/2004, de 25 de mayo, FJ 18 (y las demás SSTC allí citadas)]. En el plano constituido, como es obvio en una Constitución que se asienta en valores materiales, hay límites al pluralismo político (contenido esencial de los derechos fundamentales, entre otros) sin que ello cierre, por supuesto, respetando tales límites, la posibilidad (que ha de quedar siempre abierta) de realización de políticas legislativas distintas según cuál sea la mayoría que en cada momento obtenga el apoyo electoral (entre otras, STC 11/1981, de 8 de abril, FF. JJ. 7 y 10), pero en el plano constituyente (disposición total de la Constitución, art. 168 CE) ese pluralismo solo tiene límites procedimentales, no materiales (entre otras, SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, y 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4).

3. Estado social

A) *Significado político del término*

Por un conjunto de causas bien conocidas (ARAGÓN REYES, M., 1995, 121-141; y 2008, II; GARRORENA MORALES, A., 1984, 27-106), el Estado liberal del siglo XIX se fue transformando poco a poco en el Estado social del siglo XX, con mayor o menor intensidad en unos u otros países, pero con una base común (al menos en Europa occidental). Así se reconocerán los derechos sociales (educación y derechos laborales, sobre todo) en las legislaciones e incluso en determinadas Constituciones (la alemana de Weimar, de 1919, y la española de la 2.^a República, de 1931), el deber del Estado de proteger la salud y cuidar la enfermedad y, en general, de disminuir, con su intervención, la desigualdad social. Y esas transformaciones se consolidarán en Europa después de la Segunda Guerra Mundial, llegándose hasta el punto de

reconocerse la propia definición de «Estado social» en un texto constitucional (la Ley Fundamental de Bonn de 1949). Sin incluir tal definición, la Constitución italiana de 1947 acoge también las características del Estado social. A partir de ahí se produjo una consolidación del Estado social, que adquirió, además, notables dimensiones en la Europa nórdica y en Alemania, de los años cincuenta a los setenta del pasado siglo, así como, aunque no fuese en tan gran medida, en los demás países de la Europa occidental. Este intervencionismo estatal en los procesos sociales iba unido a una amplia capacidad de intervención, no solo normativa, sino también de «realización», esto es, de asumir iniciativa pública empresarial, en la economía: «economía social de mercado».

Esta situación, y sus consiguientes construcciones doctrinales, entrarían en crisis en los años setenta del pasado siglo como consecuencia de una diversidad de causas, la primera y más relevante quizá fue la confirmación de la idea de que no pueden conciliarse libertad y Estado plenamente interventor. A ello se añadirían otras causas estructurales como la crisis fiscal de aquellos años, que hizo disminuir los ingresos del Estado y, por ello, su capacidad, antes tan amplia, de protección social, así como los problemas de ineficacia económica y distorsión del mercado que la excesiva intervención del Estado, como empresario público, provocaba. Se puso en duda, pues, en la realidad y en la teoría, el Estado plenamente intervencionista y, por ello, aquella fusión estrecha entre Estado y sociedad que era su marca distintiva, relativizándose la relación que entre uno y otra, sin duda, existe, al objeto de otorgar mayor capacidad de actuación a la iniciativa privada en materia económica y, por lo mismo, garantizar, al menos en sus líneas generales, la economía de mercado, pero, al mismo tiempo, buscándose fórmulas que permitiesen asegurar las prestaciones sociales básicas sin que ello significase una asunción total por el Estado de la «procura existencial» (ARAGÓN REYES, M., 2008, II).

B) *El Estado social como cláusula constitucionalizada. Su significado jurídico*

Nuestra Constitución define al Estado como «social», y ello obliga a desentrañar el significado jurídico de dicha cláusula. Ante todo ha de aclararse que **el Estado social no puede definirse como forma de Estado, sencillamente porque no lo es: solo se trata de una modalidad de la forma Estado democrático**. Por ello, el Estado social no supone modificación alguna respecto de la organización del poder típica del Estado constitucional democrático de Derecho. **La cláusula «social», añadida a ese Estado, no afecta a la estructura de este, sino a sus fines**. El Estado social no significa la sustitución de la representación política por la representación corporativa, ni la sustitución de los partidos por los sindicatos. Lo que significa es la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen tampoco a sustituir a las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a complementarlas. Y estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, por ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos. El Estado social, en suma, no significa un modo específico de «ser» del Estado, sino una manera de «actuar» por parte del poder público. En el mismo sentido, acerca del significado del concepto «Estado social» y la relevancia jurídica que ha de otorgarse a esta definición contenida en el art. 1.1 CE, se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional [entre otras, SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 7 (de especial interés por el despliegue doctrinal que allí se realiza); 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4; 83/1984, de 24 de julio, FJ 3, y 88/1985, de 19 de julio, FJ 2].

En España, como en Alemania (allí, en el art. 20.1 de la Constitución, de donde lo toma la nuestra), la fórmula del «Estado social» se encuentra, pues, constitucionalizada, gozando, por ello, de una garantía más sólida de la que puede disfrutar en otros ordenamientos en los que no existe tal reconocimiento explí-

cito y ha de deducirse por vía interpretativa. Este es un dato cuya importancia no cabe desdeñar.

Es cierto que, aun en el supuesto de que tal reconocimiento no existiese en el art. 1.1 de la Constitución, la vigencia, entre nosotros, del Estado social como principio constitucional implícito se derivaría, sin duda, de lo establecido en otros preceptos de la Constitución (muy especialmente, pero no solo, en los arts. 9.2, 33.2, en la mayoría de los que integran el Capítulo 3.º del Título I y en los arts. 128, 129, 130 y 131). Pero también es cierto que la definición expresa en el art. 1.1 refuerza considerablemente aquella vigencia, de un lado, por la firmeza que depara la propia positivación, y de otro, por el grado superior de rigidez que la protege dado el lugar que en el texto constitucional ocupa. Hablando en **términos estrictamente jurídicos** hay que decir, en consecuencia, que **la vigencia del Estado social no es en España algo opinable, sino indiscutible**; vigencia, además, que solo **podría hacerse desaparecer por el procedimiento de revisión previsto en el art. 168 de la Constitución**.

C) *Su eficacia como principio*

Ahora bien, resuelto ese primer punto, no termina ahí la indagación sobre el significado jurídico del Estado social. Al fin y al cabo, señalar que en España la cláusula del Estado social está constitucionalizada y dotada de una muy cualificada rigidez no es más que constatar una evidencia. A partir de ahí lo que importa es desentrañar el contenido de la cláusula, es decir, el tipo de prescripción constitucional que en ella se manifiesta y, por ello, analizar la eficacia jurídica que la cláusula puede desplegar. Parece indudable que no estamos en presencia del enunciado de una regla, sino de un principio jurídico, como ocurre también con las otras cláusulas definitorias del Estado («Estado democrático» y «Estado de Derecho») que figuran en el art. 1.1 de la Constitución. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los principios del Esta-

do democrático y del Estado de Derecho, que albergan, aunque no exclusivamente, un significado estructural, el del **Estado social es un principio puramente material, del que no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines.**

En cuanto que es principio y no regla, la cláusula del Estado social, por ella sola, no es título atributivo de competencias estatales; además, el principio del Estado social no impone, por sí mismo, el establecimiento de órganos determinados ni exige modalidades específicas de composición y funcionamiento de determinados órganos públicos, aunque ambas posibilidades (siempre que no vengan a contradecir al sistema de democracia representativa que nuestra Constitución establece) puedan (no necesariamente tengan que) ser obra del legislador. *Ex Constitutione*, la eficacia imperativa de la cláusula es que solo se trata de un principio orientador de la actuación del Estado: indica que la acción pública (sea del Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales) debe estar encaminada a la reducción de la desigualdad social.

Delimitado de esta manera el contenido de la prescripción constitucional, su capacidad de operar plantea una serie de problemas. En el fondo, estos problemas se derivan de la **conexión entre Estado social y pluralismo político**, conexión que impone una interpretación lo suficientemente abierta o flexible acerca del significado material del Estado social como para que sean posibles políticas distintas sobre la orientación social de la acción pública según la mayoría que en cada momento alcance el poder. Al mismo tiempo, tampoco puede quedar enteramente diluido en el pluralismo el significado del Estado social, puesto que, si así fuera, la cláusula constitucional estaría vacía de sentido. **El Estado social, como principio constitucional, ha de tener un contenido mínimo** (por no emplear el término «contenido esencial» que es más propio de otras figuras jurídicas) **preservado frente a la mayoría, esto es, frente al legislador.**

No es esta la ocasión, claro está, de resolver un problema tan arduo, cuyo tratamiento excedería manifiestamente los límites de este comentario (ARAGÓN REYES, M., 1995, 121-141), pero sí cabe al menos apuntar que su solución no parece que esté en extraer ese contenido mínimo del solo término Estado social, es decir, del propio principio constitucional aisladamente considerado, sino de su conexión con otros preceptos constitucionales en una interpretación sistemática que aquí, como en cualquier otro problema jurídico, resulta imprescindible.

Las líneas maestras de ese esfuerzo interpretativo deben estar marcadas, primero, por una aclaración del significado jurídico de un principio, como el del Estado social, que está relacionado más con un concepto político (igualdad social) que con categorías estrictamente jurídicas, lo que lo aproxima considerablemente a la noción de valor constitucional (aunque no lo sea en sentido estricto). Ese paso habría que darlo, aunque precisamente por la escasa (aunque no nula, claro está) capacidad de imposición de límites al legislador que de ahí se derivarían, es por lo que antes se adelantó que no sería suficiente este primer enfoque (que solo tiene en cuenta la cláusula aislada) para extraer un contenido mínimo constitucionalmente obligatorio.

Habrà que proseguir, en segundo lugar, con la determinación de aquellos derechos fundamentales (son derechos fundamentales todos los contenidos en el Capítulo 2.º del Título I de la Constitución) directamente conectados con el Estado social, derechos cuyos contenidos esenciales pasarían a engrosar aquel contenido mínimo antes referido. Por último, habría que distinguir, en el resto de los preceptos constitucionales que enuncian fines o tareas de los poderes públicos tendentes a la realización de la igualdad social (en los que ocupa un lugar destacado la cláusula general del art. 9.2 CE), entre aquellas prescripciones que contienen mandatos al legislador (y en general a los poderes públicos) y aquellas que expresan una cláusula habilitante, pero faculta-

tiva, de intervención pública, en la medida en que solo las primeras pueden encerrar límites materiales (de forma más tenue, por supuesto, que en materia de derechos) a la libertad de acción de la mayoría política que en cada caso ocupe el poder como resultado de la elección popular.

D) *El Estado social entre libertad e igualdad*

Con la exposición que antecede no se ha pretendido tratar de manera exhaustiva el significado y funciones del Estado social, sino solo apuntar, de forma general, algunos de los problemas con los que hoy se enfrenta la actividad social (o de prestación de servicios sociales) del Estado democrático de Derecho. Si trascendemos el Derecho positivo, en cuyo plano ya se ha dicho que el Estado social es, entre nosotros, obligatorio, en el sentido más atrás apuntado, y nos elevamos al plano de la teoría política, no parece que aquella actividad pueda dejar de ser realizada por el poder público y confiada por entero a la sociedad, porque no parece tampoco que la libertad, por sí sola, produzca la igualdad (al menos en el tiempo corto en que se mueve, inevitablemente, la vida de los seres humanos). Tampoco puede obtenerse la igualdad erradicando la libertad. Al fin y al cabo se trata de dos valores estrechamente ligados no solo por prescripción de nuestro texto constitucional, sino por exigencias del modelo de civilización al que pertenecemos. Ni nuestro Estado (ni cualquier otro del mundo civilizado) pueda abdicar del cumplimiento de una serie de tareas sociales. El problema consiste en dilucidar el alcance constitucional de esas tareas y de sus limitaciones.

De la misma manera que el Estado social ha de entenderse en el marco del Estado democrático y del Estado de Derecho (que componen los elementos de una fórmula bien trabada por nuestra Constitución), la actividad estatal de prestación, así como intervención pública en la economía, han de desarrollarse de manera conciliable con «la

economía de mercado» que es el sistema económico jurídicamente garantizado (por el art. 38 de la propia Constitución y por el Derecho de la Unión Europea de la que formamos parte), economía de mercado a la que, justamente, la cláusula del Estado social puede venir a limitar, pero no a anular. Por ello, aunque en los tiempos actuales se haya abandonado la identificación entre Estado social y Estado intervencionista en la economía o «Estado empresario», para ser sustituido este último por el «Estado regulador» (ARAGÓN REYES, M., 2013, 647-674), ello no puede significar que el Estado deje de garantizar, directa o indirectamente, el bienestar social, pretensión que no puede abandonar. Y es que, como ya se dijo más atrás, el Estado social, en nuestra Constitución, no cabe entenderlo más que desde el punto de vista del equilibrio, difícil, pero irrenunciable, entre los dos valores superiores: libertad e igualdad, que la misma Constitución proclama.

III. APARTADO 2

1. Soberanía, democracia y poder constituyente. Nación y pueblo

La primera cuestión que cabe plantearse acerca de la **relación entre Constitución y democracia** se sitúa en el plano genético, esto es, en el de la emanación de la propia Constitución. Y así, en este plano, una Constitución es democrática si ha emanado del poder constituyente popular. La nuestra, en ese sentido, lo es, puesto que, además de ser elaborada por unas Cortes democráticamente representativas (surgidas de las elecciones de junio de 1977), fue ratificada por el pueblo español en referéndum celebrado el 6 de diciembre de 1978. En correspondencia con ello, la Constitución, en su Preámbulo (en sus términos iniciales y finales), viene a dejar constancia de ese poder constituyente democrático originario, en cuanto que reconoce que la propia Constitución surge de la voluntad «la nación española» «en uso de su soberanía», expresada a través de la aprobación

del texto por las Cortes y, sobre todo, de su ratificación por «el pueblo español».

Ahora bien, **una Constitución no es democrática solo porque haya emanado democráticamente, sino, sobre todo, porque garantice, en su propio texto, la democracia**, esto es, porque establezca un Estado democrático (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 23-63). Y la primera exigencia de un Estado democrático es que la soberanía pertenezca al pueblo, o si se quiere, y más precisamente en nuestro caso, que la Constitución garantice que el pueblo, del que emanó la Constitución, seguirá siendo soberano a partir de la entrada en vigor de la misma. Ya no se está en un plano genético, o externo, sino estrictamente normativo, esto es, interno de la propia Constitución. En este plano es en el que está situado el ap. 2 del art. 1 CE que se comenta. En dicho apartado se proclama la soberanía «nacional», se hace radicar su voluntad en el pueblo español y, en consecuencia, se atribuye a este el poder constituyente («del que emanan los poderes del Estado»), lo que no significa tanto la constatación (ya expuesta en el Preámbulo) de que la Constitución emanó de ese poder, cuanto el aseguramiento, para el futuro, de que ese poder seguirá conservándose.

A la hora de analizar este apartado, lo primero que conviene despejar es el **problema terminológico que se deriva de que se usen «nación» y «pueblo» como términos que, en principio** (por exigencias interpretativas de la no redundancia), **habría que considerar distintos**. La soberanía no se atribuye a la nación, sino al pueblo, pero no se la califica de «popular», sino de «nacional». La fórmula que nuestra Constitución emplea está claramente inspirada en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958 («La soberanía nacional pertenece al pueblo»), y esa procedencia textual ya suministra, por sí sola, un indicio para interpretar nuestro precepto.

A primera vista podría parecer que hay una cierta contradicción: si la soberanía es nacio-

nal, no puede «residir» más que en la nación; si la nación no es el pueblo, sería incoherente que resida en él la soberanía; y si la nación es el pueblo, la frase lo que podría encerrar es una verdadera tautología. Si atendemos al significado de nación en el comienzo del Preámbulo («la Nación española [...] en uso de su soberanía [...]»), la tautología sería cierta, ya que allí la nación que habla (que emite un acto de voluntad) se identifica con el pueblo. Pero si atendemos al significado de la nación en el propio Título Preliminar de la Constitución, la tautología no existe, pues lo que existe en un concepto de nación y un concepto de pueblo español distintos entre sí. Ni que decir tiene que el sentido de una norma ha de extraerse primordialmente de su articulado y no de su preámbulo, máxime cuando este último, en nuestro actual texto constitucional, al hablar de la nación en su primer párrafo, más que deducir conclusiones de los artículos que le suceden, lo que hace es copiar, casi literalmente, el Preámbulo de la Constitución de 1869 (en la cual la nación, como en la Constitución de 1812, es el conjunto de los españoles). Para una correcta interpretación del problema que se plantea hay que ceñirse, pues, a lo previsto en el propio Título Preliminar.

Así, en el art. 2 CE, la «**Nación española**» es «**la patria**». Y en el art. 1.2 CE, el pueblo español es el conjunto de los españoles vivos. Parece evidente que, en tal sentido, la patria (la Nación) *de* todos los españoles (art. 2) no es el conjunto (el pueblo) de los españoles (art. 1.2). Es decir, si la patria *es* de los españoles, la patria *no son* los españoles. Encontramos, pues, un concepto histórico de Nación que no se identifica con el concepto sociológico del pueblo. La Nación está formada por más ingredientes que la demografía. Entendida así la Nación, podía habersele atribuido la soberanía, o podría haberse optado por no asociar la soberanía a la Nación y atribuirla al pueblo. En el primer caso y hablando en términos de nuestro constitucionalismo histórico, se estaría ante un enfoque político liberal-conservador, y en el segundo, ante un enfoque político (soberanía popular o, en el

plano de la soberanía, Nación soberana igual a pueblo soberano) liberal-progresista. El primero estaría relacionado, pues, con el principio monárquico y el segundo con el democrático.

Es muy sintomático que nuestros constituyentes (como los constituyentes franceses de 1958) no hayan optado por un supuesto o por otro, sino por una mezcla de los dos. En consecuencia, partiendo de un concepto de Nación como el que se ha visto, no se otorga a la Nación la soberanía, sino que la soberanía se califica de *nacional*, pero se atribuye al pueblo.

Políticamente, la Nación, la patria, no es el pueblo, sino una entidad que trasciende lo puramente demográfico, adquiriendo dimensiones histórico-culturales y simbólicas, pues integra a los españoles del presente, pero también a tradiciones e instituciones (la más sobresalientes a estos efectos es la Monarquía) que vienen (son un depósito) del pasado. Pero en un Estado democrático, como por definición constitucional es el nuestro, **la voluntad de esa nación solo pueden expresarla, jurídicamente, los españoles vivos**, esto es, en cada momento, el pueblo español, que resulta ser así el titular de la soberanía, aunque esta no sea, en su calificación constitucional, «popular», sino «nacional». Y, como titular de esa soberanía, en el pueblo (el pueblo del presente, único que puede emitir actos de voluntad) reside el poder soberano, el poder constituyente.

2. La soberanía en nuestro Estado constitucional. Una soberanía jurídicamente garantizada

En qué consiste la soberanía es algo que ha sido objeto de permanente debate. La definición canónica dada por BODINO es suficientemente conocida: la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república. Sin embargo, la recepción pura y simple de esta definición, propia del Estado absoluto como forma política histórica, en el Estado consti-

tucional, con el único cambio del titular de ese poder (soberano ya no será el Príncipe, sino la Nación), se enfrenta con serias dificultades teóricas, similares a las que se derivan de otra célebre traslación: la de la representación absortiva del Monarca atribuida, sin cambio de su carácter, al Parlamento. De un lado, es evidente que el traspaso de la titularidad de la soberanía, de una entidad individual (el Monarca) a una entidad colectiva (la Nación), obliga a concebir a esa colectividad como un cuerpo unitario, capaz de expresar una voluntad, es decir, de ejercer su poder. Ello supone no solo que a la colectividad soberana le acompaña una regla de la que no puede desligarse (la regla de la mayoría), sino, sobre todo, que esa colectividad se encuentra organizada. En consecuencia, **cuan-do la soberanía ya no es el poder de un individuo (el Monarca), sino de una colectividad (el pueblo), la voluntad soberana es inconcebible como voluntad no sometida a reglas**, dado que solo a través de un procedimiento (capaz de verificar la decisión unitaria del conjunto) esa voluntad puede expresarse. De otro lado, la traslación de la idea clásica de la soberanía al Estado constitucional tropieza con otro escollo de carácter más general, no derivado solo de la nueva titularidad democrática de ese poder, sino de la **imposibilidad de seguir concibiéndolo como absoluto en una nueva forma política histórica, el Estado constitucional, que ha de ser, necesariamente, Estado de Derecho**, en el que todas las prescripciones de la Constitución han de ser entendidas, pues, jurídicamente.

Un poder absoluto es, por definición, un poder inaprensible por el Derecho, situado no dentro, sino fuera de él. La distinción entre poder constituyente y poder constituido es una distinción jurídica precisamente porque el segundo es un poder limitado. El poder constituyente, considerado en sí mismo, es decir, como poder sin límites, no puede jurídicamente caracterizarse. Y ello es así porque el Derecho no opera con términos absolutos; el Derecho es el mundo de la limitación y

también de la relativización. Introducir lo absoluto en el Derecho lleva, simplemente, a desvirtuarlo, convirtiendo al Derecho o en una teología o en una metafísica. La primera, la «teología jurídica», ya sabemos adónde conduce: a la exaltación del nuevo príncipe soberano, en forma de caudillo o de partido único. La obra de Carl SCHMITT facilita, en este punto, un buen motivo para la reflexión. La segunda, la «metafísica jurídica», no puede conducir, teóricamente, salvo que se la falsee, a la monocracia, pero termina, en su empeño por la pura abstracción, haciendo del soberano un concepto enteramente vacío, vacío no solo de contenido, sino vacío también de sentido, que es aún peor, ya que supone eliminar del Derecho la idea de legitimidad. Ahí radica, quizá, el punto más criticable de la espléndida obra de KELSEN.

El Estado constitucional es, por principio, y no hace falta subrayarlo, Estado de Derecho y, en consecuencia, **la democracia constitucional implica la juridificación de la democracia y por ello la necesidad de concebir jurídicamente (y eso significa limitadamente) a la propia soberanía.** La fórmula se encuentra, con suma nitidez, en el art. 1, ap. 2, de la Constitución italiana: «La soberanía pertenece al pueblo, que la *ejercita* en las formas y dentro de los límites de la Constitución». La soberanía adquiere así, dirá MORTATI (1975, 7 y 22) comentando este precepto, un carácter jurídico y no meramente factual. Ahora bien, ello **no significa** por sí mismo **que la Constitución sea, verdaderamente, la soberana,** como opina MORTATI (*ibidem*). Radicar la soberanía en la Constitución es resucitar ahora a los viejos doctrinarios, que ya en el siglo XIX intentaron suplantarse, bajo el concepto de soberanía de la ley, el principio de la soberanía del pueblo. Diluir en la norma (la Constitución) o en el Estado (el Estado constitucional) la soberanía supone, simplemente, falsear su titularidad democrática. De ahí que HELLER, H. (1965, 159), dijese, con acierto, que «el concepto alemán de la soberanía del Estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es

otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe».

Constitucionalizar la soberanía tampoco significa exactamente la desaparición del soberano, como parece afirmar KRIELE, M. (1975, 140 y ss.), cuando sostiene que no hay soberano en el Estado constitucional. Al contrario, **el Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo, soberano que se autolimita a través de la Constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no se desvirtúe el carácter jurídico de esa teoría, esto es, siempre que no se separen Estado democrático y Estado de Derecho.** La autenticidad de la Constitución radica, precisamente, en la asociación y no en la separación de ambas categorías; más aún, sin tal asociación no habría, en realidad, Derecho «constitucional», sino mero Derecho «estatal». Como ha sostenido con todo rigor RUBIO LLORENTE, F. (1997, 48-52), la Constitución, y el Estado que ella organiza, descansan precisamente en que ni aquella ni este son el soberano, sino el pueblo, y ello, y la coherencia interna de la Constitución con ese postulado, es lo que califica como única Constitución auténtica a la Constitución democrática.

Esta postura, por lo demás, es la sostenida por un sólido sector de la doctrina foránea (BÄUMLIN, 1954, 86-87; KÄGI, 1978, 150; DENNINGER, 1973, 64; HESSE, 1980, 54; WYDUCKEL, 1998, 287-293), aunque debe señalarse también que, entre nosotros, existen posiciones doctrinales críticas acerca de que la soberanía popular pueda «comprenderse» jurídicamente con todas las consecuencias que de ello se derivan (DE OTTO, I., 1987, 53-56; REQUEJO PAGÉS, J. L., 1998, 43-60 y 101-121; PUNSET, R., 1998, 329-359; BASTIDA, F. J., 1998, 381-459). No obstante, parece difícil concebir de manera ajurídica, en el Estado constitucional de Derecho, una cláusula, como la de la soberanía que es la

más determinante de toda la Constitución, o mejor que el pueblo, al que la Constitución atribuye esa soberanía, no sea, jurídicamente, titular de la misma. Si así se hace, es sostener que se está negando a la Constitución su más auténtico sentido.

Efectivamente, **la importancia crucial de la Constitución, como categoría, reside justamente en su pretensión de garantizar jurídicamente la soberanía popular, el poder del pueblo para autodeterminarse, lo que supone regular ese poder, normativizarlo, asegurar su modo de expresión con el objeto de que la voluntad popular no sea suplantada.** Por ello, en realidad, la normativización de la soberanía popular no significa tanto su limitación como su garantía y, en ese sentido, la autolimitación del soberano, constitucionalizándose, no repugna a su propia condición de soberano. La Constitución, y esa es su más genuina significación histórica, supone la positivación, es decir, el aseguramiento, tanto del derecho de la revolución del pueblo (garantizándolo, esto es, juridificando la soberanía) como del derecho de resistencia de los ciudadanos (garantizándolo, esto es, convirtiéndolo en derechos y libertades fundamentales) (RUBIO LORENTE, F., 1975). De ahí que sea requisito inexcusable de la posibilidad de ejercicio del poder soberano popular no solo que tenga constitucionalmente reconocida su capacidad de disponer de la Constitución, sino, además, que tenga garantizada la conservación de su libre voluntad, lo que significa la de cada ciudadano (derechos fundamentales), pues solo es libre un pueblo si lo son las personas que lo componen, y solo si el pueblo es libre puede ser soberano.

Dicho esto, ha de admitirse que **la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental**, y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana,

pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento, de Constitución, o, dicho en otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino. Lo que obliga a poner en conexión el poder constituyente con el poder de reforma constitucional, pues sin tal conexión no puede comprenderse la eficacia jurídica que alcanza la atribución al pueblo de la soberanía.

3. Soberanía del pueblo y disponibilidad de la Constitución. El poder constituyente juridificado

Nuestra Constitución no contiene cláusulas de intangibilidad. **No existen, en nuestro ordenamiento, límites materiales frente a la reforma**, permitiéndose, en el art. 168, la revisión total de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido con toda claridad en diversas resoluciones. En la más reciente (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4) dirá:

«[...] en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, según recordamos en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, «siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales», no hay límites materiales a la revisión constitucional, habiendo subrayado entonces que «[h]asta ese punto es cierta la afirmación de que ‘la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo’ (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)». Pero el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable. Es más, tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar un inaceptable vía de hecho (incompatible con el Es-

tado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica.»

El pueblo, titular del poder constituyente, según dispone el art. 1.2 CE, puede ejercerlo precisamente porque el art. 168 CE así lo garantiza. De ese modo, el poder constituyente se encuentra, entre nosotros, juridificado. En cuanto que el poder constituyente tiene, pues, garantizado su ejercicio por la Constitución, parece coherente sostener que tampoco existen límites materiales implícitos frente a la reforma constitucional (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 35-36). Más aún, cabe sostener que, en buena teoría constitucional, existiría una contradicción difícilmente salvable entre el Estado democrático y los límites materiales a la reforma constitucional (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 36-40).

Ahora bien, entender que por garantizarse la revisión total de la Constitución se acepta en nuestro ordenamiento una concepción puramente formal o procedimental de la democracia sería incurrir en una grave simplificación, o en una cierta confusión. Porque **una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su realización y otra cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su transformación.**

La Constitución expresa una determinada idea de democracia, en la cual no hay solo forma, sino también contenido. Es decir, concibe a la democracia como un orden que descansa en determinados valores. El Tribunal Constitucional confirmará esa concepción valorativa en reiteradas sentencias, y así dirá que «la Constitución [...] incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico» (STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3), que «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores [...] que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento» (STC 21/1981, de 15 de junio,

FJ 10), o que el «art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de todo nuestro ordenamiento jurídico-político» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, y en los mismos términos, entre otras, SSTC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3, y 104/1986, de 17 de julio, FJ 5).

La Constitución española no es ideológicamente neutral en cuanto a su realización. Y no se trata solo de que organice democráticamente al Estado o, lo que es igual, de que imponga procedimientos democráticos para la composición de los órganos públicos y para la expresión de voluntad de los mismos, sino de que, además, no deja en absoluta libertad a la mayoría para expresar la voluntad del Estado, puesto que establece determinadas normas materiales que se imponen, incluso, a la propia mayoría. En esa dimensión material y no solo procesal de la democracia reside, justamente, el núcleo principal de la legitimidad *de* la Constitución. La democracia es el principio legitimador de nuestra Constitución no solo porque esa Constitución emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no solo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, lo que exige permanecer como un pueblo de personas libres e iguales en su libertad. Por ello, la democracia, *en* la Constitución, no es solo un método, como opinaba Kelsen (2006, 213), explicando que, a su juicio, «constituye un abuso manifiesto de la terminología emplear la palabra democracia, que —tanto ideológicamente como desde un punto de vista realista— es un método determinado de producción del or-

den social, para referirse al contenido de ese mismo orden social, que es independiente de su método de producción». Sin embargo, el propio KELSEN, en cierta contradicción, parece que, con esa rotunda afirmación, reconocería igualmente que a la democracia como principio de autodeterminación se tenían que agregar la libertad y la igualdad, que la democracia significa, junto al principio de la mayoría, el reconocimiento de derechos a la minoría, que la democracia no existe sin la discusión y sin la libertad de expresión, sin la transacción, es decir, si utilizáramos los términos de Nicolás DE CUSA, sin la *concordantia oppositorum* (2006, 219-231). En realidad, en el plano constituido resulta difícil (cabría decir incluso que imposible, en buena teoría) sostener un entendimiento exclusivamente procedimental de la democracia como ya más atrás se razonó.

Ahora bien, **cosa distinta es el principio democrático como principio de disposición de la Constitución**, es decir, como principio de validez del constituyente mismo, como modo de expresión no de la voluntad del Estado, sino de la voluntad del propio soberano. **En este plano, la juridificación congruente con el significado de la soberanía no puede ser, como ya se explicó, una juridificación material, sino solo y exclusivamente formal.** El soberano ha constituido un orden y lo ha concretado materialmente, pero el soberano ha de quedar libre para cambiarlo y establecer uno enteramente nuevo si en el futuro cambia su voluntad. Es cierto que sobre ello se ha suscitado una compleja discusión teórica, acerca de si la democracia puede destruirse a sí misma a través de procedimientos democráticos, de si la cláusula de reforma puede o no, a su vez, reformarse, de si el poder constituyente juridificado puede cambiar incluso el procedimiento que él estableció para disponer de la Constitución, o en fin, de si el poder constituyente popular puede modificar, a través del procedimiento de reforma constitucional, su propia configuración demográfica, decidiendo una desmembración «nacional», pero también es cierto

que tales problemas pueden tener una respuesta jurídica capaz de resolverlos (ARAGÓN REYES, M., 1990, I, 45-49), es decir, capaz de argumentar con solidez que el poder soberano, constitucionalizado, ha de tener reconocida la posibilidad de cambiar, sin límite material alguno, todos los preceptos de la Constitución.

Esa posibilidad, garantizada procedimentalmente por la misma Constitución, es la marca distintiva, entre nosotros, de la soberanía del pueblo. **Soberanía cuya conciliación con la atribución de poderes a la Unión Europea** ha suscitado importantes discusiones doctrinales y ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial a través de determinadas resoluciones, principalmente de los Tribunales Constitucionales alemán, italiano, del Consejo Constitucional francés y de nuestro propio Tribunal Constitucional. La solución a que por ahora se ha llegado es la de que no se ha perdido, esencialmente, la soberanía en los Estados nacionales pese a su integración en la Unión. Para nuestro Tribunal Constitucional ello es así porque ni la utilización de la vía del art. 93 CE para el traspaso de poderes puede albergar una modificación de la Constitución, ni ese traspaso significa cesión de titularidad, sino solo de ejercicio de tales poderes o competencias (Declaración de 1 de julio de 1992, FJ 4), y porque aquel traspaso no es irrevocable, además, de que, pese a la integración europea, continúan estándole reservadas al poder soberano nacional, y solo a él, las decisiones fundamentales que le son propias (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4). Sin embargo, esta no deja de ser una solución provisional, ya que si en el futuro se acentúa dicha integración, habrá de aceptarse una auténtica relativización de aquella soberanía, lo que supondría, en nuestro caso, la necesidad de dejar constancia de ello en el propio texto constitucional.

Cuando se garantiza que el poder soberano del pueblo puede disponer de toda la Constitución, siguiendo el procedimiento en ella previsto, se impone como consecuencia la

afirmación de que **la Constitución no inconstitucionaliza fines, no condena ideologías, no establece, pues, una «democracia militante»**, sino, exactamente, una democracia pluralista, y por ello, no excluye «de la legalidad a los grupos animados por una idea de Derecho —o por un modelo de sociedad— distintos, o aun contradictorios, con los que incorpora la misma norma fundamental» (JIMÉNEZ CAMPO, J., 1981, 173). Por ello, una Constitución enteramente abierta a su transformación es el único modo racional de fundamentar la obediencia al Derecho, el acatamiento de la Constitución. El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, con toda corrección: el acatamiento a la Constitución (ha dicho) «no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido»; por el contrario, «también se respeta a la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los arts. 166 y siguientes de la norma fundamental» (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3); lo único que la Constitución exige, pues, es que si se «pretendiera modificarla» se haga «de acuerdo con los cauces establecidos» en la misma. Doctrina que el propio Tribunal ha reiterado con más claridad aún si cabe: la obediencia a la Constitución, dirá, «puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente, **en tanto existe**, y a no intentar su transformación por **medios ilegales**»; de ahí que no está prohibido «representar» y «perseguir ideales políticos» distintos «a los encarnados en la Constitución [...] siempre que se respeten aquellas reglas del juego»; así ha de entenderse, pues, el deber de acatamiento a la Constitución que su art. 9.1 establece, toda vez, recordará el Tribunal, «que el contenido de la actual Constitución es reformable» (STC 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 5). Y es que (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7):

«En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante” [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya

el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. [...]. La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. [...]. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado [...], cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).»

En consecuencia con todo lo anterior, la garantía constitucional de la soberanía significa que nadie puede suplantar a la nación (cuya

voluntad solo la expresa el pueblo español en su conjunto) en el ejercicio de esa soberanía, y de ahí la prohibición de cualquier referéndum autonómico de autodeterminación (ARAGÓN REYES, M., 2014, 13-32). El Tribunal Constitucional ha confirmado que para nuestro ordenamiento no puede haber otra nación que la nación española (puesto que solo ella tiene la potestad de autodeterminarse, esto es, de ser soberana, como la propia Constitución dispone), cuya unidad, por ello mismo, ha de ser preservada sin que pueda aceptarse que ninguna de las comunidades que la integran tenga derecho para autodeterminarse (menos aún, separarse) unilateralmente respecto de la totalidad de la nación española de que forman parte (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FF. JJ. 8, 9 y 12; 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3; 259/2015, de 2 de diciembre, FF. JJ. 3 a 6). Solo el poder constituyente juridificado actuando según el procedimiento establecido en el art. 168 CE puede disponer de la voluntad y el destino de la nación española (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4).

IV. APARTADO 3

1. La Monarquía parlamentaria

A) *Significado de la expresión «forma política» del Estado*

Dado que el ap. 3 de este artículo califica a la Monarquía parlamentaria de «forma política del Estado», conviene, en primer lugar, interpretar ese término (ARAGÓN REYES, M., 1990, II, 15-86 y 89-110; 1999; 2004; 2008, III, 99-133; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., 1987, 27-81; GARCÍA CANALES, M., 1991; PORRAS RAMÍREZ, J. M., 1995). Ante todo, debe decirse que no puede entenderse equivalente al de forma de Estado, en sentido jurídico, cuya definición se encuentra no en el ap. 3, sino en el ap. 1 del art. 1 CE: Estado democrático. Por ello, hay que encontrar un sentido al término «forma política del Estado» que no entre en contradicción con lo que dicho ap. 1 establece.

Al tratar de las formas de Estado, JELLINEK (1970, 504) diría que «el que considere la vida real histórica del Estado, reconocerá frente a la forma *jurídica* una forma *política*, la cual, como todo lo que no es jurídico en el Estado, es imprecisa e indeterminada». Por ello, «sólo es posible una división científica, satisfactoria, de las formas de Estado, como división *jurídica*» (1970, 504). De ahí que JELLINEK negara el carácter de forma de Estado a la Monarquía parlamentaria inglesa, diciendo que, mientras la Monarquía estamental y la Monarquía constitucional son formas de Estado monárquicas, en cuanto que en ellas, jurídicamente, la voluntad del Estado se manifiesta a través de la libre voluntad del Monarca, en cambio, la Monarquía parlamentaria es «una especie de forma política de Monarquía que descansa sobre las relaciones concretas de poder de los dos órganos inmediatos del Estado; esto es, se trata de una manera de ejercer el gobierno, pero no es una forma de Estado estrictamente jurídica» (1970, 531).

Evidentemente, la Monarquía parlamentaria no es una forma de Estado, sino una forma de gobierno, máxime cuando, como en nuestro caso, en la Constitución se expresa que la soberanía no reside en el Monarca, sino en el pueblo, que tiene como único y directo representante al Parlamento, y por lo mismo, más que de una Monarquía parlamentaria clásica se trata de una Monarquía parlamentaria democrática. Ahora bien, si volvemos a la distinción apuntada por JELLINEK y admitimos que la forma de Estado puede ser enfocada desde el doble punto de vista, jurídico y político, podríamos decir que si la Monarquía, en nuestra Constitución, no es desde luego forma de Estado en sentido estricto, o sea, en sentido jurídico, nada impide que se la pueda considerar forma de Estado en sentido político.

Al mismo tiempo, y frente a la opinión de JELLINEK, que, aunque de manera muy poco rotunda, parece contrario a otorgarle relevancia jurídica a la forma de gobierno (quizá porque acentúa excesivamente la distinción

entre Monarquía y República, cuestión que hoy, en la teoría constitucional, carece de la trascendencia definitoria que tuvo en el siglo XIX), debe sostenerse que ambas categorías, forma de Estado y forma de gobierno, son susceptibles de consideración jurídica; es más, alcanzan verdadero significado para el Derecho constitucional cuando como formas jurídicas se las trata. El modo de organización de los poderes de gobierno, es decir, del poder constituido, es lo que se denomina forma de gobierno, y en nuestra Constitución está suficiente claro que tal forma es la parlamentaria, la Monarquía parlamentaria como especie del género forma parlamentaria de gobierno. Y si bien puede ser discutible que en las Monarquías parlamentarias del centro y norte de Europa esa forma de gobierno sea susceptible de cualificación jurídica porque pudieran aducirse razones de discordancia entre la norma constitucional y la práctica política (LALUMIERE, P. y DEMICHEL, A., 1966, 27-30, 41-54, 131-134 y 236-281; COLLARD, J. C., 1978, 39-41; FUSILLER, R., 1960, 25-53; VON BEYME, K., 1970, 29-48), en cambio parece indiscutible que en nuestra Monarquía lo es, dada la completa constitucionalización aquí efectuada de las facultades regias y de las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento.

En coherencia con tales argumentos puede sostenerse que **el párrafo 3.º del art. 1 de nuestra Constitución encierra dos enunciados perfectamente discernibles: uno de carácter político y otro de carácter jurídico. El primero: «La forma política del Estado es la Monarquía»; el segundo: «la Monarquía española es una Monarquía parlamentaria». El primero enuncia la forma política del Estado o, mejor dicho, la forma de Estado desde el punto de vista político; el segundo enuncia la forma de gobierno, con indudable trascendencia jurídica. Del primer enunciado se derivan funciones latentes y políticas; del segundo, funciones manifiestas y jurídicas, es decir, del primero influencia y del segundo competencia.**

Esta interpretación parece correcta y no contradictoria con el *telos* constitucional, además de útil (dado el carácter fundamental, o si se quiere, de principio general que las definiciones del art. 1 CE poseen) para interpretar también, a su través, el resto de los preceptos de la Constitución relativos al estatuto y facultades del Rey, es decir, para analizar jurídicamente la configuración constitucional de la Monarquía parlamentaria.

B) *La Monarquía como forma política del Estado*

De la significación de la Monarquía como forma política del Estado se desprende, como antes ya se apuntó, una serie de consecuencias políticas imprecisas e indeterminadas que operan, sobre todo, como funciones latentes de la Corona. Ya BAGEHOT, W. (1867, 87), recordaba que «la Corona hace mucho más de lo que parece hacer». Todas esas funciones se derivan del principio monárquico y no del principio democrático y, aunque sin trascendencia jurídica (incompatible en una Constitución que solo la otorga al principio democrático), no dejan, por ello, de ser efectivas. Gran parte de las mismas ni siquiera se encuentran enunciadas en la Constitución (por ejemplo, todas las que se refieren al papel legitimador de la Corona), y las que están constitucionalizadas consiguen eficacia más de forma latente que manifiesta, más de manera implícita que explícita. Así, las señaladas en el art. 56.1 de la Constitución (precepto que enuncia unas funciones del Rey que, en sentido estricto, se derivan más de la Monarquía como forma política del Estado de la Monarquía parlamentaria que como forma de gobierno, con la excepción quizá de las de arbitraje y moderación, que operan en ambas categorías), actúan como símbolo e influencia en mayor medida que como competencias, en cuanto que el «refrendo» las vacía de *potestas* y las deja únicamente revestidas de *auctoritas* [las únicas decisiones libres no precisadas de refrendo son las facultades del Rey establecidas en los arts. 62.d) y 65 de la Constitución]. La capacidad

del Rey para constituirse en símbolo de la unidad y permanencia del Estado trasciende de la normal capacidad que el órgano Jefatura del Estado posea para realizar esa función, dado que la Monarquía, por su significación histórica y su cualidad de instancia neutral, puede (lo que no significa que, de hecho, esa posibilidad siempre se realice) fomentar, en mayor medida que la presidencia de una República, la integración nacional, especialmente en los Estados compuestos o con fuertes seccionalismos de base geográfica, como el nuestro. La función de arbitraje y moderación, aparte de por las vías explícitas que para su ejercicio posee la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno [especialmente en los aps. b), c), d) y g) del art. 62 de la Constitución] se lleva a cabo, indudablemente, por el Rey utilizando la influencia como vía implícita, es decir, haciendo uso de aquellas prerrogativas clásicas, ya señaladas por BAGEHOT (1867, 104) y más atrás aludidas, de «animar», «advertir» y «ser consultado» que superan, desde luego, en corrección y eficacia a la de la asistencia al Consejo de Ministros que, con limitaciones, ha previsto el art. 62.g) de nuestra Constitución. En cuanto al papel del Monarca en las relaciones exteriores, y más aún en las que tienen por objeto a las naciones de raíz hispánica, su influencia supera, potencialmente al menos (por el carácter no ya simbólico, sino mítico de la Corona), a la que pudiera derivarse de las facultades explícitas señaladas en el art. 63 de la Constitución.

Todas estas funciones latentes, sin relevancia jurídica y de carácter exclusivamente político, no se predicen meramente del Jefe del Estado, sino del hecho de que el Jefe del Estado sea Rey; no, en consecuencia, de la Jefatura del Estado como órgano, sino de la Corona como símbolo, o sea, no de la Monarquía como forma de gobierno (Monarquía parlamentaria), sino de la Monarquía como forma política del Estado. Es decir, se derivan de la decisión constitucional (de naturaleza jurídica, por supuesto) de que la Monarquía sea precisamente la forma de la Jefatura del Estado.

C) *La Monarquía parlamentaria como forma de la Jefatura del Estado y como forma jurídica de gobierno*

Una novedad de nuestra Constitución reside, sin lugar a dudas, en que su texto recoge, por vez primera en Derecho comparado, el término «Monarquía parlamentaria» (art. 1.3.º), y por primera vez en el Derecho europeo la regulación detallada de esa forma específica de gobierno, lo que supone, evidentemente, un serio intento de racionalización de la misma, «expresando en Derecho escrito lo que ha sido el resultado de un proceso evolutivo y consuetudinario en las monarquías europeas, que han establecido en el cuadro de una Monarquía constitucional y democrática el régimen parlamentario» (SÁNCHEZ AGESTA, L., 1978, 112; también JIMÉNEZ DE PARGA, M., 1966; 1972, 329-360; 1984, 111-127; y 1991, 61-70).

Nuestra Constitución ha positivizado la Monarquía parlamentaria y ello supone que, entre nosotros, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares, no hayamos de extraer el significado de la figura solo de aquellos principios generales que la teoría (y no tanto las Constituciones) de la Monarquía parlamentaria europea proporciona, sino más precisamente de las reglas y principios expresados en el propio texto de la Constitución.

De acuerdo, pues, con nuestra Constitución, en términos jurídicos *la Monarquía es exactamente, una forma de la Jefatura del Estado*. Del mismo modo que, *también en términos jurídicos, la Monarquía parlamentaria es una forma de gobierno*, o con más propiedad, el tipo monárquico de la forma parlamentaria de gobierno. En resumen, lo que se desprende del art. 1.3 CE es que España es un Reino, que la Jefatura del Estado en España es, en consecuencia, monárquica, y que la Monarquía que se establece por la Constitución es una Monarquía parlamentaria. Monarquía parlamentaria cuyas características se concretan a lo largo del texto constitucional y muy especialmente en el Título II, dedicado a la Corona.

De los preceptos constitucionales se desprende, con claridad, que **el Monarca no posee poder constituyente** (la soberanía se atribuye en exclusiva al pueblo y de él emanan los poderes del Estado, art. 1.2 CE), que **el Monarca no posee poder legislativo** (la potestad legislativa del Estado se atribuye, en exclusiva, a las Cortes Generales, art. 66.2 CE) y que **el Monarca no gobierna** (potestad que está atribuida, en el ámbito estatal, exclusivamente al Gobierno por el art. 97 CE). El Rey carece, pues, de poderes jurídicos propios, o dicho con otras palabras, no puede innovar, por sí solo, el ordenamiento, ni producir, por su sola voluntad, actos jurídicos estatales de aplicación de ese ordenamiento. solo «proponer» candidato a la Presidencia del Gobierno, que es después elegido o rechazado por el Congreso de los Diputados, y solo «decide» a propuesta de otros órganos (sancionando las leyes, expidiendo los Decretos, nombrando a las más relevantes autoridades públicas), y el Rey no puede, en Derecho, oponerse a esas propuestas. Tales decisiones del Rey son, pues, actos debidos. Las únicas decisiones que la Constitución atribuye libremente al Monarca son la distribución de la cantidad presupuestaria destinada al sostenimiento de la Familia Real y la Casa del Rey y el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de dicha Casa del Rey (art. 65 CE). Solo estas últimas decisiones están excluidas del refrendo, debiendo ser todas las demás refrendadas por el Presidente del Gobierno, los Ministros competentes o el Presidente del Congreso, según los casos, careciendo de validez si así no lo fueren (arts. 56.3 y 64 CE). Refrendo sobre cuyo significado y función en nuestra Monarquía parlamentaria se ha pronunciado, de manera muy acertada, el Tribunal Constitucional (STC 5/1987, de 27 de enero, FJ 3).

Lo que acaba de exponerse **no supone una contradicción con el hecho de que el Rey, como Jefe del Estado, es el supremo órgano de este, y en tal sentido se requiere de su intervención para los actos más relevantes de la vida esta-**

tal. La inactividad del Monarca paralizaría, en consecuencia, la marcha del Estado. Ello es enteramente cierto: sin los actos del Rey, el Estado no puede funcionar. Pero el Derecho impone que esos actos deban necesariamente producirse, es decir, que sean actos de obligatoria realización. Sin la firma del Rey, el Estado no funciona, pero el Rey debe firmar siempre. Ese es el sentido de la Monarquía parlamentaria: *el Monarca, por ser Jefe del Estado, es el órgano público supremo, pero por ser Rey es un órgano supremo desprovisto de competencias de libre ejercicio.*

Todo ello no significa dejar vacía la Monarquía parlamentaria ni reducir el papel del Rey al de un simple adorno constitucional. Quien pensara así cometería un grave error, porque desconocería, al menos, dos cosas: una, que la relevancia de un Monarca parlamentario ni se mide ni podría medirse (porque entonces no estaríamos ante una Monarquía parlamentaria compatible con un Estado democrático) por la existencia de poderes propios, y otra, que en la Monarquía parlamentaria se distinguen perfectamente el plano de los poderes jurídicos (inexistentes como poderes propios) y el plano de la influencia política (tanto mayor cuanto que en esa forma de Monarquía el Rey, por no ostentar aquellos poderes, está en mejores condiciones, precisamente, para ejercer esta influencia). No deben confundirse, pues, la función jurídica con la función simbólica. En nuestro ordenamiento, el Reino es un concepto jurídico (el Estado) y un símbolo político (la Monarquía); la Corona, un concepto jurídico (un órgano constitucional: la Jefatura del Estado) y un símbolo político (la expresión de una institución histórica); el Rey, un concepto jurídico (el Jefe del Estado) y un símbolo político (la expresión de la identidad nacional); la Monarquía parlamentaria, un concepto jurídico (la forma de gobierno) y un símbolo político (la forma política del Estado). Y ambas funciones, jurídica y simbólica, las ha recogido nuestra Constitución (o son deducibles de la Constitución), con eficacia

prescriptiva la primera y con eficacia descriptiva la segunda.

El papel del Rey en este tipo de Monarquía es, pues, de una extraordinaria relevancia. Su influencia la despliega a través del ejercicio de las facultades clásicas de «animar, advertir y ser consultado» con mucha mayor eficacia que a través de unos poderes de decisión que, si existieran, supondrían siempre un riesgo para la propia Monarquía, además de una incompatibilidad clara con el principio democrático. Precisamente la inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey (art. 56.3 CE) es compatible con el principio general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) porque el Rey carece de poderes propios y ello es lo que impide la contradicción entre Monarquía y Estado democrático de Derecho. Más aún, cabría decir que justamente las funciones simbólicas son lo más valioso de la Monarquía parlamentaria y que en ellas reside su éxito. Si se intentara transmutarlas en funciones jurídicas (esto es, en verdaderas potestades), desaparecería muy probablemente la Monarquía parlamentaria, que se sostiene, precisamente, porque el Rey no posee *maiestas* por el poder que ostenta, sino por la dignidad que representa.

La Monarquía es, como ya se dijo, una institución fundamental para preservar la estabilidad y permanencia del Estado y, en el caso de la Monarquía parlamentaria, del Estado constitucional (pues en esa forma política Monarquía y Constitución resultan inseparables). Ello se ha demostrado bien en España, de un lado, por el hecho de la regularidad y ejemplaridad con que se ha producido la abdicación en la Corona del Rey D. Juan Carlos I en el Príncipe heredero, nuestro Rey actual D. Felipe VI y, de otro lado, en la actuación decisiva que tuvo D. Juan Carlos I frente al intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 y en la clara y firme actuación en defensa de la Constitución de D. Felipe VI ante los graves acontecimientos producidos en Cataluña en septiembre y octubre de 2017.

2. El régimen parlamentario

El ap. 3 del art. 1 CE no solo define un tipo de Monarquía, sino también, al hacerlo, un tipo de forma de gobierno: la parlamentaria, esto es, una de las varias formas de gobierno que caben en la forma del Estado democrático (ARAGÓN REYES, M., 1993; 1998, 275-317; 2005, 27-66; 2008, I, 73-100; GARRONEA MORALES, A., 1991; RUBIO LORENTE, F., 1997, 185-222; y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., 1996).

La representación política democrática, que está basada en el mandato general representativo (pues se representa a todo el pueblo, ya que la soberanía es indivisible), en la elección directa (para evitar el fraccionamiento en «cuerpos intermedios»), y en el sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, origina la existencia de un órgano, al que por tradición se le denomina Parlamento, que tiene como funciones primordiales o características la de legislar (incluida aquí, por simplificar, la de aprobación de los presupuestos) y la de controlar al Gobierno. **La democracia constitucional, que es, y ha de ser, representativa, se identifica, en consecuencia, con la democracia parlamentaria.** Así lo constataba Kelsen al afirmar (2006, 92) que no hay más democracia que la parlamentaria, o más aún, que la democracia parlamentaria es la única democracia posible.

Por ello, la democracia parlamentaria es la forma común en los Estados auténticamente constitucionales. **Democracia parlamentaria que puede albergar diversas formas de gobierno**, principalmente la forma de gobierno parlamentaria y la forma de gobierno presidencial, o algunas variantes o mezclas de estas, como la semipresidencial o directorial. En todas ellas, el Parlamento es el poder (o si se quiere el órgano) del Estado que tiene atribuida la adopción de las decisiones políticas más importantes por debajo de la que corresponde al soberano o, en otros términos, la función de crear las normas jurídicas infraconstitucionales de mayor rango, así como la función de controlar la acción del

Ejecutivo. Ese control puede comprender, incluso, una relación de confianza, de manera que el Ejecutivo surge del Parlamento y este puede removerlo, como sucede en la forma parlamentaria de gobierno, pero cuando esa relación no existe, como en la forma presidencial, el control opera por otras vías de sujeción, aprobación y fiscalización no menos eficaces.

De ahí que en los Estados democráticos el Parlamento constituya la pieza fundamental de la organización política, hasta el punto de dar su nombre al modelo actual de democracia representativa. La democracia parlamentaria es, pues, la forma común del Estado constitucional democrático de nuestro tiempo. Y ello es así incluso en los sistemas presidenciales, donde el poder Ejecutivo también es producto de la elección popular, pero donde el Parlamento sigue siendo, constitucionalmente, el máximo poder del Estado al estarle atribuida la capacidad de adoptar, por medio de las leyes, las decisiones políticas más importantes. Sin embargo, no cabe duda de que, al menos en teoría, la función del Parlamento aparece acrecentada en los llamados sistemas parlamentarios, es decir, en los Estados con forma parlamentaria de gobierno, donde, a diferencia de los sistemas presidenciales, la Cámara legislativa es el único poder que recibe la inmediata legitimación popular. Por ello, en el sistema parlamentario, el Ejecutivo ha de gozar de la confianza de la Cámara, que aparece así no solo como la institución encargada de hacer las leyes, sino también como la institución de la que emana el Gobierno, al que controla hasta el punto de poderlo derribar mediante un voto de censura.

Este último es nuestro sistema, consecuencia de la doble opción por la democracia y la Monarquía. El Estado democrático, en una República, puede tener como formas de gobierno la presidencial o la parlamentaria; **el Estado democrático, en una Monarquía, difícilmente puede tener otra forma de gobier-**

no distinta de la parlamentaria (ARAGÓN REYES, M., 2004, 47). Ahora bien, dentro de la forma parlamentaria de gobierno caben diversas modalidades, según la manera específica en que se regulen las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo. **Nuestra Constitución optó por un modelo de parlamentarismo «racionalizado»** mediante el establecimiento de determinadas reglas que, de un lado, favorecen la estabilidad gubernamental, como ha reconocido el Tribunal Constitucional (SSTC 16/1984, de 6 de febrero, FJ 6, y 15/2000, de 20 de enero, FJ 29), y de otro, realzan notablemente la figura del Presidente del Gobierno. Si acudimos a una terminología bien conocida, puede decirse que **en España el sistema parlamentario no es de «Gabinete», sino de «Canciller» o de «Primer Ministro».**

La estructura de la forma de gobierno está muy clara en el texto constitucional. Allí aparece, incluso, su propia definición (una Monarquía «parlamentaria», art. 1.3); así como la declaración de que el Parlamento es la institución directamente representativa de los ciudadanos («las Cortes Generales representan al pueblo español», art. 66.1) y al que compete el control del Ejecutivo (las Cortes Generales «controlan la acción del Gobierno», art. 66.2) mediante una serie de dispositivos entre los que destacan la investidura parlamentaria del Presidente (art. 99), la votación de confianza (art. 112) y la moción de censura (art. 113); como contrapartida, el Presidente del Gobierno puede proponer al Rey la disolución de las Cámaras (art. 115). Por lo demás, y como hoy suele ser general en los sistemas parlamentarios, la «dirección de la política» (y ello incluye, por supuesto, la de la política legislativa) se encomienda al Gobierno (art. 97.1 CE). Esa **función de «dirección política» del Gobierno, como característica distintiva de nuestro «parlamentarismo racionalizado»,** está muy precisamente destacada, con todas sus consecuencias, en nuestra jurisprudencia constitucional (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ 6).

A partir de esas líneas básicas, definidoras de unos rasgos en buena parte comunes de cualquier sistema parlamentario, lo que importa verdaderamente es analizar cuáles son los caracteres específicos de nuestra forma de gobierno, esto es, su singularidad respecto de otras del mismo género. Para ello conviene examinar, en primer lugar, el tipo de Parlamento que la Constitución establece, ya que, por principio, se trata de la institución central del sistema.

Las dos Cámaras, Congreso de los Diputados y Senado, que componen nuestras Cortes Generales, pese a que existan diferencias en el modo de elección de sus miembros (sistema electoral proporcional corregido para el Congreso y mayoritario corregido para el Senado), responden al mismo tipo de representación. Ambas se integran por elección directa de los ciudadanos y, en uno y otro proceso electoral, la circunscripción es también la misma: la Provincia. La minoría de Senadores elegidos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, precisamente por ser pequeño su número en relación con el total de la Cámara, no supone una verdadera alteración de aquel esquema representativo. En ese sentido, la declaración constitucional de que el Senado es «la Cámara de representación territorial» (art. 69.1) alcanza muy escasa (por no decir ninguna) operatividad (de ahí que se haya planteado, por la doctrina, las fuerzas políticas e incluso, formalmente, por el propio Gobierno, la necesidad de reformar el Senado para convertirlo en Cámara de auténtica representación territorial). La primera característica de nuestro Parlamento bicameral es, pues, la duplicidad representativa.

La segunda característica es la duplicidad funcional en todo lo que se refiere a la potestad legislativa. En ese plano podría hablarse de un bicameralismo por repetición, en cuanto que el procedimiento legislativo ha de reiterarse, de modo sustancialmente idéntico, en una y otra Cámara, con la salvedad de que la mayoría absoluta requerida para las leyes

orgánicas solo se exige en el Congreso (art. 81.2 CE) y de que, como es razonable, en caso de conflicto en la elaboración de cualquier ley prevalece la voluntad de una de las Cámaras (el Congreso) sobre la voluntad de la otra (el Senado) (art. 90 CE).

La tercera característica es el monopolio por el Congreso de la verificación de la responsabilidad política gubernamental. El Gobierno solo «responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados» (art. 108 CE). Es el Congreso el que vota la investidura del Presidente del Gobierno (art. 99 CE) y, en consecuencia, solo ante el Congreso puede plantear el Presidente del Gobierno la cuestión de confianza (art. 112 CE), correspondiéndole también únicamente al Congreso adoptar una moción de censura (art. 113 CE). En nuestro sistema, pues, al no participar el Senado de ninguna manera en la relación de confianza, los instrumentos más característicos de la forma parlamentaria de gobierno no se ejercen de manera bicameral, sino unicameral. Es cierto que la función parlamentaria de control se desempeña, además, por otros medios (preguntas, interpelaciones, etc.), de los que sí dispone el Senado de igual manera que el Congreso, pero la exclusividad de este sobre la exigencia de responsabilidad política hace que aquellos otros medios pierdan en el Senado una buena parte de su eficacia.

El monopolio del Congreso se extiende, además, a otras materias. Así, solo el Congreso convalida o deroga los decretos-leyes (art. 86.2 CE), autoriza la convocatoria de referéndum (art. 92.2 CE) e interviene en los procesos de declaración o prórroga de los estados de alarma, excepción y sitio (art. 117 CE). Frente a ello, la única competencia que monopoliza el Senado es la aprobación de las medidas extraordinarias de intervención estatal en las Comunidades Autónomas (art. 155 CE).

Una vez expuestas, muy resumidamente, las características de nuestro Parlamento estatal

(las Cortes Generales), procede examinar el tipo de Gobierno que la Constitución ha previsto, y que ha concretado o desarrollado la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la que se contienen diversas precisiones acerca de la configuración del Gobierno, del estatuto de sus miembros, del Presidente del Gobierno, del Gobierno «en funciones» y, en general, del régimen jurídico de los actos del Gobierno. Como antes se dijo, nuestro modelo de parlamentarismo «racionalizado» destaca por la pretensión de fomentar la estabilidad gubernamental y por la relevancia que se otorga a la figura del Presidente del Gobierno. El instrumento básico para lo primero es la configuración «constructiva» de la moción de censura, a la manera alemana. Para poder presentarse, la moción de censura habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno y, para que triunfe, habrá de obtener la mayoría absoluta de los miembros del Congreso (art. 113 CE). En consecuencia, no es suficiente, para derribar al Gobierno, que haya una mayoría en la Cámara contraria a su permanencia; ha de haber, al mismo tiempo, una mayoría absoluta que, censurando al Gobierno, apoye a un nuevo Presidente. Es innegable que esta fórmula fomenta la estabilidad gubernamental, pero también que facilita notablemente los Gobiernos de minoría, habida cuenta, además, de que la investidura del Presidente del Gobierno solo requiere de mayoría absoluta del Congreso en la primera votación, bastando en la segunda la mayoría simple (art. 99.3 CE).

Sobre la **posición preeminente del Presidente del Gobierno en la estructura del Ejecutivo**, la Constitución es bastante clara. No se trata solo de que aparezca al Presidente como auténtico «director» del Gobierno y no exactamente como un «primer Ministro», lo que es patente («el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo», art. 98.2 CE), sino de que esa función directora se encuentra muy reforzada en la medida en que es el Presidente (y no el Gobierno) el que recibe la primera confianza de la Cámara: en el acto de

investidura se elige un Presidente y no un Gobierno que, obviamente, aún no se ha formado. La cuestión de confianza la puede plantear el Presidente (sobre «su programa o sobre una declaración de política general», art. 112 CE), previa deliberación del Consejo de Ministros, claro está, pero sin que ello convierta en colegiada una decisión que sigue siendo personal. La moción de censura se presenta frente al Gobierno, pero su triunfo no supone solo el cese de este, sino además la elección automática de un nuevo Presidente, esto es, el otorgamiento de una nueva confianza a otra persona (y no a otro Gobierno). Y, en fin, es el Presidente, previa deliberación del Consejo de Ministros, pero «bajo su exclusiva responsabilidad», quien puede proponer al Rey la disolución de las Cámaras (art. 115.1 CE).

El Gobierno responde solidariamente de su gestión ante el Congreso de los Diputados, pero los Ministros responden, individualmente, de sus propios cometidos ante el Presidente del Gobierno (esa parece ser la interpretación correcta que se deriva del 98.2 CE), que libremente propone al Rey su nombramiento y cese (art. 100 CE). En resumen, puede decirse que el Gobierno lo es del Presidente y no de la Cámara o de la mayoría de la Cámara. Esta preeminencia del Presidente se refuerza aún más en la medida en que determinadas decisiones (aparte de las ya señaladas sobre la presentación de la cuestión de confianza y la disolución anticipada de las Cámaras) le están atribuidas personalmente, esto es, como órgano separado, y sin intervención del Consejo de Ministros. Así, la propuesta de convocatoria de referéndum (art. 92.2 CE) o la facultad de interponer el recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) CE].

Esta forma parlamentaria de gobierno, prevista constitucionalmente para el Estado (y, en sus rasgos básicos —art. 152.1 CE—, también para las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos se aprobasen por el procedimiento del art. 151 CE), **ha sido adoptada finalmente por todas las Comunidades**

Autónomas por obra de sus respectivos Estatutos de Autonomía (ARAGÓN REYES, M., 2007, 9-32).

Por último, ha de advertirse que el régimen parlamentario no solo está regulado por normas jurídicas, sino que también necesita (como lo muestran los ejemplos compara-

dos europeos) del cumplimiento de unas reglas políticas sin las cuales difícilmente puede funcionar. Entre ellas el permanente espíritu de pacto entre los partidos sostenedores del sistema, lo que, lamentablemente, no parece estar sucediendo en la política española de los últimos años (ARAGÓN REYES, M., 2017, 15-34).

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990 (I).

- «La Monarquía parlamentaria (Comentario al art. 1.3 de la Constitución) y Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», en *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990 (II).
- *Gobierno y Cortes*, Cuadernos IEE, Madrid, 1993.
- *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- «Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado» y «Sobre el significado actual del Parlamento y del control parlamentario: información parlamentaria y función de control», ambos en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- «La Monarquía y el Estado de Derecho», en AA. VV., *La Monarquía española entre las Constituciones de 1876 y 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- *Constitución, democracia y control*, UNAM, México DF, 2002.
- «Veinticinco años de Monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- «Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales», en ARAGÓN REYES, M. y GÓMEZ MONTORO, A. J. (Coords.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- «La organización institucional de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2007.
- «Democracia y parlamento», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37, 2008 (I).
- «Del Estado intervencionista al Estado regulador», en AA. VV., *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Aranzadi, Pamplona, 2008 (II).
- «La Corona», en JIMÉNEZ DE PARGA, M. y VALLESPÍN, F. (Eds.), *España siglo XXI*, vol. 2, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008 (III).
- «Del Estado intervencionista al Estado regulador», en *Estudios de Derecho Constitucional*, 2.ª edic., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- «Problemas del Estado autonómicos», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 31, diciembre 2014.
- «Legislatura fallida e investidura convulsa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, enero-abril, 2017.

BAGEHOT, *The English Constitution*, Londres, 1867; se cita de la edición española, *La Constitución inglesa*, La España Moderna, Madrid, s. d.

BASTIDA, F. J., «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1/1998, dedicado a «Soberanía y Constitución», Junta General del Principado de Asturias.

BÄUMLIN, *Die rechtsstaatsliche Demokratie. Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat*, 1954.

BÖCKENFÖRDE, E. W., *Demokratie und Repräsentation: zur kritik der heutigen Demokratiediskussion*, Hennies und Zinkeisen, Hannover, 1983.

CARRERAS SERRA, F., *El Estado de Derecho como sistema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996 (Cuadernos y Debates. Serie minor: 1).

COLLIARD, J. C., *Les régimes parlementaires contemporains*, Press de la F. Nationale des S. P., París, 1978.

CORWIN, E. S., *The «Higher law» back-ground of American Constitutional Law*, Harvard Law Review, 1928-1929.

DE OTTO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

— *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

DENNINGER, *Staatsrecht*, Müller, Heidelberg, 1973.

DOEHRING, K., *Sozialstaat, Rechtsstaat und Freinheitlich-Demokratische Grundordnung*, 1978; se cita de la traducción española «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en AA. VV., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FUSILIER, R., *Les monarchies parlementaires*, Les Edit. Ouvrieres, París, 1960.

GARCÍA CANALES, M., *La Monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA-PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, D. L., Madrid, 1986.

GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991.

— *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

HELLER, *La soberanía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1965.

HESSE, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1980.

JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, citamos *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «La intervención estatal del pluralismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

JIMÉNEZ DE PARGA, M., *Las Monarquías europeas en el horizonte español*, Tecnos, Madrid, 1966.

- «El Rey y el Gobierno en Bélgica y Holanda», en AA. VV., *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor D. Carlos Ollero*, Carlavilla, Madrid, 1972.
- «El estatuto del Rey en España y en las Monarquías europeas», en P. LUCAS VERDÚ (Ed.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, 1984.
- «Le Roi d'Espagne: symbole et arbitre», *Res Publica*, vol. XXXIII, 1991/1.

KÄGI, «Rechtsstaat un Demokratie. Antinomie und Synthese», en la obra colectiva *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 1978.

KELSEN, H., *De la esencia y valor de la democracia*, ed. de J. L. REQUEJO PAGÉS, KRK Pensamiento, Oviedo, 2006.

KRIELE, M., *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1975.

LALUMIERE, P. y DEMICHE, L. A., *Les régimes parlementaires européens*, PUF, París, 1966.

MORTATI, C., «Comentario al art. 2 de la Constitución italiana», en *Commentario Della Costituzione*, dirigido por G. BRANCA, Zanichelli, Bolonia, 1975.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1995.

PUNSET, R., «En el Estado constitucional hoy soberano (reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1/1998, dedicado a «Soberanía y Constitución», Junta General del Principado de Asturias.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE, F., «La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución», en el *Libro-homenaje a Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, 1975.

- «El Parlamento y la representación política», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- «La Constitución como fuente de Derecho», en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en el libro colectivo *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, citamos *Teoría de la Constitución*, ed. española, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985.

- *La sanción y promulgación de las leyes en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «El régimen parlamentario y sus enemigos», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 93, 1996.

VON BEYME, K., *Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa*, R Piper & Co., Múnich, 1970.

WYDUCKEL, D., «La soberanía en la historia de la dogmática alemana», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1/1998, dedicado a «Soberanía y Constitución», Junta General del Principado de Asturias.

Artículo 2

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

Sumario: I. Introducción. II. Nación y Constitución. III. La autonomía de nacionalidades y regiones. IV. El principio de solidaridad.

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

Una primera lectura de este precepto puede llevarnos a la falsa impresión de que nos encontramos ante un artículo lleno de conceptos metajurídicos, que suponen una carga ideológica que el constituyente no tuvo otro remedio que asumir, pero en los que una interpretación jurídica propiamente poco tiene que aportar, de manera que este precepto, en la medida de lo posible, debería incluirse en el catálogo de lo programático o del contenido directamente político de la Constitución. Nada más lejos de la realidad. La constitucionalización de determinadas categorías que proceden, como no podía ser menos, de un contexto extraconstitucional, supone la juridificación de las mismas, que adquieren el sentido que pueda darles el propio constituyente o que, en el nuevo contexto normativo en que se incluyen, sea posible, o más correctamente, constitucionalmente adecuado. La utilización de estos conceptos o tipos, procedentes de un contexto jurídico, metaconstitucional, o extrajurídico, se produce especialmente en el Título Preliminar, que es en el que está el precepto que hemos de comentar. En este Título se utilizan **conceptos**

derivados de la sociología y de la cultura, o del Derecho, por ejemplo el de nación o nacionalidades, dignidad de la persona, o interdicción de la arbitrariedad o legalidad. Estos conceptos no dan pie al intérprete para introducir en la Constitución referencias que son definidas en otros ámbitos culturales o jurídicos, sino que reciben a partir de **su inclusión constitucional** un determinado alcance, compatible con el contenido y las exigencias de la Norma Fundamental. Pero su comprensión es plenamente un problema de interpretación constitucional.

Estamos hablando, además, en segundo lugar, de un precepto situado en el Título Preliminar, donde se contiene la definición del sistema jurídico político del Estado español, esto es, de su régimen o, en términos schmittianos, de la Constitución positiva o el conjunto de **decisiones capitales** sobre la forma política que se ha dado el pueblo español. La atribución de este significado al Título Preliminar es entonces consecuencia de una visión sistémica de la Constitución Española, cuya coherencia dependería sustantivamente de la asunción de la base valorativa e

institucional establecida en el Título Preliminar, de manera que este se proyectaría, desde tal punto de vista, en el resto de la Constitución, a la que informaría en congruencia con su contenido. Pero la condición basilar y fundante del Título Preliminar no solo es un atributo que le reconoce el intérprete, sino que ha querido **el constituyente**. Así, el Título Preliminar encabeza la Constitución, cuyas partes dogmática y orgánica no solo antecede, sino que, en el sentido que hemos indicado, preside. Su reforma equivale a la revisión total de la Constitución, conseguible solo por el procedimiento del art. 168 CE, aunque si la perspectiva que se elige es la material, seguramente una modificación de su contenido que signifique, más allá de un cambio o una adición de su tenor literal, una rectificación con alcance restrictivo o devaluador, equivaldría a una destrucción o liquidación constitucional, y no a una reforma propiamente dicha y, desde mi punto de vista, no resultaría jurídicamente aceptable (ARAGÓN, 1989).

II. NACIÓN Y CONSTITUCIÓN

El contenido del art. 2 de la Constitución Española es fácilmente descomponible. Un primer inciso se refiere a la relación de la Constitución con la Nación española, cuya unidad e indivisibilidad proclama; un segundo párrafo atribuye a los integrantes territoriales de España como sujetos diferenciados, las nacionalidades y regiones, el derecho a la autonomía; y un tercer apartado impone la solidaridad entre dichos componentes. Así, la condición homogénea de la Nación española no excluye el pluralismo constitutivo de la misma y determina entre sus integrantes una afinidad de la intensidad de la solidaridad.

La afirmación del constituyente fundamentando la Constitución en la Nación española nos lleva al estudio de la relación entre ambos conceptos en dos momentos. El primer momento tiene que ver con el plano de la validez; el segundo con el plano de la legitimidad. La Constitución es el resultado de la actua-

ción constituyente de la Nación española. La primera y más importante manifestación de la soberanía es justamente la disposición del poder constituyente. Solo el soberano tiene el poder constituyente, pues la muestra más importante de la soberanía es la capacidad de decidir sobre la propia configuración política. En eso consiste el poder por antonomasia, en darse una Constitución. Quien no puede decidir sobre su Constitución, sobre cuál es originariamente, o cómo queda su Constitución, pudiendo reformarla sin límite, no es soberano. Ciertamente hay **diversas acepciones de la palabra «soberano»**, indicadoras de la ambigüedad de la idea (SOLOZÁBAL, 2004, 31). La manifestación **ordinaria** de la soberanía considera esta como el poder de los órganos del Estado, actuando según sus competencias. Estamos hablando entonces de la soberanía como potestad pública, esto es, de un poder estatal, irresistible, aunque constituido y limitado. Pero hay otra acepción que es la que se contempla aquí, como **manifestación extraordinaria** de la soberanía, la soberanía de los grandes días, o poder sobre el Estado, precisamente acerca de su constitución o configuración política; trátase entonces de un poder constituyente no solo irresistible, sino ilimitado.

La fundamentación de la Constitución en la Nación española no quiere decir entonces otra cosa que la Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente por su titular, la Nación española. El art. 1 de la Constitución contempla la relación de la soberanía y la Nación; el art. 2 se refiere a la relación de causación de la Nación y la Constitución. Este art. 2, bien mirado, es menos equívoco que el primero, aunque el primero también es suficientemente claro. El pueblo, esto es, la generación viva capaz de actuar políticamente, la parte presente de la Nación, dispone de la soberanía de esta (F. RUBIO, 1991). En una Constitución democrática no cabe otra cosa, pues no puede aceptarse que el derecho a determinar la configuración política y el derecho a participar, correspondan a quien no es el pueblo actual o presente. Pero

el pueblo actúa incondicionada e ilimitadamente la soberanía de la Nación, que es un sujeto o comunidad moral que integra a las generaciones pasadas, presentes y futuras.

La claridad y firmeza de nuestra Norma Fundamental, atribuyendo el poder constituyente a la Nación española y concibiéndolo como expresión del poder político del Estado, impide la asunción de dicho poder por quien no es el soberano. Soberano es **el pueblo español**, no los pueblos del Estado, ni siquiera los pueblos de España. Así, el titular de la soberanía es un **sujeto homogéneo**, no un sujeto múltiple, de modo que cupiese pensar que las colectividades territoriales que lo integran, al participar alícuotamente en la soberanía, pueden recuperar su poder político propio, como el socio fundador puede renunciar a sus derechos y abandonar la sociedad en la que hasta ese momento participaba. Pero el soberano tampoco es un sujeto complejo o resultante de las incorporaciones separadas de sus integrantes, y cuya voluntad se formase por acuerdo de dichos componentes, sino **un sujeto único** con identidad propia que trasciende y se distingue, sin ser necesariamente diferente, y menos opuesto, a las unidades que lo integran, absorbiendo así el poder fundamental de la colectividad. Paladínamente lo ha dejado claro el Tribunal Constitucional. La Constitución, dice, «no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones «históricas» anteriores» (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 3). La soberanía está depositada **de modo exclusivo** en la Nación española, y en sentido jurídico constitucional no puede referirse la expresión nación «a otro sujeto que no sea el pueblo titular de la soberanía» (STC 31/2010). Esto no supone negar la existencia y legitimidad de algunas concepciones espirituales o culturales que valoren la afirmación de la condición de nación, por ejemplo, para Cataluña. Es, también, perfectamente ajusta-

da a la Constitución la calificación de nacionales para «los símbolos propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española» (STC 31/2010).

La unidad del poder constituyente, obvia en el plano jurídico que venimos considerando, refuerza la homogeneidad de la Nación española como sujeto capaz de ponerse de acuerdo sobre el momento y el contenido de la actuación constituyente, de manera que un pueblo muestra su madurez al decidir sobre su forma política. Así, la ocasión constituyente es **el gran día** en la historia de un pueblo, pues ha sido capaz de adoptar la decisión más importante de su futuro político. Esta es **la significación nacionalista del momento constituyente**, la muestra más alta de su capacidad política, al decidir soberanamente sobre su forma política. Ocurre también que la atribución de la autoría constitucional a la Nación como sujeto jurídico homogéneo, capaz de actuar fundando o refundando sobre bases enteramente libres el orden normativo incide también poderosamente sobre la unidad de este orden. El ordenamiento español es un sistema jurídico complejo, función del diverso aporte del pluralismo normativo de su base, cuya unidad, más allá de una exigencia lógica para su comprensión, integrando y ordenando sistemáticamente su variedad y contradicción, refleja la homogeneidad de su autor. Así, **la unidad política y jurídica del Estado** no es sino la manifestación de la del sujeto cuya voluntad le sirve de base.

Pero la referencia nacional de la Constitución que se lleva a cabo en el art. 2 nos conduce a otro plano, que es el de **la legitimidad**. La correspondencia nacional de la Constitución refuerza la base espiritual de la norma constitucional, en cuanto configuración política querida por la Nación española. Ocurre, en efecto, que las Constituciones se caracterizan por incluir un contenido convencionalmente obligado, referente a determinada planta organizativa y a determinado repertorio de derechos, pero también por su adaptación a las

peculiaridades o modo de ser propio de la comunidad que se da su Constitución. De modo que podemos hablar de una legitimación nacionalista de la Constitución, pues la Constitución se justifica por su carácter nacional, en cuanto instrumento de autogobierno propio. Así, la Constitución se acepta no solo por su utilidad o necesidad, en cuanto soporte de una determinada idea —democrática, liberal— del orden político, asumida de acuerdo con patrones universales de racionalidad o eficiencia técnica, sino porque es *la nuestra*, la que nos hemos dado según nuestras necesidades, conforme a nuestra experiencia y cultura histórica. Naturalmente, como se ha puesto de manifiesto en alguna otra ocasión, el que no se renuncie a la legitimidad nacionalista, desechando la aglutinación política resultante de la congruencia nacional, no equivale a atribuir a la Nación el monopolio de la lealtad política ni la negación a compartir vínculos políticos de naturaleza territorial, ya estemos hablando de un espacio de integración superior a la Nación —Europa— o inferior a ella —la nacionalidad o Comunidad Autónoma—.

Como es lógico, nuestra Constitución no aporta una idea de España en cuanto sujeto político. Sí que lo hace, en cambio, como sujeto constituyente en los términos que hemos visto, y sí que se refiere a algunas de sus características, como son **la homogeneidad e indivisibilidad**, así como a su capacidad generadora del vínculo político por excelencia, esto es, la lealtad ciudadana o patriotismo. Si repasásemos los debates constituyentes, podríamos convenir en que nuestra Norma Fundamental asume una idea de España como estructura diferenciada de convivencia, resultado de una historia común, en cuya conformación ha sido decisivo el factor político, y cuyos miembros desean vivir juntos en el futuro (SOLOZÁBAL, 1998, 76 y 77). La homogeneidad debe presuponerse no tanto de los datos sociales atribuibles a un sujeto político de la importancia de la Nación, que sin unidad sería inoperante en el terreno jurídico y político, sino en virtud, antes de nada, de presu-

puestos lógicos. La unidad debe ser la primera condición de cualquier titular de la soberanía, que sustituye su absorción personal por el Monarca del antiguo régimen con la requerida del pueblo en cuanto portador del poder del Estado en el nuevo orden constitucional.

El relieve constitucional de España que hemos tratado de poner de manifiesto hasta este momento explica que se la califique de patria común e indivisible, destinataria, por tanto, de una vinculación política de especial intensidad por parte de los ciudadanos españoles. **El patriotismo** es, en efecto, un vínculo político, que reclama la lealtad, la dedicación y el cuidado de los ciudadanos de manera singularmente fuerte. En un orden liberal y democrático como es el nuestro, el deber del patriotismo, como predicado a la vinculación política de los ciudadanos con la Nación, ha de entenderse en términos más flexibles que los que exige la vinculación de los poderes públicos a la Constitución o la sujeción a la misma de los ciudadanos. Sabiendo que el deber de obediencia de los titulares de los poderes públicos significa acatamiento o respeto a la misma, no necesariamente «adhesión ideológica ni conformidad a su total contenido» (STC 10/1983, de 21 de febrero de 1983, reiterada en STC 55/1996, de 28 de marzo); y que la obediencia constitucional de los ciudadanos no les impide oponerse a su orden de valores o promover su reforma.

Pero el que el patriotismo no se imponga como actitud política, y en ese sentido no excede el ámbito propio de la llamada lealtad constitucional, que exigiría reconocimiento del orden constitucional mínimo, esto es, aceptación de la Constitución mínima positiva, al modo schmittiano, y compromiso de la utilización exclusiva de los mecanismos constitucionales para su reforma, cuya propuesta puede tener un alcance ilimitado, no priva de justificación la recepción constitucional del mismo, como expresión de la máxima lealtad política. En términos jurídicos es bien difícil rebasar la visión procesal de la Constitución,

ligada a la idea de límite. Sin embargo, desde un punto de vista político e institucional, **la Constitución es más que regla de procedimiento** para la comunidad, si bien en los supuestos concretos a una actuación pública le baste para salvar su licitud el no ser constitucionalmente incompatible, aunque pueda haber otras conductas más congruentes o conformes con la Constitución. Pero el orden constitucional efectivo perecerá si la actitud predominante en la sociedad es la de mero *acatamiento* y no verdadero *respeto* constitucional.

III. LA AUTONOMÍA DE NACIONALIDADES Y REGIONES

El segundo párrafo del art. 2 atribuye el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España. Hay, pues, en primer lugar una constatación evidente, la de la pluralidad constitutiva de España, que obviamente tiene determinadas consecuencias jurídicas. La homogeneidad de la Nación española, requerida desde un punto de vista jurídico, según veíamos, para asegurar la unidad y capacidad constituyente de aquella en cuanto titular de la soberanía, no está reñida con el reconocimiento en su seno de **determinados integrantes territoriales**, a los que la Constitución denomina nacionalidades y regiones. Nacionalidades y regiones son el sustrato político, quizá sería mejor hablar de la base sociológica y cultural, de las Comunidades Autónomas. Si el Estado como organización política general es la correspondencia jurídica política de la Nación española, las Comunidades Autónomas suponen la cobertura en tal plano de las nacionalidades y regiones.

No se dice en la Constitución nada sobre **el criterio de diferenciación** que puede haber entre nacionalidades y regiones. Deben suponer una muestra del reconocimiento en lo territorial del pluralismo, que constitutivamente, lo decíamos antes, caracterizaría a la Nación española. Estamos hablando, también es obvio, de sujetos territoriales políticos, do-

tados, dice este artículo, del derecho a la autonomía, no, entonces, de meras circunscripciones o divisiones administrativas sobre las que se ejerce el poder del Estado.

La Constitución no reconoce diferencia, más allá de la denominación, a las nacionalidades y regiones. **No utiliza este criterio**, según es bien sabido, ni para referir a diferentes sujetos el acceso a la autonomía, ni para justificar los diferentes acervos competenciales de las Comunidades Autónomas o dotar a estas de distinta configuración institucional. Hay que señalar, en efecto, que el término «nacionalidades» no vuelve a aparecer en la Constitución y, sobre todo, que la distinción que cabe hacer entre Comunidades Autónomas de régimen especial y Comunidades de régimen común no se corresponde formalmente con la de nacionalidades y regiones. El constituyente, quizá, tendía a considerar a la nacionalidad más que como sinónimo de nación como **región cualificada**. Si se define la región como una unidad territorial dotada de cohesión e identidad propias, como «un área homogénea con características físicas y culturales distintas de las áreas vecinas» (VAN-CE), podríamos pensar en la nacionalidad como aquella región con acusada conciencia de su especificidad. Hoy, como se ha demostrado en la discusión sobre la reforma estatutaria catalana, muchos se inclinan a considerar a la nacionalidad como una nación sin soberanía, pero ciertamente con trascendencia política.

Sin duda, la cualidad de Comunidad de régimen especial no es referible inmediatamente a la condición de nacionalidad. Así, una Comunidad puede definirse en su Estatuto (art. 147 CE) como nacionalidad; y gozar de régimen común por no quedar incluida dentro de los términos de la disposición transitoria 2.^a CE; o no haber conducido la iniciativa estatutaria a tenor del art. 151.1 CE. Por el contrario, una Comunidad autocalificada de región por su Estatuto, pero que haya utilizado los cauces de iniciativa del art. 151 CE, se equipara totalmente en *quantum* de competencias y

organización a las nacionalidades históricas, sin gozar ella misma de esta denominación.

En la Constitución, entonces, no nos encontramos con una definición de los términos «nacionalidad» y «región» ni con una **relación de las mismas**, como por lo demás no se detalla, frente a lo que ocurre en otras Constituciones europeas o lo que ha ocurrido en nuestra historia constitucional, un mapa territorial. Cuando con ocasión de la consideración de la reforma constitucional se pensaba en la inclusión en la Constitución de las Comunidades Autónomas, algunos se inclinaron por la constancia en el máximo nivel normativo de la condición de las mismas. Parece, en cambio, más oportuno, por lo demás de acuerdo con la previsión del art. 147 CE, que sea el propio Estatuto de Autonomía el que determine aquella condición.

Nos parece perfectamente lícito desde un punto de vista constitucional que el Estatuto de Autonomía acuerde, en una **cláusula identitaria**, frente a las organizativas y competenciales, la calificación que convenga a la Comunidad Autónoma, en cualquier caso teniendo en cuenta el tipo de consideraciones, según demanda el art. 147, que contempla la adecuación de la denominación estatutaria de la Comunidad Autónoma a su «identidad histórica». Las cláusulas identitarias presentarían a la Comunidad Autónoma en relación con **su sustrato político**, más precisamente como su correspondencia institucional, estableciendo sus símbolos y fijando los rasgos privativos de su personalidad. Estas cláusulas identitarias contribuyen a la legitimación de los Estatutos, que en absoluto son exclusivamente normas de organización, y dan expresión al pluralismo territorial que nuestro Estado autonómico hace posible.

La Constitución, decíamos, no define ni designa a las nacionalidades y regiones. Las considera sustrato de una organización institucional que son las Comunidades Autónomas, cuyas diferencias sin significado sustancial se establecen por otros criterios, como son la

experiencia de autogobierno o el procedimiento seguido para su constitución. La diferencia entre nacionalidades y regiones puede, también lo decíamos, reputarse expresión del pluralismo, en este caso territorial, que asume la Constitución (art. 1). En cualquier caso, lo que significa constitucionalmente a las nacionalidades y regiones es su disposición del derecho a la autonomía, que el art. 2.º de la Norma Fundamental que estamos comentando «reconoce y garantiza». Pero ¿qué es, en qué consiste este **derecho a la autonomía**?

Negativamente, la autonomía de las nacionalidades y regiones se contrapone a la soberanía de la Nación española, y aparece como **un poder limitado y derivado** o no originario. Pero a su vez la autonomía territorial es un poder diferente del que disponen quienes gozan de autonomía administrativa o el propio de los entes institucionales que llevan a cabo una cierta descentralización funcional, es el caso con diferente relieve y problemática constitucional de los Organismos Autónomos, Sociedades Públicas y Administraciones Independientes. La autonomía, ha dicho el Tribunal Constitucional, es un poder limitado, propio de las nacionalidades y regiones «para la gestión de sus propios intereses, diferente de la *soberanía*, que corresponde al Estado en cuanto organización política de toda la Nación española» (STC 4/1981, de 2 de febrero).

La manifestación más obvia de la soberanía es, como hemos visto, el poder constituyente, a través de cuyo ejercicio la Nación se configura políticamente. Jurídicamente se trata de una actuación ilimitada, en el sentido de no condicionada por ningún poder ajeno o interno a la propia Comunidad, y por ello, podríamos decir, independiente. Históricamente, la soberanía es un poder *superiorem non recognoscens*, que se afirma frente a pretensiones de (pre)dominio exteriores o a imposiciones en el seno de la propia Comunidad. Nadie puede imponer, por tanto, su Constitución a una Nación soberana; por ello, en este sentido la ilimitación equivale a «**originariedad**»,

ni nadie puede obstaculizar que, si así lo quiere, la Nación disponga de su Norma Fundamental, si decide reformarla. Materialmente, el poder constituyente tampoco tiene límites, de manera que la configuración política se lleva a cabo de manera completa, estableciendo la planta institucional propia de un verdadero Estado. En cambio, los Estatutos de Autonomía, «en cuanto manifestación obvia del derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a nacionalidades y regiones y paradigma de los instrumentos de autonomía» (STC 56/1990, de 29 de marzo), no remiten sino a un poder derivado y limitado. Obviamente, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia sobre la Declaración soberanista y el derecho a decidir del pueblo catalán (STC 42/2014), el principio de autonomía no permite a un poder constituido, como era en este caso el Parlamento de Cataluña, decidir sobre la residencia de la soberanía, «atribuyendo su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo». En efecto, tal atribución supone una actuación exorbitante y deprimente al mismo tiempo, y por ello incurre en radical inconstitucionalidad. «Un acto que afirme la condición de “sujeto jurídico” de soberanía como atributo del pueblo de una Comunidad Autónoma no puede dejar de suponer la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución, reside únicamente en el conjunto del pueblo español».

La referencia democrática del Estatuto, inevitable en toda norma de nuestro Estado constitucional, no conduce a un poder originario soberano constituyente, sino a una potestad derivada, limitada y estatuyente. El Estatuto de Autonomía presenta, entonces, de una parte, una clara **dependencia constitucional**, lo que significaría su condición derivada, aunque, por otro lado, su contenido, ciertamente limitado, le confiera una significación *ad intra* cuasi constitucional.

Pero la referencia constitucional es imprescindible para entender la base de los ordenamientos autonómicos, presididos, «encabezados», por su Estatuto respectivo, pero que no

remite, como sabemos, a ningún poder constituyente propio, sino a la Constitución, que los instituye y define como fuente, a los que impone contenidos, configurando una auténtica reserva (de Estatuto) a su favor, determina límites, asegurando garantías de congruencia, y prescribe el procedimiento para su elaboración. Por eso es razonable la afirmación del Tribunal Constitucional, que ya conocemos, según la cual, como es obvio, autonomía no es soberanía (STC 4/1981), y ello por tratarse de un poder jurídicamente limitado —el poder constituyente originario tiene límites fácticos, lógicos y procedimentales, pero no propiamente limitaciones jurídicas—, sino porque es un **poder derivado**, precisamente **constitucionalmente derivado**.

La conexión constitucional del Estatuto, manifiesta por lo demás en su heteronomía, pues el Estatuto —por voluntad constitucional— es aprobado mediante una ley estatal, y con independencia de la especificidad de su elaboración (en concreto, la intervención de la propia Comunidad, prescindiendo de la que además le corresponde en su reforma), reside también en el hecho de que los Estatutos, al igual que el resto del ordenamiento, son interpretados de acuerdo con la Norma Fundamental. Así, la Constitución no es para el Estatuto solo una norma de significado procedimental, esto es, determinadora de los órganos o el procedimiento para su producción, o definidora de su ámbito propio, sino crucial para la comprensión de su mismo contenido en cuanto canon insoslayable de interpretación. «La interpretación del Estatuto, ha dejado establecido nuestro Tribunal Constitucional, como del resto del ordenamiento jurídico, ha de realizarse de acuerdo con la Constitución, que de este modo no agota su virtualidad en el momento de aprobación del referido instrumento» (STC 18/1982, de 4 de mayo).

La dimensión constitucional del Estatuto resulta, finalmente, del hecho de que los mismos son normas disponibles para el constituyente, en la medida, primero, que la reforma

constitucional modificase la forma de Estado para recuperar la organización unitaria del mismo, si no se identificase totalmente autonomía y democracia, de modo que una rectificación de aquella alcanzase a esta, afectándola esencialmente, lo cual, desde nuestro punto de vista, es una actuación absolutamente vedada al poder constituyente; o en cuanto cupiese que los efectos derogatorios de una modificación constitucional alcanzasen a determinados elementos de los ordenamientos estatutarios, por ejemplo, a través de una ampliación de los títulos competenciales del Estado central o imponiendo concretos institutos de cooperación o control sobre el Estado y las Comunidades Autónomas que afectasen a la propia posición de los órganos de gobierno autonómicos.

Esta referencia constitucional del Estatuto no impide entender, como ya adelantábamos, por su parte, la significación constitucional del mismo, que acerca su condición normativa a **la Constitución del Estado miembro de una Federación**, a la vez que señala su diferencia de grado con la ley autonómica. Caigamos en la cuenta de que las Constituciones de los Estados miembros, además de establecer una organización política completa, proceden de un poder constituyente originario —y por ello se aprueban sin intervención de los órganos de la Federación—, aunque limitado, como lo muestra el que las decisiones fundamentales —sin ir más lejos las relativas a los derechos de este tipo— las adopta la Constitución de la Federación, que es también la Constitución primera de los Estados miembros, basada ella sola sí en un poder constituyente soberano e ilimitado.

Este rebajamiento de las Constituciones de los Estados miembros permite la aproximación a las mismas de los Estatutos de Autonomía, que ya denota su propia estructura, en la que cabe distinguir, como en las Constituciones, su parte orgánica y parte, aunque con limitaciones, dogmática, pues no hay derechos fundamentales estatutarios, según acaba de recordar la STC 247/2007, de 12 de diciembre,

pero sí hay determinaciones de este tipo que concretan o especifican ciertos derechos constitucionales, especialmente en el caso de los derechos políticos, u otros derechos de configuración legal, etc. No puede no ser así, pues el atribuir otra capacidad a las normas estatutarias pondría en peligro la igualdad jurídica en el Estado, que ha de exigir antes de nada la disposición, en esencia, de **los mismos derechos fundamentales para todos los ciudadanos**, con independencia del territorio en que vivan, excluyéndose la posibilidad de atribuir a las cláusulas estatutarias una función meramente reiterativa, por contraria a la buena técnica jurídica, al incurrir en redundancia o provocar la confusión del rango normativo de los derechos fundamentales.

Ciertamente, el Estatuto de Autonomía es una norma *cuasi constitucional* y ello ya se la considere desde el plano del ordenamiento autonómico, que encabeza (STC 247/2007, de 12 de diciembre) y preside, **constituyendo verdaderamente a la Comunidad Autónoma**, que solo existe como organización política tras su instauración en el Estatuto —contribución esta fundante de los Estatutos que desde luego no tienen las Constituciones que, de ordinario, presentan en relación con la planta política del Estado más un significado rectificador antes que fundador, pues los Estados preexisten a las Constituciones, aunque obviamente no son Estados constitucionales: están constituidos, pero no tienen una Constitución—. En esta idea insiste la Sentencia sobre el Estatuto catalán (STC 31/2010), según la cual sobre la significación de tal tipo de norma para la determinación institucional de la comunidad y su integración en el ordenamiento jurídico general le compete una función constitutiva fundacional, aunque «no es expresión de poder constituyente, que manifiesta soberanía, y que solo corresponde a la Nación española». En efecto, es el Estatuto el que constituye la nacionalidad o región en Comunidad Autónoma y transforma lo que es una realidad sociológica o administrativa en verdadero sujeto jurídico político. Antes de la constitución de la Comunidad Autónoma lo

que hay es un derecho en abstracto a la autonomía reconocida a nacionalidades o regiones, y lo que existe es la competencia de determinados órganos administrativos o políticos, a los que se les atribuye la iniciativa autonómica como capacidad de poner en marcha el proceso autonómico, pero solo después de la constitución de las Comunidades Autónomas a través de su Estatuto hay verdaderos sujetos u organizaciones autonómicas, titulares no ya de un abstracto derecho a acceder al autogobierno, sino de una verdadera organización política que permite el ejercicio de potestades legislativas y de gobierno.

De otra parte, el Estatuto es norma cuasi constitucional desde la perspectiva del propio ordenamiento general, pues en cuanto integrante del parámetro constitucional opera como **canon** de este orden para el propio Estado, cuyas competencias en la medida que el Derecho estatal es un derecho residual y supletorio del autonómico, depende de la atribución de las competencias que las Comunidades hacen para sí en sus propios Estatutos. Ciertamente, como ya hemos observado, que el poder estatuyente no es asimilable al poder constituyente, lo que se capta muy claramente reparando en la condición del Estatuto de Autonomía como ley orgánica; pero cierto también que, como sabemos asimismo, prescindiendo de la intervención de los representantes de la Comunidad *in fieri* en la elaboración estatutaria y la propia aprobación del proyecto por los cuerpos electorales respectivos en el caso de las Comunidades Autónomas de régimen especial, la modificación de los Estatutos de Autonomía no es posible sin el consentimiento de sus Comunidades, todo lo cual denota una cierta potestad constituyente.

Obviamente, la autonomía no es solo el derecho, en los términos que hemos visto, de acceso y configuración de un sistema de autogobierno, sino de ejercicio del mismo. «El ejercicio de su autonomía le permite a una Comunidad la orientación de su gobierno en

función de una política propia, o sea, asumir una dirección política específica» (STC 35/1982, de 14 de junio). La autonomía equivale, en primer lugar, a la **disposición de potestad legislativa**, de modo que, dentro del espacio competencial previsto en la Constitución, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas pueden aprobar leyes con el mismo rango y fuerza que las leyes estatales, de las que solo les separan dos pequeñas diferencias. Me refiero al hecho de que las Leyes de las Comunidades Autónomas, frente a las generales aprobadas por el Parlamento central, no son objeto de sanción por el Monarca; así son promulgadas, aunque en nombre del Rey, por el Presidente respectivo de la Comunidad Autónoma; además el Gobierno central, al impugnar las leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional, puede provocar la suspensión de la eficacia de las mismas. A la inversa, la impugnación por una Comunidad Autónoma de una Ley del Parlamento central en ningún caso lleva aparejada la suspensión de la misma.

Estas leyes son instrumento de la verificación de determinadas **políticas de gobierno** llevadas a cabo por los ejecutivos autonómicos, relacionadas con sus respectivas asambleas representativas en términos cada vez más parlamentarizados. Así, en su parte orgánica los nuevos Estatutos han aprovechado para establecer algunas precisiones de interés respecto de la regulación de los Gobiernos y Parlamentos y sus relaciones entre sí, en general reforzando la posición de liderazgo del Presidente, ampliando el período de sesiones e instrumentando el control político del Ejecutivo. Ello ocurre, por ejemplo, en el nuevo Estatuto de Castilla-La Mancha, en el que se sigue conservando una peculiaridad interesante en lo que se refiere a la cuestión de confianza, permitiendo su vinculación con un Proyecto de Ley. En tal Estatuto, sin excluir la responsabilidad individual de los Consejeros, se estipula la condición solidaria del Gobierno, se contempla la disolución anticipada de las Cortes autonómicas, alargando el período de sesiones, y se apunta el fin de los sistemas de

gobierno autonómicos diferenciados, de lo que es una buena prueba la posibilidad que se establece de una consulta electoral en relación con las reformas estatutarias del futuro (SOLOZÁBAL, 2008).

Lo que no comprende la autonomía es **poder judicial propio**. En efecto, el *Tribunal Superior de Justicia* no es un órgano autonómico, sino del Estado (STC 38/1982, de 22 de junio), y su existencia no impone el agotamiento de las instancias procesales en todo caso ante el mismo, ni determina la ilicitud de la existencia en determinados delitos —dado el ámbito territorial de su comisión o su trascendencia social— de un órgano judicial centralizado. Las *competencias participativas* en la organización de las demarcaciones judiciales, previstas en el art. 152 CE, párr. 2, han de verificarse siempre conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no pueden consistir en el establecimiento de la planta judicial, que es competencia exclusiva del Estado.

La autonomía territorial como poder político limitado es diferente de la soberanía, pero es **cualitativamente superior a la autonomía administrativa**, que corresponde a los entes locales (STC 25/1985). Precisamente, como ha visto el Tribunal Constitucional, la organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas y entes locales permite, en razón del grado superior de la autonomía de las Comunidades, el ejercicio de un poder político y administrativo de estas sobre los municipios y provincias que se incluyan en su territorio, aunque no posibilita ni la supresión de los mismos en cuanto tales ni su conversión en meras divisiones territoriales para el cumplimiento de los fines de las Comunidades Autónomas (STC 84/1982, de 23 de diciembre), actuaciones vedadas en virtud de la garantía institucional local. Justamente, según la jurisprudencia constitucional, la protección constitucional de los entes locales les asegura una configuración institucional y funcional general en todo el territorio nacional respetuosa con la personalidad propia de dichos entes y cuyos criterios básicos —tanto en materia de

organización como de competencia— corresponde establecer al Estado central (SSTC 84/1982 y 214/1989).

IV. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

El último inciso del art. 2 de la Constitución reconoce el principio de solidaridad, que es expresión de la especial relación que se establece en el seno de la Nación española de las nacionalidades y regiones entre sí y respecto del conjunto. En una primera aproximación, la solidaridad entre nacionalidades y regiones cabe ser deducida, como consecuencia necesaria, del hecho de que son integrantes de la comunidad superior de la Nación española. La solemnización constitucional de tal principio parecía exigida por la necesidad de evitar que la división entre nacionalidades y regiones pudiese ser utilizada para marcar aún más la diferencia entre áreas ricas o desarrolladas, que coincidirían básicamente con las nacionalidades, al menos con las más activas: Cataluña y País Vasco; y áreas pobres o atrasadas: las regiones; y por la conciencia de que dicha solidaridad era lo menos que las regiones ricas debían a las zonas deprimidas que, al menos desde la industrialización, han aportado la mano de obra, parte del mercado e incluso el capital de su ahorro sobre los que se ha construido el desarrollo de las zonas más prósperas del país. La solidaridad es, por último, expresión de la integración cultural de España: las culturas nacionales han de mostrarse en el ámbito superior de todo el Estado; y a través de su aportación específica enriquecerán el patrimonio cultural de todos.

El principio de solidaridad pertenece a lo que podríamos llamar la **Constitución de la integración**, que no deja de ser una manifestación del contenido material de nuestra Norma Fundamental, frente a la **Constitución de la articulación**, que se da más bien en el plano funcional. Podría así contraponerse la articulación como unidad institucional u orden estructural del Estado autonómico, esto es, como principio, por ello, más bien técnico, y la integración como unidad espiritual, políti-

ca y simbólica, como un grado de juntura superior de una verdadera Comunidad.

Si la solidaridad juega en este terreno de la integración, habría de ser evaluable por su capacidad de legitimación del sistema al pretender la satisfacción de demandas de los ciudadanos, no tanto en el terreno de la eficacia institucional como de gratificación simbólica. Desde este punto de vista, el principio, más que desde el punto de vista de su virtualidad para asegurar la homogeneidad, habría de ser relacionado con valores como **la fraternidad o el patriotismo**.

La interpretación del significado de la solidaridad en el art. 2 de la Constitución tratará de reducir la indeterminación del concepto, reparando necesariamente en su desarrollo en el plano normativo, su relación con otros principios, y, en este caso concreto, su utilización en el plano institucional y en el de la integración. La indeterminación de los principios, como es sabido, no juega a costa de su normatividad, de modo que se pudiese ignorar que estamos ante preceptos jurídicos, sino de **su incompletud**, colmada con un acabamiento en el plano constitucional, una regulación infraconstitucional o la configuración jurisprudencial.

La solidaridad es **un principio jurídico** en razón de la indeterminación de su formulación, todavía más evidente en la **enunciación general** del mismo que se hace en el art. 2.º de la Constitución, de manera que no es, de partida, claro, ni los deberes que impone, ni el destinatario de los mismos ni las sanciones que su incumplimiento supone (Informe Consejo de Estado, 2006, 158). El Tribunal Constitucional, con todo, hace garante de su observancia al Estado central y señala que dicho principio vincula a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. En cualquier caso, trasciende la perspectiva económica y financiera y **se proyecta** en las diferentes áreas de la actuación pública. «La virtualidad propia del principio constitucional de solidaridad, que aspira a unos resultados

globales para todo el territorio español, recuerda la técnica de los vasos comunicantes» (SSTC 109/2004, de 30 de junio, y 247/2007). Tampoco es claro si estamos hablando de un **principio institucional o axiológico**. Podríamos decir, a estas alturas del comentario, que el principio tiene efectos institucionales, en cuanto puede alcanzar al comportamiento de las instituciones, por ejemplo orientando o modulando sus competencias, pero su base es axiológica en cuanto la solidaridad se vincula a exigencias provenientes de un plano ideológico, patriotismo, o moral, fraternidad.

La indeterminación, en el orden normativo, se remedia, según apuntábamos, mediante **concreciones** de la misma, comenzando por el nivel constitucional, de manera que en el art. 2.º se acogería la formulación general del principio que se repetiría en términos más concretos que subrayan la responsabilidad del Estado central y que singularizan algún grado de su consecución o identifican algún instrumento a través del que operan; así, el art. 138 CE encomienda al Estado central el «establecimiento de un equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español» y el art. 158.2 CE prevé la constitución del Fondo de Compensación Interterritorial, que es el instrumento a través del cual se trata de garantizar el nivel presupuestario de las Comunidades Autónomas para desempeñar en condiciones de igualdad sustancial las actividades prestacionales de las Comunidades Autónomas. Estos preceptos habrían de ponerse en conexión con el principio de igualdad jurídica de los españoles establecido en el art. 14 CE con carácter general y cuya absoluta vigencia territorial queda subrayada en el art. 139 CE.

Pero la configuración normativa de la solidaridad se lleva a cabo también en el **plano infraconstitucional**; así, cuando el art. 4 de la LRJAPyPAC se refiere a la lealtad institucional como principio que ha de informar la colaboración administrativa. En la línea de completar la configuración normativa de la solidaridad se ha de atender a **su proximi-**

dad a la igualdad, cooperación y colaboración como principios de relación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado. Desde luego, la formulación de estos principios no deja de ser un tanto asistemática y fragmentaria. En este sentido, nos encontramos con principios relacionados con la homogeneidad del Estado o su unidad, también en conexión con la eficacia o determinados criterios de organización.

A pesar de cuanto decimos, no deja de plantear dificultades el intento de fijar un alcance mínimo de este principio jurídico. Por ello puede ser de utilidad el relacionarlo con categorías semejantes o próximas propias del Derecho público y aun del Derecho privado. El concepto más próximo, en aquel ámbito, es seguramente el de *la lealtad federal*, concepto útil para reducir la conflictividad competencial, pero sin duda excesivamente abierto para su utilización inmediata como parámetro de control de la constitucionalidad. Este principio exige que tanto la Federación como los Estados miembros ejerzan sus competencias adoptando un comportamiento mutuamente leal, esto es, respetando la posición e intereses respectivos, como corresponde a integrantes del mismo todo. Por su parte, en el Derecho civil, *la prohibición del abuso del derecho* o mandato de ejercicio de los derechos según el principio de buena fe, que ayudaría a encontrar la dimensión negativa de la solidaridad, trata de impedir el ejercicio

del derecho propio exclusivamente para hacer daño de modo irresponsable, respetando los derechos de los demás y el orden constitucional.

Con tal ayuda, quizá podríamos aventurar un significado mínimo de la solidaridad y deducir las dimensiones positiva y negativa de este principio (E. ALBERTI, 2007). El contenido mínimo haría exigible un auxilio recíproco de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, que llevaría a poner a disposición de los demás la información de la actuación propia que las demás Comunidades Autónomas y el Estado requieren asimismo para el ejercicio de sus respectivas competencias. **Negativamente** se trataría de impedir un ejercicio competencial llevado a cabo sin tener en cuenta los intereses de las demás Comunidades Autónomas y del Estado, maximizando exclusivamente su propia posición, olvidando su inclusión en el todo del que son parte. **Positivamente**, la solidaridad debe llevar a un comportamiento que contribuya a la consecución de los intereses generales del Estado y el desarrollo autonómico. Sintéticamente, ha señalado el Tribunal Constitucional: «El principio de solidaridad prohíbe a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias perjudicar o perturbar la utilidad general, obligándoles antes bien a tener en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí» (STC 64/1990, de 5 de abril).

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTI, E., «Consideraciones del informe sobre otras posibles reformas del modelo autonómico», en *La Reforma del Estado Autonómico, Jornadas de estudio sobre el Informe del Consejo de Estado*, GÓMEZ MONTORO, A. J. (Ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

— Voz «Solidaridad Territorial», *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo II, ARAGÓN, M. (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.

ARAGÓN, M., *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

CONSEJO DE ESTADO, «Informe sobre modificaciones de la Constitución española», en *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, RUBIO LORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. (Eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

RUBIO LORENTE, F., «Minorías y mayorías en el poder constituyente», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1991. En *La forma del poder; Estudios sobre la Constitución*, 1.^a ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

SOLOZÁBAL, J. J., *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, MacGraw-Hill, Madrid, 1998.

- *Nación y Constitución*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- *Tiempo de reformas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.
- «Consideraciones del informe sobre otras posibles reformas del modelo autonómico», en *La Reforma del Estado Autonómico, Jornadas de estudio sobre el Informe del Consejo de Estado*, GÓMEZ MONTORO, A. J. (Ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- «Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias», en *XXV Aniversario de la Ley Orgánica de reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral Navarro*, Parlamento de Navarra, Pamplona, 2008; también en AA. VV., *Revista Fundamentos*, núm. 1 (número especial), PUNSET, R. (Ed.), Oviedo, 1998.

Artículo 3

- 1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.*
- 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*
- 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.*

Sumario: I. Introducción. II. El reconocimiento constitucional de la realidad plurilingüe de España y sus consecuencias jurídicas. III. El «modelo lingüístico» de la Constitución. IV. El concepto de lengua oficial. V. El territorio como criterio delimitador de la oficialidad. VI. El deber de conocimiento del castellano y el de las demás lenguas. VII. La distribución de competencias en materia lingüística.

ENRIC FOSSAS ESPADALER

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El art. 3 CE es el precepto constitucional básico sobre la ordenación del plurilingüismo en España, que la Constitución de 1978 reconoce y trata extensamente a lo largo de su texto. Sin embargo, nuestra Constitución lleva a cabo dicha ordenación de forma parcial, al menos en lo que se refiere a la atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, ya que junto a la declaración del castellano como «lengua oficial del Estado» contenida en el primer apartado del art. 3 CE, el segundo apartado del mismo artículo declara también oficiales las demás lenguas españolas «en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». De ahí que este precepto contenga solamente el «marco de la

regulación del uso de las lenguas», o «las líneas maestras del modelo lingüístico de la Constitución española», puesto que en virtud de la remisión contenida en el apartado segundo, la regulación de la oficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano se completa con las respectivas normas estatutarias y legales de cada Comunidad Autónoma, conjunto normativo que constituiría una suerte de «bloque de la constitucionalidad» en materia lingüística. El art. 3 CE, en su tercer apartado, incorpora otra línea maestra del modelo constitucional de plurilingüismo, consecuencia de su reconocimiento, en forma de mandato a todos los poderes públicos, a los que exige «respeto y protección» de «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España», considerada «un patrimonio cultural».

Esta ordenación constitucional del pluralismo lingüístico, a pesar de su complejidad, y de su importancia simbólica y afectiva, amén de su innegable relevancia política, ha sido objeto de algo más de setenta pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional desde 1981, dato que podría ser interpretado como expresivo de una moderada litigiosidad constitucional en la materia. Debe también señalarse el hecho, posiblemente relacionado con el anterior, de que una parte importante de las sentencias dictadas por el Alto Tribunal sobre la regulación del plurilingüismo han recaído en procesos constitucionales de control de constitucionalidad de las leyes (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad), o en conflictos positivos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, siendo menor el número de resoluciones que han resuelto recursos de amparo basados en el uso de las lenguas. Lo anterior, a su vez, encuentra una posible explicación en la ausencia de derechos *fundamentales* lingüísticos, que sí se contienen en muchos textos constitucionales de Estados plurilingües. Ello no ha impedido al Tribunal señalar que la garantía de derechos y deberes individuales es una de las consecuencias del reconocimiento constitucional de la realidad plurilingüe de España, y de la oficialidad de las lenguas, acudiendo en ocasiones al contenido lingüístico inherente a algunos derechos constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la libertad de expresión (art. 20) o el derecho a la educación (art. 27 CE). Asimismo, se ha pronunciado sobre algunos derechos lingüísticos proclamados en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

Los anteriores datos cuantitativos y cualitativos, relativos a las resoluciones del Tribunal sobre el art. 3 CE, permiten también comprobar que la jurisprudencia constitucional recaída sobre este precepto se ha centrado más en resolver conflictos entre poderes que en solventar litigios lingüísticos entre aquellos y los ciudadanos. De ahí que una de las cuestiones abordadas más frecuentemente por la jurisprudencia constitu-

cional haya sido la delimitación del ámbito de actuación de las instancias políticas, estatal y autonómica, en relación con la regulación del uso de las lenguas en el espacio público, ya sea en las distintas Administraciones Públicas (SSTC 103/1999, de 3 de junio; 87/1997, de 24 de abril), en la Administración de Justicia (SSTC 56/1990, de 29 de marzo; 105/2000, de 13 de abril; 253/2005, de 11 de octubre; 270/2006, de 13 de septiembre), en la enseñanza (SSTC 137/1986, de 6 de noviembre; 195/1989, de 27 de noviembre; 337/1994, de 23 de diciembre; 14/2018, de 20 de febrero), en la función pública (SSTC 76/1983, de 5 de agosto; 82/1986, de 26 de junio; 46/1991, de 28 de febrero; 165/2013, de 26 de septiembre), o en los medios de comunicación (STC 86/2017, de 4 de julio; 89/2017, de 4 de julio). Por otra parte, la ausencia de definición constitucional de «lengua oficial», y la remisión del art. 3.2 CE a los Estatutos de Autonomía para determinar el alcance de la oficialidad de las demás leguas españolas, ha obligado al Tribunal a interpretar el significado de la oficialidad de una lengua, mayormente en las sentencias que enjuiciaron la constitucionalidad de las Leyes de Normalización Lingüística del País Vasco, Cataluña, Galicia y Baleares (SSTC 82/1986, de 26 de junio; 83/1986, de 26 de junio; 84/1986, de 26 de junio; 123/1988, de 23 de junio) y en la relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (STC 31/2010, de 28 de junio), trazando una diferenciación entre la «oficialidad» del castellano y la «cooficialidad» de las demás lenguas. Asimismo, la jurisprudencia ha abordado el significado de la obligatoriedad de conocimiento de la lengua castellana establecida en el art. 3.1 CE, un precepto insólito en el Derecho comparado. Finalmente, el Tribunal ha tratado de dar contenido al mandato del art. 3.3 CE advirtiendo que el respeto y protección de las distintas modalidades lingüísticas corresponde por igual al Estado y a las Comunidades Autónomas, que no deben ver, respectivamente, el castellano y la correspondiente lengua cooficial como asuntos privativos de cada instancia.

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA REALIDAD PLURILINGÜE DE ESPAÑA Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En contraste con los textos que se han sucedido en nuestra historia constitucional, a excepción del de 1931, la Constitución de 1978 contiene numerosas referencias a la realidad plurilingüe de España, constituida como Nación integrada por nacionalidades y regiones (art. 2 CE). El Tribunal Constitucional señaló tempranamente que «la Constitución de 1978 reconoce la realidad plurilingüe de la Nación española y, viendo en ella un valor cultural no solo asumible, sino también digno de ser promovido, obtiene de dicha realidad una serie de consecuencias jurídicas en orden a la posible atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, a la protección efectiva de todas ellas y a la configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística» (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 1). Por otra parte, **el tratamiento que nuestro texto constitucional realiza de la cuestión lingüística denota la importancia que los constituyentes quisieron atribuirle**. Prueba de ello es la proclamación, contenida en el mismo Preámbulo, de la voluntad de la Nación española de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Y lo es asimismo que la regulación del plurilingüismo se ubique en el Título Preliminar de la Constitución, donde figuran los principios generales o estructurales de nuestro ordenamiento constitucional. Así lo ha hecho notar el Tribunal al afirmar que «es el art. 3 (*que figura significativamente en el título preliminar*) el que contiene sustancialmente la regulación constitucional en materia lingüística» (STC 82/1986, FJ 1).

El reconocimiento de la pluralidad lingüística se realiza, pues, de forma explícita en nuestra Constitución, y se encuentra vinculado al carácter plural de la Nación española, así como a la organi-

zación territorial del Estado compuesto que la norma fundamental prefigura. En este sentido, la STC 337/1994, de 23 de diciembre, vincula el art. 3 CE con el art. 2 CE en los siguientes términos: «ha de tenerse presente que la Constitución de 1978 proclama la unidad de la Nación española a la vez que reconoce las nacionalidades y regiones que la integran, a las que garantiza su derecho a la autonomía y la solidaridad entre todas ellas art. 2 CE». *Y en correspondencia con este presupuesto*, al ordenar constitucionalmente la «realidad plurilingüe de la Nación española» (STC 82/1986), que es asumida como un patrimonio cultural digno de especial respeto y protección (art. 3.3 CE), establece un régimen de cooficialidad lingüística del castellano, «lengua española oficial del Estado» (art. 3.1 CE), y de las «demás lenguas españolas», las cuales «serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3.2 CE). De suerte que en la organización territorial del Estado complejo que han configurado la Constitución y los Estatutos de Autonomía existen unos «territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística» (FJ 6). Con anterioridad a este pronunciamiento, el Tribunal había ya admitido que «la ordenación del pluralismo lingüístico presenta una notable complejidad, no solo por las dificultades para precisar el alcance de los mandatos constitucionales y legales que versan sobre esta cuestión (y que han dado lugar a diversas resoluciones de este Tribunal) sino también por incidir sobre materias de considerable importancia, simbólica y afectiva, en la estructuración autonómica del Estado» (STC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 7).

III. EL «MODELO LINGÜÍSTICO» DE LA CONSTITUCIÓN

El art. 3 CE es el precepto constitucional básico sobre la ordenación del plurilingüismo, ya que contiene lo que el Tribunal ha denominado «las líneas maestras del modelo lingüis-

tico de Constitución española» (STC 82/1986, FJ 1). Con esta declaración, se precisa que dicho precepto fija solo las «líneas maestras», y no un modelo acabado, probablemente en consonancia con el tratamiento que nuestra Constitución realiza del modelo de organización territorial. En efecto, al igual que este, **el modelo lingüístico no se diseña completamente en la Constitución porque aspectos importantes del mismo son regulados por los Estatutos de Autonomía** de las respectivas Comunidades Autónomas, como ocurre con la atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas.

El primer apartado del art. 3 CE declara el castellano «lengua oficial del Estado», a lo que añade «el deber de conocerlo y el derecho de usarlo»; mientras su segundo apartado establece que «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». De esta forma, por disposición de la misma Constitución, los Estatutos están llamados a completar el modelo lingüístico «constitucional», como ha reconocido el Tribunal: «En virtud de la remisión que hace el núm. 2 de este artículo a lo dispuesto en las normas estatutarias de las respectivas Comunidades Autónomas, tal regulación esencial se completa con lo que dichas normas establecen sobre la cooficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano. [...] Despréndese, pues, de ello que el art. 3.1 y 2 de la Constitución y los artículos correspondientes de los respectivos Estatutos de Autonomía son la base de la regulación del pluralismo lingüístico en cuanto a su incidencia en el plano de la oficialidad en el ordenamiento constitucional español, dentro de lo que el Abogado del Estado denomina “las líneas maestras del modelo lingüístico” de la Constitución Española» (STC 82/1986, FJ 1; en el mismo sentido, STC 31/2010, FJ 40).

Junto a la atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, en los términos expuestos, el tercer apartado del art. 3 CE

incluye otra consecuencia jurídica del reconocimiento constitucional del plurilingüismo: la declaración de «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España», considerada «patrimonio cultural que será objeto de respeto y protección». El precepto debe interpretarse como una cláusula de **garantía constitucional de la realidad plurilingüe de España**, referida a todas las lenguas y variedades lingüísticas, incluidas las lenguas oficiales; y al mismo tiempo **un mandato dirigido al conjunto de los poderes públicos, a los que impondría límites y obligaciones en relación con todas ellas**. Así parece haberlo entendido el Tribunal, al manifestar que «no ha de perderse de vista, por otra parte, que no cabe contraponer el castellano en cuanto lengua española oficial del Estado, y las «demás lenguas españolas» en cuanto cooficiales en las distintas Comunidades, como asuntos privativos respectivamente del Estado en sentido estricto y de las Comunidades Autónomas individualmente consideradas. Como añade el art. 3.3 de la Constitución, «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección»; respeto y protección que por definición incumben al Estado en sentido estricto y también a las Comunidades Autónomas, algunos de cuyos Estatutos de Autonomía les encomiendan, por lo demás, expresamente, garantizar el uso de ambas lenguas oficiales y adoptar los medios necesarios para asegurar su conocimiento (art. 6.2 del País Vasco antes citado; art. 3.3 del de Cataluña; art. 7.2 del de la Comunidad Valenciana); todo ello sin olvidar las referencias a la protección de otras lenguas o modalidades lingüísticas no oficiales contenidas en varios Estatutos» (STC 82/1986, FJ 4). Por otra parte, el Tribunal ha considerado que el bilingüismo existente en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con una lengua propia «constituye, por sí mismo, una parte del patrimonio cultural al que se refiere el art. 3.3 CE. Situación que necesariamente conlleva, de un lado, el mandato para todos los poderes públicos, estatal y

autonómico, de fomentar el conocimiento y asegurar la protección de ambas lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad. De otro, que los poderes públicos deben garantizar, en sus respectivos ámbitos de competencia, el derecho de todos a no ser discriminado por el uso de una de las lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma» (STC 337/1994, FJ 6).

IV. EL CONCEPTO DE LENGUA OFICIAL

El art. 3 CE declara la oficialidad del castellano y la de las demás lenguas españolas, pero no define la noción de oficialidad de una lengua, ni las consecuencias que se derivan de esa condición, como tampoco lo hacen normalmente las Constituciones que realizan este tipo de declaraciones. Una de las aportaciones destacables de la jurisprudencia constitucional en materia lingüística ha sido la definición de lo que es una lengua oficial y las consecuencias jurídicas que se siguen de la declaración de oficialidad de una lengua en las normas constitucionales y estatutarias. El Tribunal **desvincula la oficialidad de una lengua de su uso social para centrar tal condición en su reconocimiento como lengua de, entre y con los poderes públicos, y en la plena validez jurídica de su uso**: «Aunque la Constitución no define, sino que da por supuesto lo que sea una lengua oficial, la regulación que hace de la materia permite afirmar que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos sin perjuicio de que en ámbitos específicos, como el procesal, y a efectos concretos, como evitar la indefensión, las Leyes y los tratados internacionales permitan también la utilización de lenguas no oficiales por los que desconozcan las oficiales» (SSTC 82/1986, FJ 2; 46/1991, de 28 de febrero, FJ 2).

Una segunda **consecuencia de la oficialidad de una lengua consiste en el deber de los poderes públicos de asegurar su conocimiento a los ciudadanos**, tal como declaró la STC 88/1983, de 27 de octubre: «el Estado en su conjunto (incluidas las Comunidades Autónomas) tiene el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de la lengua propia de la Comunidad que tiene carácter de lengua oficial [...] ello supone, naturalmente, que ambas lenguas han de ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad que permita alcanzar este objetivo, y es de observar en este mismo sentido que tal deber no deriva sólo del Estatuto, sino de la misma Constitución (art. 3)» (FJ 3).

Una tercera consecuencia de la oficialidad atañe a los derechos y obligaciones que de ella se derivan para los ciudadanos. Basándose en la redacción del art. 3.1 CE, donde primero se declara la oficialidad del castellano, y a continuación se establece del deber conocerla y el derecho de usarla, el Tribunal entiende que **el derecho a usar la lengua es una consecuencia de la oficialidad, pero no el deber de conocimiento**. Como se verá más adelante, el Tribunal sostiene que dicha obligación de conocimiento respecto del castellano «lo distingue de las otras lenguas españolas que con él son cooficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, pero respecto a las cuales no se prescribe constitucionalmente tal obligación [...]»; en cambio, «sí es inherente a la cooficialidad el que, en los territorios donde exista, la utilización de una u otra lengua por cualquiera de los poderes públicos en ellos radicados tenga en principio la misma validez jurídica, la posibilidad de usar solo una de ellas en vez de ambas a la vez, y de usarlas indistintamente [...]. En los territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística, el uso por los particulares de cualquier lengua oficial tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio, siendo el derecho de las personas al uso de una lengua

oficial un derecho fundado en la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía» (STC 82/1986, FJ 3).

Debe señalarse que la cuestión de la oficialidad de las lenguas y sus consecuencias en nuestro ordenamiento no ha sido pacífica en la doctrina. La singular ordenación del plurilingüismo que realiza el art. 3 CE, en los términos expuestos, ha suscitado un interesante debate sobre la relación entre plurilingüismo y cooficialidad. Lo que se discute en esencia es si los efectos de la declaración de oficialidad contenida en el precepto constitucional que comentamos son los mismos para el castellano que para las demás lenguas españolas diferentes de aquel. Partiendo de que la oficialidad de esas otras lenguas, que no se identifican expresamente en el art. 3.2 CE, viene declarada en el mismo texto constitucional, correspondiendo a los Estatutos de Autonomías determinar el alcance de dicha oficialidad, se sostiene que la Constitución no caracteriza de forma distinta la oficialidad del castellano y la de las demás lenguas españolas, no pudiendo derivarse de ello consecuencias distintas, y por lo tanto tampoco podría afirmarse un diverso estatus constitucional entre una y otras. Ahora bien, a pesar de que la Constitución no determina las consecuencias de la declaración de oficialidad, ni define lo que sea una lengua oficial, aquella no trata igual la oficialidad de castellano y la de las demás lenguas españolas. Y ello porque respecto de estas su oficialidad lo es «de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3.2 CE), de tal forma que «la Comunidad Autónoma [puede] determinar el alcance de la cooficialidad, que se deriva inmediatamente de la Constitución y de su Estatuto de Autonomía y es inherente al concepto de aquella» (STC 82/1986, FJ 5). En base a la habilitación o competencia (ver *infra*) contenida en sus Estatutos, las Comunidades Autónomas están capacitadas «para determinar el alcance de la cooficialidad» (STC 74/1989, de 21 de abril, FJ 3), lo que normalmente han realizado cada una de ellas en las respectivas normas estatutarias y leyes autonómicas, lo que ha conducido a una di-

versidad de tratamiento jurídico, de tal forma que **la declaración de oficialidad de las lenguas distintas al castellano no comporta siempre los mismos efectos jurídicos**, algo que no puede decirse de la oficialidad del castellano declarada en la Constitución.

A la diferenciación entre la oficialidad del castellano y la de las demás lenguas cooficiales, basada en las razones apuntadas, se añadiría la diferencia de estatus derivada del deber de conocimiento (el cual ya se ha dicho que no es consecuencia de la oficialidad), que la Constitución solo establece respecto del castellano, pero no de las demás lenguas españolas, en los términos que se expondrán más adelante. Finalmente, se daría una diferenciación entre el tratamiento constitucional del castellano y el de las demás lenguas españolas como consecuencia de ser el territorio un criterio delimitador de la oficialidad.

V. EL TERRITORIO COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA OFICIALIDAD

El Tribunal ha señalado que el criterio delimitador de la oficialidad de una lengua es el territorio, y no el carácter estatal o autonómico de los poderes públicos que la usan, ni la condición civil o política de los ciudadanos que se relacionan con aquellos. Siendo ello así, las lenguas autonómicas declaradas cooficiales lo son exclusivamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de acuerdo con su Estatuto, pero respecto de todos los poderes ubicados en aquel; mientras el castellano es lengua oficial en todo el territorio del Estado español y para todos los poderes públicos.

El apartado primero del art. 3 CE declara el castellano lengua oficial «del Estado». El Tribunal afirmó tempranamente que el término «Estado» utilizado en este precepto se refería solo al conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de

las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5). Sin embargo, en la STC 82/1986 declaró que, «según el núm. 1 del art. 3 de la Constitución, el castellano es la lengua española oficial del Estado, y entendiéndose obviamente aquí por «Estado» el conjunto de los poderes públicos españoles, con inclusión de los autónomos y locales, resulta que el castellano es lengua oficial de todos los poderes públicos y en todo el territorio español [...]. Ello implica que el castellano es medio de comunicación normal de los poderes públicos y ante ellos en el conjunto del Estado español. En virtud de lo dicho, al añadir el núm. 2 del mismo art. 3 que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, se sigue asimismo, que la consecuente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, **siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio**, independientemente del carácter estatal en sentido estricto, autonómico o local de los distintos poderes públicos» (FJ 2).

A pesar de la clara afirmación del alcance territorial de la oficialidad de la lengua, el Tribunal ha admitido posteriormente una excepción, ciertamente menor, a dicho principio en la STC 50/1999, de 6 de abril, en la que se enjuició la constitucionalidad del art. 36 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en sus apartados 2 y 3 obligaban a traducir al castellano los documentos y expedientes de una Administración autonómica que debieran surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, sin excepcionar de tal deber a aquellos documentos que debían surtir efecto en un territorio en el que también es oficial la lengua en la que estaban redactados originariamente. El Tribunal declaró que «no cabe, en

efecto, desconocer que **en algunos supuestos singulares la oficialidad de la lengua propia de una Comunidad Autónoma no se detiene en los límites de su territorio** [...]. Obligar a traducir al castellano todos los documentos, expedientes o parte de los mismos que vayan a producir efectos fuera de la Comunidad Autónoma, incluso en el caso de que en el territorio donde vayan a desplegar sus efectos tenga también carácter oficial la lengua en que dichos documentos hayan sido redactados, supone desconocer el carácter oficial de dicha lengua, ya que, como ha señalado la STC 32/1986, el carácter oficial de una lengua conlleva que los poderes públicos la reconozcan como medio normal de comunicación en y entre ellos, y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos» (FJ 9).

La anterior es la única excepción al alcance territorial de la oficialidad de las lenguas, que si bien entraña que aquellas distintas del castellano son cooficiales en todas las Administraciones radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma, implica la negación de cualquier consecuencia de la cooficialidad fuera de dicho territorio, y la consiguiente impermeabilidad de las instituciones y Administraciones centrales respecto de las lenguas cooficiales, consagrada por la jurisprudencia: Administración central (STC 103/1999, de 3 de junio), Tribunal Constitucional (STC 935/1987, de 21 de julio), Fuerzas Armadas (STC 123/1988, de 23 de junio, FJ 5), Poder Judicial (STC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 4). El Tribunal ha declarado que «para los órganos constitucionales o jurisdiccionales de naturaleza y significación exclusivamente estatales (..) su actividad se ejerce con referencia (..) a todo el territorio nacional, por lo que no puede tener cabida en ellos la cooficialidad idiomática» (STC 31/2010, FJ 21).

Esta jurisprudencia realiza una interpretación de las consecuencias que comporta el plurilingüismo para la oficialidad de las distintas lenguas españolas que se concreta en la idea de «oficialidad estatal y cooficialidad te-

rritorial», es decir, el castellano como única lengua oficial del Estado, entendido como conjunto de poderes, y las demás lenguas como cooficiales exclusivamente en su territorio, sin extraer consecuencia alguna del tercer apartado del art. 3 CE. En realidad, el territorio se convierte en criterio delimitador de la oficialidad de las lenguas cooficiales distintas del castellano, pero no de este, pues es la única lengua oficial en todo el territorio del Estado, lo que supone innegables limitaciones para el plurilingüismo del Estado en su conjunto.

VI. EL DEBER DE CONOCIMIENTO DEL CASTELLANO Y EL DE LAS DEMÁS LENGUAS ESPAÑOLAS

El Tribunal entiende que de la oficialidad de una lengua no se deriva la obligación de su conocimiento por parte de los ciudadanos, pero la prescripción del art. 3.1 CE sí establece tal deber respecto del castellano dada su condición de «idioma común a todos los españoles» (STC 84/1986), «lengua oficial común del Estado español en su conjunto» (STC 82/1986), o «lengua oficial de ámbito general» (STC 56/1990).

La STC 82/1986, FJ 3, declara que «En directa conexión con el carácter del castellano como lengua oficial común del Estado español en su conjunto, está la obligación que tienen todos los españoles de conocerlo, que lo distingue de las otras lenguas españolas que con él son cooficiales en las respectivas Comunidades Autónomas, pero respecto a las cuales no se prescribe constitucionalmente tal obligación. Ello quiere decir que **solo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento**, y con él, la presunción de que todos los españoles lo conocen» (FJ 3). Y la STC 84/1986 reitera el «deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los espa-

ñoles, y cuyo conocimiento puede presumirse en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad» (FJ 2). **El deber constitucional se entiende pues como una presunción de conocimiento:** «solo del castellano se establece constitucionalmente un deber individualizado de conocimiento, y con él la presunción de que todos los españoles lo conocen» (STC 82/1986, FJ 3). El deber de conocimiento, así entendido, no podría ser impuesto para una lengua cooficial por un Estatuto de Autonomía. Y si se hiciera, como en el art. 6.2 del Estatuto catalán de 2006, el Tribunal afirma que debe interpretarse en el sentido de un deber de conocimiento «individualizado y exigible», de «naturaleza distinta del que tiene por objeto al castellano (...) pues no es un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña» (STC 31/2010, FJ 14).

El Tribunal ha admitido que aquella presunción de conocimiento del castellano puede ser destruida cuando afecta al ejercicio de un derecho fundamental como el de defensa (art. 24.1 CE), tal como se señaló en la STC 74/1987, de 25 de mayo: «Ciertamente, el deber de los españoles de conocer el castellano, antes aludido, hace suponer que ese conocimiento existe en la realidad, pero tal presunción puede quedar desvirtuada cuando el detenido o preso alega verosímilmente su ignorancia o conocimiento insuficiente o esta circunstancia se pone de manifiesto en el transcurso de las actuaciones policiales» (FJ 3).

El deber de conocimiento del castellano, en los términos señalados, y la inexistencia de un correlativo deber de conocimiento de las otras lenguas españolas cooficiales ha llevado a poner en duda la igualdad entre lenguas, alegación a la que el Tribunal ha salido al paso, rechazando que «ello pueda considerarse discriminatorio, al no darse respecto de las lenguas cooficiales los supuestos antes señalados que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano» (STC 84/1986, FJ 2). El Tribunal también

ha negado el pretendido carácter de lengua «oficial residual» o «de segundo grado» denunciado por los recurrentes en la STC 56/1990, de 29 de marzo, en la que alegaron la inconstitucionalidad del art. 231.1 LOPJ, regulador del uso de las lenguas en la Administración de Justicia. En el FJ 41 de aquella Sentencia se rechaza tal afirmación, declarando que: «El carácter de lengua oficial de ámbito general del castellano y la obligación que todos los españoles tienen de conocerlo y el derecho de usarlo (art. 3.1 de la Constitución) hace que esta sea la lengua generalmente usada en el ámbito de la Administración de Justicia, lo que viene a ser reconocido por el art. 231.1 de la LOPJ. Ahora bien, frente a esa generalidad existen Comunidades Autónomas con estatuto de cooficialidad lingüística, estatuto que se traduce, entre otras cosas, en el derecho a usar la lengua propia de la Comunidad en el seno y ante las Administraciones Públicas, lo que para la Administración de Justicia se reconoce en los apartados 2 y 3 de la LOPJ. Ello supone, pues, **en principio una posición de igualdad de las dos lenguas oficiales en el seno de las correspondientes Comunidades Autónomas**». Y en la STC 31/2010, el Tribunal afirma que de la declaración del catalán como «lengua propia» por parte del Estatuto (art. 6.1) no puede derivarse su uso «preferente» sobre el castellano por parte de las Administraciones Públicas, en detrimento del «equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales» (FJ 14).

VII. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA LINGÜÍSTICA

Como se ha dicho, una de las cuestiones que ha abordado con más frecuencia la jurisprudencia constitucional sobre el art. 3 CE ha sido **la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia lingüística, sobre la cual no ha mantenido una doctrina uniforme**: el Tribunal ha evolucionado desde una negación

de la lengua como materia competencial hacia la progresiva afirmación de una competencia lingüística de carácter concurrente.

En las primeras sentencias sobre esta cuestión, el Tribunal negó que las normas estatutarias que atribuyen a las Comunidades Autónomas la capacidad de regular la cooficialidad de la lengua propia pudieran considerarse normas competenciales en sentido estricto, señalando que se trata más bien de mandatos o habilitaciones para determinar el alcance de la cooficialidad. Así, la STC 82/1986 declara: «Es evidente que ninguna Comunidad Autónoma puede encontrar en la regulación de la materia lingüística una competencia que la habilite para dictar normas relativas a la organización y funcionamiento de la Administración estatal, como puede hacerlo con respecto a la propia Administración autonómica, e incluso a la local en virtud de lo que establezcan los respectivos estatutos» (FJ 5). Y la STC 123/1988, de 23 de junio, reiteró que «la atribución de la regulación de la cooficialidad y sus efectos no puede suponer una atribución de competencias específicas más allá del marco establecido en el reparto que llevan a cabo la Constitución y los Estatutos de Autonomía» (FJ 5). Finalmente, la STC 69/1988, de 19 de abril, precisa el carácter del art. 3.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, señalando que «más que enunciado de una norma competencial, expresa un mandato —STC 82/1986, de 26 de junio— o un deber —STC 6/1982, de 22 de febrero— que impone a las instituciones y órganos autonómicos para que, con ocasión de sus competencias propias, procuren alcanzar los objetivos marcados en aquel precepto estatutario, estando, por tanto, en presencia, no de una competencia en sentido propio, sino de un compromiso de promoción de la normalización lingüística, cuyo fundamento primero se encuentra en el art. 3.3 de la Constitución y que, con cobertura en la citada regla del Estatuto, se desarrolla en la Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento de Cataluña. Este mandato de normalización del uso de las lenguas oficiales en el territorio catalán no con-

fiere, pues, competencia específica alguna a la Comunidad Autónoma frente al Estado [...]» (FJ 3).

En un segundo momento, sin embargo, el Tribunal parece abandonar la negación radical de una competencia lingüística para admitir la existencia de una competencia autonómica con un contenido concreto. En esta línea, la STC 74/1989, de 21 de abril, declaró que «del juego del art. 3.2 de la Constitución y del art. 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña —en el que han de verse contenidos «mandatos a las correspondientes instituciones autonómicas para regular la cooficialidad de la lengua propia»—, deriva la competencia en materia lingüística de la Generalidad, que resulta de esta forma habilitada para determinar el alcance de la cooficialidad, por lo que “no cabe hablar de actuación fuera de la esfera competencial de la Comunidad Autónoma, cuando esta prevé consecuencias lógicas que resultan de la declaración de cooficialidad”» (FJ 3). Dicha doctrina fue reiterada en la STC 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 7.

En un tercer momento, el Tribunal admite, aunque no sin vacilaciones, una concurrencia entre la competencia autonómica de normalización lingüística y las competencias sectoriales del Estado, lo cual debe llevar a una «articulación equilibrada entre las actuaciones que en materia lingüística» corresponden a cada instancia. La citada STC 56/1990, al examinar la constitucionalidad del art. 231 LOPJ, afirma que «tanto Estado como Comunidades Autónomas pueden incidir en la regulación sobre la materia de acuerdo al reparto general de competencias, encontrándonos, pues, ante una competencia concurrente [...]». Y de las normas relativas al reparto de competencias sobre la Administración de Justicia concluye que «al no existir competencia exclusiva sino concurrente sobre la regulación de las lenguas en favor de las Comunidades Autónomas, el Estado es competente para regular el uso de las lenguas en el seno de la Administración de Justicia dadas las reservas competenciales del art. 149.1, aps. 5

y 6, por lo que el art. 231 de la LOPJ no invade competencia alguna reservada a las Comunidades Autónomas» (FJ 40). A pesar de tal declaración, la posterior STC 147/1996, de 19 de septiembre, niega que el art. 3.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña constituya un título competencial (FJ 6); y la STC 134/1997, de 17 de julio, distinguió entre la cooficialidad declarada en un Estatuto y la «enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.17 CE) como «título competencial específico» (FJ 2).

Pero es sin duda la STC 87/1997, de 24 de abril, la que contiene un pronunciamiento más claro y directo sobre la concurrencia competencial en materia lingüística. El Tribunal admite que «ha tenido ocasión de declarar que de la relación entre los arts. 3.2 CE y 3 EAC surge un mandato, una habilitación competencial (que el Tribunal ha calificado como “mandato” —STC 69/1988, FJ 8—, como “habilitación” —STC 337/1994, FJ 7— e incluso como “competencia lingüística” —STC 74/1989, FJ 2 y fallo), dirigido a la Generalidad de Cataluña para llevar a cabo no solo actividades de fomento de las lenguas oficiales en la Comunidad, sino también para regular los aspectos esenciales de la cooficialidad de las mismas» (FJ 3). Y añade que los conflictos en este ámbito deben resolverse buscando un equilibrio entre la «competencia autonómica de normalización lingüística» y las competencias sectoriales del Estado para «conciliar dos premisas fundamentales: de un lado, la de que el ente titular de una competencia sustantiva posee también la titularidad para regular el uso de la lengua en este ámbito material, y ello no solo en los aspectos organizativos y de funcionamiento interno, sino también en las relaciones de la Administración correspondiente con los ciudadanos. [...] Sin embargo, como segunda premisa, en estos casos, las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia distinta del castellano no quedan totalmente al margen de esta regulación puesto que el mandato constitucional y estatutario a ellas dirigido en orden a adoptar medidas normalizadoras y, sobre todo, a regular el régimen de

cooficialidad de las lenguas les habilitan para establecer lo que en otras SSTC se ha denominado “contenido inherente al concepto de cooficialidad” o “alcance de la cooficialidad” (SSTC 82/1986, FF. JJ. 5 y 6; 123/1988, FJ 5; 56/1990, FJ 40), es decir, las consecuencias genéricas que derivan del carácter oficial de una lengua que deben ser respetadas como un *prius* por los entes competentes al precisar

en los ámbitos materiales cuya titularidad les corresponde el uso de las lenguas y al establecer los medios concretos para dar cumplimiento a las consecuencias derivadas de la oficialidad y a las exigencias de la normalización o, como dice la STC 82/1986, al establecer “la ordenación concreta de la puesta en práctica” de la regulación legal de la cooficialidad» (FJ 4).

BIBLIOGRAFÍA

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 685 y ss.

FOSSAS, E., «Aportaciones y límites de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del plurilingüismo en España», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69 (II), 2004.

LÓPEZ BASAGUREN, A., «Las lenguas oficiales entre Constitución y Comunidades Autónomas: ¿Desarrollo o transformación del modelo constitucional?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007.

LÓPEZ CASTILLO, A. (Dir.), *Lenguas y Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MILIAN I MASSANA, A., *Más sobre derechos lingüísticos. Reflexiones sobre los límites constitucionales y su interpretación por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch-IEA, 2016.

PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (Coord.), *Estudio sobre el Estatuto Jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006.

SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «El régimen constitucional del bilingüismo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1999.

VERNET, J. y PUNSET, J., *Lenguas y Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.

Artículo 4

1. *La bandera de España esta formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas.*

2. *Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales.*

Sumario: I. Introducción. II. Los símbolos políticos como objeto de la doctrina constitucional. III. La constitucionalización de la bandera de España. IV. Las banderas autonómicas y sus problemas jurídicos.

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución no es exclusivamente una norma de configuración del Estado, que contiene las instituciones del mismo y establece su composición, atribuciones y procedimientos de actuación, pues se refiere asimismo a la comunidad que subyace a la organización política, a su soporte espiritual, que contribuye a determinar y consolidar. Podría hablarse, de este modo, de la dimensión jurídica de la Constitución como **norma de articulación** o de organización, y de la dimensión política de la Constitución como **norma de integración**. La vertiente organizativa de la Constitución repara en los aspectos externos de la misma, en su eficacia, por decirlo así, pues se trata de determinar la manifestación estatal de una comunidad, el sujeto constituyente, que se dota de las instituciones que decida adoptar libremente. La vertiente política tiene en cambio una trascendencia exclusivamente interna, refleja, pues trata, antes de nada,

de identificar y fortalecer al sujeto constituyente, al **demos**, cuya actividad legítima.

Naturalmente, no debe separarse absolutamente el plano organizativo o institucional, en sentido no solo creativo sino dinámico, del nivel político o espiritual de la Constitución, contraponiendo más allá de lo razonable la articulación a la integración. Ambos momentos son inescindibles. Como es obvio, los Estados, también los constitucionales, se justifican por su rendimiento, que antes de nada se produce **en el plano de la integración** o satisfacción espiritual de la comunidad. La legitimidad política tiene así un componente nacional evidente: un Estado funcionalmente eficaz refuerza nuestro sentido de pertenencia a una comunidad capaz de actuar políticamente. Pero las posibilidades de éxito del Estado como organización política dependen asimismo de las bases espirituales, políticas en sentido estricto, en que se apoye, y al que pretenda representar.

Como resulta sabido, las disposiciones atinentes a la dimensión política del edificio institucional se encuentran en el Título Preliminar de la Constitución, en cuyo art. 4 se contiene el artículo referente a los símbolos del Estado, en concreto a uno de ellos, a las banderas, sobre cuya condición, características y posición, puesto que la norma constitucional se refiere a la bandera de España y de las Comunidades Autónomas, se adoptan decisiones que habremos de analizar cumplidamente, teniendo en cuenta el desarrollo legislativo a que ha dado lugar, así como la doctrina jurisprudencial al respecto, sin perder de vista la relevancia política de la cuestión a estudiar que un análisis constitucional no puede ignorar.

II. LOS SÍMBOLOS POLÍTICOS COMO OBJETO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

No parece que necesite de especial justificación la verificación de la integración en el plano político, notoriamente en el plano de la comunidad nacional. Se trata de asegurar la capacidad política de esta, su aptitud para la actuación unitaria, comenzando por la actuación constituyente a través de la cual se dota de una organización política, recabando la lealtad política que un verdadero Estado requiere. **La integración política de la nación no es sencilla**, pues los ámbitos de pertenencia en los que nos sentimos insertos de manera inmediata y obvia tienen un alcance menor en lo territorial y no poseen la complejidad intelectual del vínculo político de la nación. Si se trata del espacio primero de inclusión, en el que nos socializamos y en el que nos sentimos espontáneamente arraigados, habría que pensar en la región o comunidades territoriales todavía de menor tamaño y en formaciones o instituciones espirituales, laborales o de otro tipo, no propiamente políticas o que lo son en grado sumamente rudimentario. Son todas estas formas sociales las que generan asimismo un vínculo de pertenencia de sus integrantes, desarrollando en

estos un compromiso o lealtad, impreciso en su contenido, pero innegable.

En cambio, ni la Nación como sujeto político ni el Estado como forma política soberana correspondiente son realidades inmediatas que se impongan con toda naturalidad y cuya existencia solo deba constatarse. Se trata más bien de construcciones, que requieren un esfuerzo de identificación y configuración específicas. En este sentido estamos ante **realidades artificiales**, resultado de un designio expreso, que se imponen en relación con otras posibilidades históricas de realización, y se afirman en el universo político compitiendo con otros polos de solicitud de la lealtad política. En este orden de cosas se comprende la utilidad del recurso a los símbolos políticos como **representaciones físicas, tangibles y corpóreas**, de las realidades políticas a las que se refieren, llevando a cabo la integración espiritual que estas formas requieren. Los símbolos de los que hablamos, como quiera que han de desempeñar funciones, cognitivas, de identificación o empatía, y movilización, necesariamente han de ser elementales, para causar de manera inmediata, con toda facilidad e inequívocamente, la identificación de la realidad política a la que se refieren.

Así, en primer lugar, una bandera, un escudo o un himno singularizan a la comunidad política correspondiente, **distinguiéndola** de las demás. La presencia del símbolo aporta una referencia política inequívoca a actos, acontecimientos o conductas, que quedan integrados en un contexto que elimina de los mismos cualquier significado meramente privado y les suministra su relieve público: no se trata de actuaciones o eventos de la esfera particular, sino de sucesos atinentes a la colectividad.

Los símbolos son, en segundo lugar, más allá del plano meramente cognitivo, un medio **de identificación del individuo** con la colectividad de la que forma parte. A través de la apropiación emotiva del símbolo, como refe-

rente de nuestra comunidad, esto es, de la comunidad diferente a la que pertenecemos, nos identificamos plenamente con la misma.

Los símbolos, como los mitos, en cuanto relato extraordinario y milagroso de la comunidad, son asimismo en tercer lugar, y como resultado de todo lo dicho, **instrumentos de movilización** políticos. Una Nación, tenga Estado o no, siempre está en marcha. Necesita tener proyectos. La Nación, como el hombre, no puede ensimismarse ni aspirar a repetirse inmóvilmente. Ha de vivir volcada hacia delante, destinada a competir y a afirmarse entre las demás. En los tiempos de esfuerzo, en la ascendencia o en las ocasiones difíciles, especialmente como instrumento de movilización, se recurre a los símbolos por su claro potencial político.

La doctrina del Tribunal Constitucional, que se contiene primeramente en la Sentencia 94/1985, en relación con el significado político de los símbolos, realiza tres afirmaciones de interés. En primer lugar, resalta **su función identificadora**, resultado de la elementalidad de su configuración, a la que acabamos de referirnos, lo que asegura la captación masiva y difusión generalizada del símbolo. Así, con ocasión de un conflicto concreto en el que se ventilaba la competencia de una Comunidad Autónoma para disponer de elementos del escudo de otra, y refiriéndose en concreto al símbolo de Navarra, se dice que «su escudo posee en alto grado las características que la doctrina dice deben poseer los símbolos políticos: es llamativo y se grava fácilmente en la memoria, lo que facilita su inmediata identificación con la Comunidad política que representa» (STC 94/1985, FJ 7).

En segundo lugar, se señala la capacidad del símbolo para promover y **reforzar la conciencia identitaria** de la comunidad a la que se refiere, resultado de su vinculación con la historia de la comunidad. Los símbolos políticos, los buenos símbolos políticos, aumentan su capacidad funcional en la medida que acreditan una legitimación tradicional, constitu-

yendo un elemento de continuidad en la Comunidad. «Enriquecido con el trascurso del tiempo, el símbolo político acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria» (STC 94/1985, FJ 7).

Las funciones encomendadas a los símbolos políticos, en un tercer plano de consideración, permiten su identificación separada de las significaciones simbolizadas cuya expresión externa constituyen y, en razón de ello, justifican **su protección** por parte del ordenamiento jurídico.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA BANDERA DE ESPAÑA

Es importante entonces que nuestra Constitución se ocupe de la bandera como símbolo político, lo que en nuestra historia solo había ocurrido en la Constitución de 1931, texto que se refiere escuetamente a la cuestión («La bandera de la República española es roja amarilla y morada»), y con mención exclusiva a la enseña nacional, como vemos. La Norma Fundamental de 1978 determina con algo más de detalle el diseño de la bandera de España y se refiere a las banderas de las Comunidades Autónomas cuya utilización conjunta con la enseña común contempla en «edificios públicos y en actos oficiales».

El constituyente actuó en esta materia con extraordinaria **prudencia**, sabedor de la delicadeza de las cuestiones simbólicas y su importancia emocional, pero, no obstante la trascendencia de lo determinado, no puede ignorarse, reforzando sin duda lo que podemos llamar elementos historicistas de la Constitución.

Es cierto que la Constitución no presta atención a otros referentes simbólicos como son el escudo y el himno. La Comisión Mixta Con-

greso-Senado eliminó una referencia al escudo que había sido introducida por el Senado, de modo que será la Ley 33/1981, de 5 de octubre, la que establecerá el escudo de España, sobre pautas tradicionales de nuestra Monarquía histórica. El Real Decreto 1560/1997, de 10 de octubre, actualiza el régimen del himno nacional, conservando como tal el establecido por el Decreto de 17 de julio de 1942, o sea, la «Marcha Granadera». Se trata de una marcha sin letra, «uno de los pocos casos en que el himno oficial de un país consta solo de música» (BASTIDA, 2001, 104).

La constitucionalización de la bandera bicolor sí que tiene importancia, porque en nuestra historia reciente y aun en la memoria política de la generación constituyente la conformación concreta de la bandera, y especialmente la determinación de sus colores, tiene una significación política indudable. En su origen, la bandera roja y amarilla fue instituida como enseña de la Marina de Guerra en tiempos de Carlos III, pasando después a todo el Ejército. Solo en 1843 se convierte en símbolo nacional.

Pero las fuerzas liberales progresistas, y especialmente las republicanas, cuestionaron su representatividad general, propugnando la introducción en ella del color morado, evocador sin duda de la rebelión comunera. Así, finalmente, en la Segunda República, como sabemos, se constitucionaliza la bandera tricolor, esto es «la roja, amarilla y morada».

La aceptación en la constituyente de la bandera tradicional, utilizada asimismo durante el franquismo, por todas las fuerzas políticas, debe verse como una manifestación más del **consenso**, en este caso concreto una expresión de la generosidad de las fuerzas de izquierda. Desde la perspectiva del análisis jurídico, lo que este precepto subraya es la recepción de **rasgos historicistas en la Constitución**, que caracterizan a nuestra Ley Suprema. Se añade, en ese sentido, a las disposiciones que en ella se refieren a la Corona, o reconocen instituciones como la Iglesia ca-

tólica, y de manera modélica es el supuesto de la cláusula constitucional sobre los derechos históricos de los territorios forales. La parquedad del reconocimiento de deudas históricas en las Constituciones puede conllevar problemas negativos para su legitimidad, pero se arraiga también conceptualmente en una confusión entre la fundamentación del orden jurídico, que en el orden de la validez y de la superioridad constitucional es indudable, y la creación e instauración del orden político, que en realidad, salvo cuando coincide la actuación del poder constituyente con el origen del Estado, preexiste a la propia Constitución. El caso es que no es muy frecuente la inclusión de elementos diacrónicos en las Constituciones, pues los movimientos constituyentes suponen siempre una ruptura con el pasado y, por tanto, una voluntad de establecer un orden nuevo (además de duradero), y en ese sentido las Constituciones son poco generosas con la historia (SOLOZÁBAL, 2004, 98).

IV. LAS BANDERAS AUTONÓMICAS Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas de mayor interés, como ha mostrado el desarrollo legislativo y sobre todo la jurisprudencia constitucional, se presentan en relación con el segundo apartado del art. 4 CE, que contempla el reconocimiento (posible) de las banderas y emblemas de las Comunidades Autónomas, y establece la utilización pública conjunta de las mismas con la bandera de España. Hay diversos aspectos que interesan a nuestro análisis, prescindiendo de la delicada elusión por parte del constituyente del calificativo nacional para referirse a la bandera conjunta, sobre la que ha llamado la atención algún fino observador, aunque en esta situación lógicamente no se entiende circunscrito el legislador, que afirma con claridad que «la bandera de España simboliza a la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución», según el art. 1 de la Ley 39/1981, por la que se regula el uso de la

bandera de España y de otras banderas y enseñas (GARRORENA, 2005, 129). Por su parte, el Tribunal Constitucional entiende que los símbolos de una Comunidad pueden ser calificados en su Estatuto como nacionales, por corresponder esta denominación a la propia de una nacionalidad, como sujeto político reconocido dentro del marco constitucional, «sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la Nación española» (STC 31/2010).

En primer lugar, lo que contiene este apartado es **una reserva de Estatuto** competencial, reforzada en la medida en que no se verifica en blanco, pues contiene una imposición al régimen que sobre la utilización de la enseña autonómica pueda, evidentemente, establecer el legislador estatutario, pero también el legislador autonómico, si el precepto estatutario al respecto tuviera desarrollo normativo en el ordenamiento territorial. En cualquier caso, lo más importante es que esta cláusula, con independencia de las peculiaridades de estructura que presente, supone **la constitucionalización de las enseñas autonómicas**. Hace bien la jurisprudencia en destacar no solo la novedad de la misma en el constitucionalismo, español o comparado, sino su condición exponencial del carácter autonómico del Estado. Así, se dice en la STC 94/1985: «Este «reconocimiento constitucional», que no tiene precedente en el constitucionalismo español ni en el Derecho comparado europeo, es una forma de expresión a través de los símbolos de la organización del Estado en Comunidades Autónomas». La Sentencia 119/1992, por su parte, atribuye condición de símbolos del Estado a las banderas y enseñas autonómicas, previstas en el art. 4 CE y reconocidas en los Estatutos de las Comunidades Autónomas, en tanto que estas «constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad y complejidad del estado que configura» (FJ 1).

Decimos que el art. 4.º, ap. 2.º, contiene una reserva de Estatuto, esto es, se trata de una cláusula constitucional que atribuye a un Es-

tatuto de autonomía la exclusiva competencia para el reconocimiento de banderas y enseñas propias. La reserva de Estatuto, como la reserva de ley, implica la exclusividad de la atribución, de manera que la decisión sobre los símbolos a que se refiere el precepto no puede ser adoptada por otro tipo de norma, del mismo modo que la reserva de ley priva al reglamento de competencia en la materia a que se refiere la misma, al menos de manera constitutiva. Pero la reserva de Estatuto tiene un **sentido habilitador** del que carece la reserva de ley. Como se sabe, en el caso de la reserva de ley, no es la previsión constitucional la que habilita la intervención del legislador, posible en cualquier caso de acuerdo con la idea de la competencia universal del legislador, sino la que le obliga si hay una intervención normativa en relación con la cuestión. En el caso de la reserva de Estatuto, la misma habilita al legislador estatutario, que sin esa previsión concreta no podría intervenir.

La Sentencia 94/1985 resulta en este aspecto bien interesante, pues confirma el significado habilitador de la reserva de estatuto, a que nos acabamos de referir, al apreciar que las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas se deducen ciertamente de las cláusulas competenciales específicas, esto es, *ex articulis 148 y 149 CE*, así como de las cláusulas, como el art. 4 CE, que contienen reservas estatutarias. En efecto, si el marco de referencia principal que han de tener en cuenta los Estatutos de Autonomía a la hora de determinar las competencias de la Comunidad son los arts. 148 y 149, según la vía de acceso a la autonomía seguida por cada Comunidad, «no está excluido que algunas de estas tengan su base en otros preceptos constitucionales» (FJ 6).

La atribución competencial a la Comunidad Autónoma de la potestad para determinar sus banderas y enseñas implica **la imposibilidad de disposición** de las mismas por otra Comunidad Autónoma, de manera que dichos símbolos «no pueden ser utilizados sin el consentimiento de la Comunidad a que corresponden,

ni apropiándose de ellos aisladamente, ni integrándolos como tales símbolos identificadores en el emblema de otra Comunidad». En virtud de ello, esta sentencia prohíbe a la Comunidad Autónoma vasca adoptar el Laurak-Bat como emblema del País Vasco por invadir el ámbito competencial de Navarra, al incorporar elementos del escudo de Navarra (las cadenas). La reserva estatutaria concreta de la que estamos hablando se refiere a una competencia ciertamente **potestativa**. Así sucede que en algunos Estatutos son estos las normas que definen los símbolos; en otros ordenamientos territoriales, esa labor corresponde a leyes a las que se remiten los Estatutos; finalmente, como recuerda la Sentencia 94/1985, que comentamos, los Estatutos de Galicia y Asturias se limitan a afirmar la existencia de un escudo propio, habiéndose realizado posteriormente por ley su regulación.

La imposición de utilización conjunta «en edificios públicos y actos oficiales» de las banderas y enseñas autonómicas y la bandera de España que se hace en el art. 4 de la Constitución puede entenderse, en relación con la atribución competencial establecida en la reserva, como una limitación de la misma. En ese sentido, esta obligación da pie para, como hacíamos, calificar a la reserva de **reforzada**, pues no contiene sin más una remisión simple o en blanco al legislador.

La Ley 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, trata de asegurar, en relación con la exposición de los símbolos en cuestión, la situación de preferencia y máximo honor de la bandera de España. En efecto, el art. 6 de esta Ley atribuye a la bandera de España un «lugar destacado, visible y de honor», por lo que si se utilizan otras banderas, «la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño».

Como decíamos anteriormente, el reconocimiento constitucional de las banderas y enseñas, tanto de España como de las Comunida-

des Autónomas, conlleva **su protección jurídica**. La protección jurídico-penal, a través de la tipificación de conductas atentatorias contra las mismas, plantea determinados problemas que merecen alguna consideración. Como es sabido, en algunos ordenamientos como el norteamericano puede pensarse que actos que en nuestro sistema penal quedarían conceptualizados como ofensas o ultrajes a la bandera, manifiestamente la quema, pero también un uso claramente inapropiado o desconsiderado de los mismos, no se consideren punibles, sino amparados por la libertad de expresión. Tales actos integran lo que la doctrina ha solido llamar *symbolic speech*, o comunicación de ideas a través de símbolos no lingüísticos. Otra es la situación si dichos actos constituyen una incitación al desorden público o a la comisión del delito. En este orden de cosas, entre nosotros no faltan quienes consideran inadecuada o inapropiada la tipificación penal de conductas cubiertas por la libertad de expresión y que, alegando la protección de determinados bienes constitucionales, en este caso las Comunidades Autónomas o España como instituciones a preservar, en realidad suponen una desprotección de un derecho fundamental como es la libertad de expresión.

El cuestionamiento de la protección penal de los símbolos políticos, no obstante el reconocimiento constitucional de los mismos, es una opción razonable y por tanto opinable, que naturalmente la jurisprudencia constitucional no se plantea. Sí que lo hizo en cambio con la protección penal del monarca a través de la tipificación del delito de injurias a la Corona, aplicable a la quema no de banderas, sino del retrato de los Reyes, que entendió no constituye ejercicio de la libertad de expresión (STC 177/2015). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un fallo discutible (caso *Stern y Roura contra España*, 2018), ampara, en cambio, a quienes reclamaron ante dicha instancia frente a la Sentencia española. La jurisprudencia constitucional española ha examinado la procedencia de la tipificación penal que ve-

nía a establecerse en relación con las ofensas y ultrajes a las banderas de las Comunidades Autónomas en la Ley 39/1981, en su art. 10, ap. 2, y que el Tribunal Constitucional entendió contraria a la Ley Fundamental por falta de rango, ya que la ley citada no tenía la condición de **orgánica**, cuando venía de hecho a establecer un nuevo tipo penal, al extender la tipificación prevista para las ofensas a la bandera nacional a las enseñas autonómicas (STC 119/1992).

El nuevo Código Penal, en su **art. 543**, se ocupa de la tipificación de las ofensas o ultra-

jes a los símbolos y emblemas de España o sus Comunidades Autónomas, de forma notoriamente diferente a lo que ocurría en el Código Penal de 1973 (art. 123), rebajando la indeterminación del tipo, ampliando los bienes jurídicos protegidos y disminuyendo notablemente el castigo penal. Se castigan exclusivamente las conductas con repercusión pública, no por tanto los comportamientos en el ámbito de la privacidad. Se especifican las vías en las que pueden manifestarse estas conductas, esto es, a través de la palabra, por escrito o de hecho. Y se establece la sanción de la pena de multa de siete a doce meses.

BIBLIOGRAFÍA

BARENDT, E., *Freedom of speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

BASTIDA, F., Voz «Símbolos políticos», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I, ARAGÓN, M. (Coord.), Civitas, Madrid, 2001.

ENTRENA CUESTA, R., «Comentario al art. 4 CE», en GARRIDO (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

GARCÍA CANALES, M. y GARRORENA, A., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia*, Murcia, 2005.

LUCAS VERDÚ, P., «Símbolos Políticos. Comentario al artículo 4 CE», en ALZAGA, O., *Comentarios a la Constitución española*, tomo I, Edersa, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

SOLOZÁBAL, J. J., «Constitución y derechos históricos», en *Nación y Constitución*, Madrid, 2004, pág. 98.

Artículo 5

La capital del Estado es la villa de Madrid.

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

COORDINADOR DE «ESPACIO FUNDAMENTOS. MODELOS CONSTITUCIONALES A DEBATE»

Este precepto resulta verdaderamente insólito. Lo es porque apenas tiene parangón en el Derecho constitucional comparado de nuestro ámbito cultural; al menos en esta fórmula tan parca. Y lo es porque su escueta dicción deja al intérprete de sus palabras perplejo, pues, o bien apenas dice solo lo que dice, «La capital del Estado es la villa de Madrid», o en su simpleza lo contiene todo, un modelo de forma de Estado y de Gobierno. **Tampoco existe pronunciamiento alguno del TC sobre la materia**, a salvo una muy indirecta referencia en el ATC 236/1984 y la STC 89/1984, en la que se pronuncia sobre la inexistente vulneración de la reserva estatutaria del art. 147.2.c) CE en relación con la remisión al legislador autonómico que había establecido para la fijación de la sede de los órganos autonómicos el art. 3 de Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Y para que la perplejidad sea aún mayor, este precepto, al estar ubicado en el Título Preliminar, **está sujeto al procedimiento de reforma agravada del art. 168 CE.**

Quizá lo propio no sea ni el extremo de la inanimidad normativa, ni el vértigo del todo. Acaso, por lo demás, el precepto sea un homenaje sutil a la Constitución Española de 1931, la cual estableció también, en su art. 5, de modo menos castizo, que «la capitalidad de la República se fija en Madrid» (LUCAS VERDÚ, 1996). Poco

nos ayuda el Derecho comparado europeo más próximo para llenar de sentido el precepto español. Otro art. 5, el de la Constitución austriaca, establece que la capital «federal» y la sede de las «más altas autoridades federales» es Viena; el art. 166 de la Constitución belga establece los principios constitucionales del territorio *Bruselas-Capital*, a la que indirectamente denomina capital del Reino belga; y el art. 32 de la Constitución holandesa se limita a decir que el Rey será coronado en la capital del Reino, Ámsterdam. Las Constituciones alemana, danesa, francesa, italiana y suiza nada dicen. Ahora bien, la fórmula constitucional estándar, además de identificar la ciudad capitalina, establece, y esto es lo importante, que en ella tendrán su sede las altas instituciones y órganos del Estado.

Como es bien sabido, y algún ejemplo acabamos de dar, los Estados federales suelen señalar la capital de la Federación (cosa que no necesariamente se hace en sus Constituciones) para dotarla, por razones bien obvias, de un régimen jurídico específico (los denominados *Distritos Federales*), distinto y particular, del que rige en general para las ciudades y áreas metropolitanas. Este régimen singular las coloca a caballo entre la condición de ente local (por usar el término español) y de Estado federado y/o territorio-región autónomos. El art. 44 de la Constitución mexicana es paradigmático: «La Ciudad de México es el Dis-

trito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Congreso General».

Examinada historia y contexto, lo cierto es que el sentido jurídico de identificar la capital del Estado en la Constitución, más allá de dejar resuelta una cuestión que acaso pudiera ser polémica, especialmente en los Estados descentralizados (ARAGÓN REYES, 1997, 134), parece ser a todas luces la de identificar con ello, además, la sede de sus más altos órganos e instituciones. De suerte que el contenido jurídico-constitucional de la capitalidad en el caso de la Constitución Española estribaría en la identificación de la sede de los órganos superiores del Estado. Pero nada hay en el texto del art. 5 que ofrezca argumentos jurídicos sólidos para poder sostener con rotundidad que, en efecto, el contenido constitucional de la capitalidad consista en ser la sede de las altas instituciones del Estado (ARAGÓN, 2006; SANTAMARÍA PASTOR, 1996). Nada dice el precepto sobre este extremo, como sucede en los ejemplos que nos ofrece el Derecho comparado; e incluso en la Constituyente se rechazó la enmienda que pretendía completar el texto con la referencia a la sede institucional.

Dicho esto, no obstante, el señalamiento jurídico de capitales ha respondido históricamente a la necesidad de ubicar la sede desde la que la persona jurídica Estado ejerce la soberanía. De ahí también la tendencia doctrinal a identificar capitalidad con la sede institucional de los órganos que ejercen soberanía en el Estado. En el caso de los Estados descentralizados, a esta primigenia función se unió también la de servir para acotar un territorio sujeto a un régimen especial en el que situar los órganos del poder público central, que se distinga jurídicamente en su régimen de los restantes territorios federados que componen la Federación (GONZÁLEZ ESCUDERO, 2008, 133 y ss.). Por consiguiente, la definición jurídica de la capitalidad

de un Estado siempre ha cumplido dos funciones: la de ser **símbolo espacial del lugar desde el que se ejerce la soberanía en un Estado** (de ahí también la relevancia y pertinencia en el Derecho internacional y las relaciones entre Estados de identificar sus capitales), lo que va unido también a su condición de **sede fija**, y la de solventar la cuestión jurídico-territorial de **asentar en un lugar las instituciones que encarnan la unidad del poder público en un Estado territorialmente descentralizado**.

Aunque en puridad los símbolos del Estado se regulan en el art. 4 CE, es innegable la función simbólica de la identificación de la capital del Estado. Pero de ello no cabe derivar sin solución de continuidad que su condición simbólica se precise jurídicamente con la obligada ubicación de los órganos del Estado que ejercen la soberanía y representan la «unidad de la Nación española» (art. 2 CE). Pero quizá ese resultado se alcance justo con ocasión de la otra función que el precepto desempeña y que también fue objeto de reflexión en la Constituyente (como también lo fue con su parangón de la Constitución de 1931). Es verdad que dado el peculiar modelo *inacabado* y *dispositivo* de forma territorial de Estado por el que optó la Constitución Española, la función territorial de la capitalidad solo se ha desplegado cuando finalmente el modelo se ha concretado en un sistema de descentralización política del poder público en Comunidades Autónomas. Obtenido este resultado, establecer que Madrid es la capital de España tiene su relevancia constitucional en el modelo territorial de Estado (y no es baladí que la capital lo sea del «Estado» y no del Reino de España).

Por todo ello, no resulta aventurado inferir que el contenido constitucional de la capitalidad es, ciertamente, la de ser sede fija de las instituciones políticas del Estado (ARAGÓN REYES, 2007, 25), porque de este modo se cumplen la función simbólica y territorial de la capitalidad. La cuestión estriba, entonces, en saber qué instituciones políticas deben tener

sede en la capital, y si la capital debe estar sujeta a un régimen jurídico singular (cuestión que también fue abordada en la Constitución).

A mi juicio, y con ello me sumo a ARAGÓN REYES y PIÑAR MAÑAS, de lo dicho puede sostenerse con rigor que el art. 5 identifica la sede fija únicamente del órgano constitucional entre cuyas funciones constitucionales está el ser «símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales», la Jefatura del Estado (art. 56.1 CE). La Jefatura del Estado cumple esa función simbólica ligada a la capitalidad y representa al Estado en su conjunto, como ordenamiento único formado por la suma de plurales ordenamientos jurídicos territoriales. Esta misma conclusión resulta más opaca cuando se trata de otros órganos constitucionales, como las Cortes Generales y el Gobierno, pues ni cumplen, al menos con ese alcance, aquella función simbólica, y su carácter bifronte, de órganos del Estado central (situado en un plano de igualdad con las Comunidades Autónomas), pero también del Estado como conjunto y unidad, no impone la necesidad de una ubicación capitalina. No obstante, y trayendo *mutatis mutandis* lo dicho en la STC 89/1984 al caso de la capital del Estado, puede afirmarse la plena constitucionalidad de que sea el legislador estatal (ARAGÓN, 2007,

26) quien fije la sede de los órganos del Estado, sea en su capital o fuera de ella (indubitablemente, para el caso de los órganos del Estado central distintos a los constitucionales).

La cuestión relativa a si la capitalidad requiere de un régimen jurídico especial parece haberse solventado con la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid. Norma, por cierto, que establece en su art. 1 que la capital del Estado será sede de sus «instituciones generales», sin mayores precisiones. Tampoco parece haber razones constitucionales sólidas (cosa distinta es que las haya técnicas y/o administrativas) para sostener que del art. 5 CE resulta la inexorabilidad de ese régimen y de la existencia de la citada Ley de capitalidad, como si en el precepto hubiese una reserva de ley tácita, lo que, naturalmente, no es posible. Desde luego, el Legislador estatal en ejercicio de sus competencias (art. 149.1.18 CE; algo ya decía la disposición adicional sexta de la LBRL) puede desarrollar el art. 5 fijando las sedes de sus órganos y ese régimen especial capitalino. Esto suscita una cuestión en modo alguno menor, y es la constitucionalidad del art. 6 del Estatuto de Autonomía de Madrid, la que establece que «la villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las Instituciones generales, tendrá un régimen especial. Regulado por Ley, votada en Cortes», cuyo exceso competencial parece difícil de obviar (ARAGÓN REYES, 2007, 29 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «El significado jurídico de la capitalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997, págs. 127 y ss.

- «El estatuto de capitalidad de Madrid», en AGUIAR DE LUQUE, L. (Coord.), *La Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia constitucional. Libro homenaje al Prof. Gumer-sindo Trujillo*, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 901 y ss.
- «Régimen jurídico de la capitalidad de Madrid», en PAREJO ALONSO, L. (Coord.), *Estudios sobre la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid*, Bosch, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ ESCUDERO, M.^a T., «Comentario al Artículo 6 (en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero)», *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. monográfico, junio, 2008, págs. 123 y ss.

LUCAS VERDÚ, P., «Comentario al Artículo 5», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Coord.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo I, Edersa, Madrid, 1996, págs. 297 y ss.

NAGEL, K.-J. (Ed.), *The Problem of the Capital City. New Research on Federal Capitals and their Territory*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2013.

PAREJO ALONSO, L. (Coord.), *Estudios sobre la Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid*, Bosch, Madrid, 2006.

PIÑAR MAÑAS, J. L., «El régimen de capitalidad del Estado», en VV. AA., *Madrid. Comunidad Autónoma Metropolitana*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1983.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Capital del Estado», en ARAGÓN REYES, M. (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo I, Civitas, Madrid, 2001, págs. 101 y ss.

Artículo 6

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Sumario: I. Concepto. II. Funciones. 1. Relevancia constitucional. 2. Los partidos políticos como instrumento para la participación política. A) Protagonismo en los procesos electorales. B) Libertad de confección de las listas electorales y exigencia de composición equilibrada por sexos. 3. Partidos políticos y representación política. A) Relación de representación. B) Partidos políticos y grupos políticos. III. Creación. 1. Libertad de creación. 2. Personalidad jurídica e inscripción en el Registro de Partidos Políticos. 3. Inscripción de partidos políticos que sucedan a un partido político ilegalizado y disuelto. IV. Estructura y funcionamiento. V. Financiación. VI. Control, suspensión y disolución. 1. Competencia. 2. Alcance del control. Libertad ideológica y control sobre los medios y las conductas. 3. Causas de ilegalización. Procedimiento y efectos.

JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CONCEPTO

La regulación constitucional de los partidos políticos es extraordinariamente sucinta, lo que ha exigido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un notable esfuerzo de construcción dogmática, articulada alrededor de tres categorías fundamentales en cualquier discusión jurídica sobre el concepto y las funciones de los partidos políticos en una democracia constitucional: **libertad, pluralismo y representación** (JIMÉNEZ CAMPO, 1992, 205 y 207). Así, la jurisprudencia constitucional se ha centrado desde un principio en la consideración de los partidos como expresión cualificada del ejercicio del **derecho de asocia-**

ción instrumentada al servicio de la **representación política** mediante la concurrencia libre y plural en los **procedimientos electorales**. De la conjunción de esa pluralidad de perspectivas ha terminado por resultar un cierto **modelo constitucional de partido** cuya expresión más acabada y sistemática se encuentra en la STC 48/2003, de 12 de marzo, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP).

Culminando un empeño doctrinal que arranca con una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal (STC 3/1981, de 2 de fe-

brero), la STC 48/2003 ha hecho balance de los resultados de más de veinte años de jurisprudencia en torno a «la *vexata quaestio* de la definición de los partidos políticos, instituciones que si en su momento se desarrollaron frente al Estado en términos de contradicción y enfrentamiento, en la actualidad, con su reconocimiento y constitucionalización por el modelo de Estado democrático instaurado en Occidente tras la II Guerra Mundial, han incorporado a la estructura del ordenamiento, inevitablemente, una tensión característica que nace de su doble condición de instrumentos de actualización del **derecho subjetivo de asociación**, por un lado, y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro» (FJ 5). Los partidos son, así, por un lado, una **forma particular de asociación** (STC 3/1981, FJ 1). Pero no se agotan en esa sola dimensión, «pues el art. 6 de la Constitución hace de ellos expresión del **pluralismo político** e instrumento fundamental para la **participación política** mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular. Les confiere, pues, una serie de funciones de evidente relevancia constitucional, sin hacer de ellos, sin embargo, **órganos del Estado** o titulares del poder público. Los partidos políticos, en efecto, «no son órganos del Estado [...] [y] la trascendencia política de sus funciones [...] no altera su naturaleza [asociativa], aunque explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos» (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 3). Se trata, por tanto, de **asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones**; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen, pues, funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e

intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente. Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la **integración entre gobernantes y gobernados**, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE), de la que ha de resultar un ordenamiento integrado por normas que si en su procedimiento formal de elaboración han de ajustarse a la racionalidad objetivada del Derecho positivo, en su contenido material se determinan por el juego de las mayorías que en cada momento respalden las diferentes opciones ideológicas y políticas, conformadas y aglutinadas por los partidos a través de la concurrencia de sus programas de gobierno en los distintos **procesos electorales**» (STC 48/2003, FJ 5).

El componente asociativo de los partidos políticos redundaba en la **garantía de su protección** típica como objeto de un **derecho fundamental** de libertad, pues «[e]n la medida en que el Estado democrático constituido en el art. 1.1 CE ha de basarse necesariamente en el valor del pluralismo, del que los partidos son expresión principalísima mediante la configuración de una verdadera voluntad popular llamada a traducirse en **voluntad general**, es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que solo cabe proteger y propiciar. Para asegurar que aquella voluntad popular lo sea verdaderamente solo puede operarse aquí desde el principio de libertad, impidiendo que al curso que lleva de la voluntad popular a la general del Estado le siga o se oponga, en movimiento de regreso, una intervención del poder público sobre aquella que, con la desnaturalización de los partidos, pueda desvirtuarla en tanto que genuina voluntad del pueblo, titular de la **soberanía** (art. 1.2 CE)» (STC 48/2003, FJ 5).

La naturaleza asociativa de los partidos políticos viene, sin embargo, cualificada por la relevancia constitucional de sus cometidos —«[l]a relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general» (STC 48/2003, FJ 6)—, los cuales, además de justificar el principio de libertad que rige su creación, «explican también las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone en relación al respeto a la Constitución y a la ley y a su **estructura interna y funcionamiento**. Su **cualificación funcional no desvirtúa la naturaleza asociativa** que está en la base de los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la **participación política** en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones» (STC 48/2003, FJ 6). El Tribunal Constitucional resuelve así la polémica en torno a la posibilidad de un **régimen legal específico y propio de los partidos políticos** distinto del común de las asociaciones, debate bajo el que en realidad se discutía «si los partidos, en tanto que especie del género asociación, no admiten más **límites y controles** que los previstos en la Constitución para las asociaciones (art. 22 CE) o si su reconocimiento constitucional en los términos del art. 6 CE implica la existencia de **límites y condiciones adicionales**, sean propiamente constitucionales o el resultado de una eventual habilitación al **legislador orgánico** por parte del constituyente» (STC 48/2003, FJ 5). Para el Tribunal, «en cuanto regulación del ejercicio de lo que en línea de partida hemos de considerar incluido en el **derecho fundamental de asociación**, la base constitucional de la Ley [de Partidos Políticos] se encuentra [...] en los arts. 53.1 y 81.1 CE, en relación con los arts. 20, 22 y 23 CE. Debe precisarse que la posibilidad de la regulación de los partidos políticos fuera del texto de la Ley de asociaciones está

incluso prevista en el art. 1.3 de esta. Si no hay obstáculo constitucional alguno para la existencia de la Ley de asociaciones, mal puede haberlo para la de partidos políticos. Respecto de estos, el art. 6 CE contiene unas exigencias de respeto a la Constitución y a la ley, no mencionadas en su especificidad en el art. 22 CE, aunque en todo caso a estas les afecta la previsión genérica en el mismo sentido del art. 9.1 CE, lo que **justifica**, en impecables términos constitucionales, la inclusión en el ordenamiento de **una Ley que regule los partidos políticos**» (STC 48/2003, FJ 5). En consecuencia, «[l]a diversificación de regímenes normativos entre una disciplina general para las asociaciones comunes (actualmente contenida en la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación) y otra específica para las asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de su función política (la referida hoy en la Ley impugnada y antes en la Ley 54/1978, de partidos políticos) es plenamente conforme con los arts. 6 y 22 CE» (STC 48/2003, FJ 7).

El **régimen legal de los partidos políticos** se encuentra hoy, por tanto, en una ley específica, la **Ley Orgánica 6/2002**, de 27 de junio, caracterizada por el Tribunal Constitucional como «una Ley de partidos políticos, en la que se disciplina y regula con perfecta abstracción y generalidad cuanto afecta al régimen jurídico de estas singulares asociaciones, con la salvedad de las cuestiones relativas a su financiación y control contable, que la propia Ley Orgánica remite, en su art. 13, a lo previsto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre **financiación de los partidos políticos**, y a la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del **Tribunal de Cuentas**, y a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de dicho Tribunal. En este sentido, la Ley Orgánica recurrida constituye la primera regulación jurídica de ese régimen general dictada tras la entrada en vigor de la Constitución, y deroga la anterior Ley de partidos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre) y los preceptos vigentes de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el **derecho de asociación política**. Estas Leyes pre-

constitucionales fueron fruto de su tiempo, que fue el de la transición de un Estado no constitucional y de partido único a un Estado constitucional y democrático de Derecho basado en el valor del **pluralismo**, del que los partidos políticos son expresión significada. Se explica así la parquedad de aquellas regulaciones y, sobre todo, su especial atención al momento de la creación e inscripción registral de los partidos. También la Ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado, que no es ya el del establecimiento e incipiente consolidación de los partidos políticos, sino el de la **garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo** con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad» (STC 48/2003, FJ 14).

En esa línea, insiste la STC 48/2003 en poner de manifiesto que «[l]a maduración constitucional, tras las primeras etapas del Estado instaurado con la Constitución, ha permitido que la nueva Ley de partidos desarrolle en mayor detalle las cuestiones del régimen general de los partidos políticos referidas a su **creación, organización, estructura y funcionamiento**» (STC 48/2003, FJ 14). Ciertamente, la Ley de Partidos de 2002 ha sido también criticada por constituir acaso una respuesta excesivamente particularizada al problema representado por un partido político determinado (Batasuna), hasta el punto de haber sido tachada como una **ley singular o de caso único**. El Tribunal Constitucional ha desautorizado, sin embargo, esa censura, razonando que «[l]a percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada puede ser contraria, en su actividad y con sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en *ocasio* para la adopción de una ley como la recurrida, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será el acierto de esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya *ratio* no se limita a reflejar las in-

quietudes de la ocasión, sino que se acomoda a la racionalidad objetivada del ordenamiento constitucional» (STC 48/2003, FJ 14).

II. FUNCIONES

1. Relevancia constitucional

El art. 6 CE describe y garantiza el ámbito de funciones institucionales que corresponde a los partidos políticos, a los que encomienda como cometidos expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política. Se trata de funciones que el Tribunal Constitucional ha calificado como de «**evidente relevancia constitucional**» (STC 48/2003, FJ 5), calificación que, sin embargo, no convierte a los partidos políticos, como ya hemos señalado, ni en órganos del Estado ni en titulares del poder público (STC 10/1983, FJ 3).

Estas funciones, que son **definidoras de la condición de partido político**, han llevado a afirmar al Tribunal Constitucional que un partido político no es «una asociación que simplemente persigue un fin político o tiene intereses de ese carácter», sino que es «una asociación que aspira a **traducir una posición política en contenido de normas de Derecho**, y esto por esencia; es decir, teniendo esa aspiración como razón de ser, a cuyo servicio se constituye en instrumento mediante la agregación de voluntades e intereses particulares alrededor de un programa político» (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 9).

2. Los partidos políticos como instrumento para la participación política

A) *Protagonismo en los procesos electorales*

La función constitucional atribuida a los partidos políticos de servir de cauce fundamen-

tal para la participación política determina que en la legislación electoral se les otorgue un notable protagonismo en el desarrollo de los distintos **procesos electorales** a través de los cuales se procede a la integración personal de las instituciones públicas con representantes elegidos por el cuerpo electoral. Ese protagonismo se plasma, en primer término, en la facultad de los partidos políticos inscritos en el **Registro de Partidos Políticos** de **presentar candidatos o listas de candidatos en los procesos electorales**, de modo que solo los partidos políticos inscritos, por sí mismos o federados o coaligados con otros partidos políticos, y las agrupaciones electorales pueden presentar candidatos o listas de candidatos [art. 44.1.a) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG)]. Incluso en la **fase de presentación de candidaturas** los partidos políticos inscritos disfrutan de una **posición prevalente** a la de las demás formaciones políticas legalmente facultadas para presentar candidaturas, como revela la prohibición legal de candidaturas con **denominaciones, siglas o símbolos** que induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos (art. 64.4 LOREG). En relación con esta prohibición, mediante la que se persigue «la clara diferenciación externa de las candidaturas concurrentes al proceso electoral» (STC 70/1995, de 11 de mayo, FJ 2), cabe resaltar como pronunciamientos más relevantes del Tribunal Constitucional la atribución a los órganos judiciales del conocimiento de las controversias sobre la denominación de los partidos políticos inscritos (STC 85/1986, de 25 de junio); la necesaria identidad que ha de existir entre la denominación de un partido político y la de la candidatura que propone al electorado (STC 96/1986, de 10 de julio); la preferencia de los partidos políticos inscritos a las coaliciones y agrupaciones electorales en la denominación, siglas y símbolos de sus candidaturas (SSTC 103/1991, de 13 de mayo; 105/1991, de 13 de mayo); y, en fin, la inoperancia de la prohibición del art. 46.4 LOREG cuando la confusión tiene lugar entre denomi-

naciones, siglas y símbolos de las candidaturas presentadas por partidos políticos inscritos (STC 160/1989, de 8 de junio). Sin embargo, dicha prohibición no autoriza la entrega en exclusividad a un determinado grupo de representaciones auténticas de pensamiento —socialista, comunista, liberal, verde, etc.—, permitiendo, por el contrario, que una misma corriente ideológica pueda tener diversas expresiones partidarias (SSTC 70 y 71/1995, de 11 de mayo; 72/1995, de 12 de mayo; 75/1995, de 17 de mayo).

Los partidos políticos resultan también indudables protagonistas en las **campañas electorales** dirigidas en los distintos procesos a la captación del sufragio de los ciudadanos en apoyo de sus respectivos programas, que, al margen de la campaña institucional encomendada a los poderes públicos, solo pueden llevar a cabo quienes están facultados para la presentación de candidaturas, esto es, los partidos políticos, las federaciones, coaliciones o agrupaciones electorales (art. 50 LOREG). En el desarrollo de dicha actividad, el Tribunal Constitucional ha identificado como contenido del **derecho de participación** (art. 23 CE) la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos sin interferencias o intrusiones de los poderes públicos los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarlas que se consideren oportunas a fin de garantizar la legitimidad democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de la opinión pública libre. Se trata de asegurar «a las personas que participan como actores en la actividad pública, y a los partidos y grupos en los que aquellas se integran, la posibilidad de contribuir a la **formación y expresión de la opinión pública libre**, poniendo a disposición de los ciudadanos en general y de los electores en particular una pluralidad de opciones políticas para que puedan formar sus propias opiniones políticas y, en el momento electoral, para que puedan elegir libremente los programas que estimen más adecuados» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 14). En este contexto, únicamente que-

da fuera del ámbito constitucionalmente protegido por los derechos de participación y las libertades de expresión e información «la difusión de **programas o mensajes** que por su contenido, debidamente contextualizado, resulten **amenazantes o intimidatorios**, especialmente cuando esos efectos se producen durante los procesos electorales como consecuencia de la difusión de mensajes que pretenden decantar el sentido del voto hacia las opciones mantenidas por quienes los transmiten por temor a sufrir daños o perjuicios» (STC 136/1999, FJ 14).

En fin, los partidos políticos contribuyen de manera relevante a garantizar la **regularidad del desarrollo del proceso electoral**, al estar legitimados, entre otros sujetos, los representantes de las candidaturas —que designan los partidos políticos— en la fase de proclamación de candidaturas (art. 49.1 LOREG) y los propios partidos políticos en la fase de proclamación de electos (art. 110 LOREG) a instar el **control jurisdiccional** de una y otra fase, en vía contenciosa-administrativa y a través también del **recurso de amparo electoral**.

B) Libertad de confección de las listas electorales y exigencia de composición equilibrada por sexos

Entre las condiciones establecidas por la legislación electoral para la presentación de candidaturas figura el requisito de la **composición equilibrada** de mujeres y hombres que se contiene en el art. 44 bis LOREG, precepto añadido a aquella legislación por la Disposición Adicional 2.^a de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

Por lo que a los partidos políticos se refiere y a su incidencia en la libertad de estos de confeccionar sus candidaturas electorales, el Tribunal ha fundado la **legitimidad del requisito** en la concurrencia de sendas previsiones constitucionales (STC 12/2008, de 29 de enero). De una parte, en el mandato dirigido por el

art. 9.2 CE a los poderes públicos para promover la **igualdad real y efectiva** del individuo y de los grupos en que se integra, pues dicho precepto «encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación» (STC 12/2008, FJ 4), y por tanto dota de legitimidad a las configuraciones legislativas que en el estatuto jurídico de los partidos políticos estén orientadas a la realización efectiva del principio de igualdad, como es en este caso la exigencia de la composición sexualmente equilibrada de las candidaturas. De otra parte, la legitimidad de la medida se sustenta en que los partidos políticos, precisamente en tanto que **asociaciones cualificadas** por los cometidos que les encomienda el art. 6 CE, «son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE» (STC 12/2008, FJ 4). En definitiva, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales persigue la **realización efectiva del principio de igualdad en el ámbito de la representación política**, en el que las mujeres, aunque formalmente iguales, han estado materialmente preteridas a los hombres y su imposición a los partidos políticos supone servir de ellos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos que exige el art. 9.2 CE. Además, a juicio del Tribunal Constitucional, se hace de una manera constitucionalmente lícita, «pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder político de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en número significativo», lo que resulta «coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados» (STC 12/2008, FJ 5).

Ciertamente, el requisito del equilibrio de sexos en las candidaturas electorales **constriñe la libertad de los partidos políticos** en su confección. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estima que esa libertad no es abso-

luta y puede ser limitada por el legislador en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, al igual que ocurre con otras condiciones establecidas para la presentación de candidaturas. En concreto, en lo que atañe al equilibrio en las candidaturas por razón de sexo entiende que se trata de una **constricción perfectamente constitucional por legítima**, en atención a que su finalidad es la de conseguir una **igualdad efectiva** en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE); por **razonable**, pues el régimen establecido se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la medida hasta el año 2011 para las inferiores de 5.000, excluyendo solo de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo; y, en fin, por resultar **inocua** para los derechos fundamentales de los destinatarios de la norma, pues **los partidos políticos no son**, por definición, **titulares de los derechos fundamentales de sufragio** activo y pasivo. También excluye que dicho requisito vulnere la **libertad ideológica** (art. 16.1 CE) y la **libertad de expresión** [art. 20.1.a) CE], ya que no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre ciudadanos o que defiendan la primacía de las personas de un mismo sexo.

Finalmente, se distingue en la sentencia la presencia proporcional de uno y otro sexo en las candidaturas de **otros posibles criterios diferenciadores** determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se impusiera la presencia de un número o porcentaje de personas determinado en razón de la **raza** o la **edad**, pues el sexo es un criterio que de manera universal divide a la sociedad en grupos cuantitativamente equilibrados, persiguiéndose trasladar este equilibrio desde la sociedad a los órganos de representación política.

3. Partidos políticos y representación política

A) *Relación de representación*

La relación de representación que nace con la elección de los cargos representativos no se establece entre estos y los partidos políticos que los han propuesto como candidatos a cargos de elección popular, sino **entre los representantes y el cuerpo electoral**. De modo que, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, **las listas de candidatos son meras propuestas y la representación, surge solo con la elección** y es siempre representación del cuerpo electoral, nunca del autor de la propuesta (STC 10/1983, FJ 4). Por lo tanto, la elección de los ciudadanos **no recae sobre los partidos** políticos que proponen las candidaturas, ni sobre estas, sino sobre las concretas personas incluidas en las candidaturas que tras las correspondientes operaciones electorales resulten elegidas (STC 167/1991, de 19 de julio, FJ 4).

Así pues, **los representantes lo son de los ciudadanos** y no de los partidos políticos que los han propuesto como candidatos, lo que implica, a su vez, que la **permanencia de los representantes en sus cargos** públicos depende de la voluntad de los electores expresada a través de sufragio en las elecciones periódicas, no de la voluntad del partido político en cuyas listas aquéllos han figurado como candidatos, de modo que el **cese en un cargo público representativo** al que se accede en virtud de sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores. Con base en esta concepción de la representación política, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de la previsión legal que anudaba el cese de un cargo público representativo a la **expulsión del partido político** en cuyas listas había figurado como candidato (SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 10/1983), así como ha estimado lesivo del derecho a permanecer en el cargo público (art. 23.2 CE) el cese de cargos públicos re-

presentativos por haber causado **baja en el partido político** que los propuso como candidatos (STC 28/1984, de 28 de febrero) o **en el grupo político** constituido por los electos que integraron la candidatura electoral de un mismo partido político (STC 185/1993, de 31 de mayo). En este mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha negado eficacia vinculante alguna al precepto de los estatutos de un partido político que preveía que la **baja como afiliado** del partido para cualquier miembro con representación institucional había de conllevar la obligación por parte del afectado de cesar en el cargo público para el que resultó electo en representación del partido (STC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 8).

B) Partidos políticos y grupos políticos

Consecuencia de la expuesta concepción de la representación política, conforme a la cual, en síntesis, la **titularidad del escaño corresponde a los electos** y no a los partidos o a las formaciones políticas que los han propuesto como candidatos, es también la **disociación jurídica entre los partidos políticos y los grupos políticos** (parlamentarios o municipales) en los que se agrupan los candidatos elegidos en las listas de aquellos en el seno de los órganos representativos para el desempeño de sus funciones representativas. Es evidente la **vinculación política** entre estos grupos y los partidos políticos en cuyas listas han sido elegidos los representantes que los integran, hasta el punto de que por regla general las normas internas que regulan la organización de cada órgano representativo establecen una evidente conexión entre la constitución y composición de los referidos grupos y los partidos o formaciones políticas en cuyas candidaturas figuran quienes han resultado electos. Esa **vinculación política entre partidos políticos y grupos políticos** ha sido expresamente reconocida por el propio Tribunal Constitucional, que ha admitido, en relación con los grupos parlamentarios, que son **lógica emanación de los partidos políticos** en cuyas listas electorales figuran como candidatos los Diputados que

los integran (ATC 12/1986, de 15 de enero; STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1). Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, pese a esa estrecha vinculación política, los partidos políticos y los grupos políticos en los que se integran los candidatos electos que aquellos han propuesto al electorado son **realidades conceptuales y jurídicamente diferentes e independientes**, al no tener por qué coincidir sus voluntades (SSTC 36/1990, FJ 1; 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 6). Ello es así ya que los titulares de los escaños son los electos y no los partidos políticos que los han propuesto al electorado como candidatos, y ni aquellos ni los grupos políticos en los que se integran dentro del órgano representativo están jurídicamente vinculados en su actuación a los partidos o formaciones políticas en cuyas listas se han presentado como candidatos.

Con base en esta disociación entre los partidos políticos y los grupos políticos se ha suscitado también la controvertida cuestión de que si los **efectos de la sentencia de ilegalización de un partido político** pueden extenderse a los grupos políticos formados por los electos en las candidaturas presentadas por dicho partido en diferentes órganos representativos, como la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ hizo en la fase de ejecución de su Sentencia de 27 de marzo de 2003, en la que declaró la ilegalidad y la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna, al ordenar la disolución de los grupos políticos constituidos en distintos órganos representativos por los electos en las candidaturas de estos partidos políticos. Pese a los nueve recursos de amparo interpuestos, el Tribunal Constitucional, por distintas razones (AATC 515/2005, de 19 de diciembre, y 520/2005, de 20 de diciembre, y SSTC 251/2007 y 50/2008, de 14 de abril), no se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, si bien, aunque tal argumentación no constituye la *ratio decidendi* de la resolución, parece discrepar de la extensión de los efectos de la sentencia de ilegalización llevada a cabo por el Tribunal Supre-

mo, en razón de la disociación conceptual y de personalidad jurídica e independencia de voluntades existentes entre los partidos políticos ilegalizados y el grupo parlamentario formado en el caso enjuiciado por los Diputados electos en sus candidaturas, al margen de la identidad material que en el concreto supuesto pudiera existir entre los partidos ilegalizados y el referido grupo parlamentario (STC 251/2007, FJ 8).

III. CREACIÓN

1. Libertad de creación

El art. 6 CE proclama el derecho a la libre creación de partidos políticos, disponiendo, en lo que ahora interesa, que **su creación es libre** «dentro del respeto a la Constitución y a la ley». Este derecho supone que la creación de partidos políticos «ha de hallarse libre de toda traba u obstáculo que impida o dificulte» el referido mandato constitucional y veda por parte de las autoridades administrativas el ejercicio de cualquier tipo de **control material** en orden a la constitución o reconocimiento de los partidos políticos (STC 48/2003, FJ 20). En tanto que los partidos políticos no dejan de ser una forma particular de asociación cualificada por la relevancia constitucional de sus funciones, **el derecho a crear partidos políticos forma parte del derecho de asociación** (art. 22 CE) y, en cuanto tal, es susceptible de protección a través del **recurso de amparo constitucional** (STC 3/1981, FJ 1).

De otra parte, la libertad de creación de partidos políticos no permite un control jurídico inmediato en toda su extensión de las exigencias que les impone el art. 6 CE en atención a la relevancia constitucional de sus funciones, sino que, por el contrario, ese **control** ha de ser **a posteriori**. En efecto, no cabe verificar en todo su alcance si en el momento de su constitución e inscripción lo que se constituye e inscribe como partido político merece tal consideración, pues en este inicial trámite

solo será posible acreditar la concurrencia de «una efectiva voluntad de constitución de un partido político y el cumplimiento de los requisitos de capacidad para constituirlo y la adopción de una estructura que permita un funcionamiento democrático». Sin embargo, las circunstancias que lo cualifican como partido político solo pueden constatare una vez constituido (STC 5/2004, FJ 9).

La LOPP reconoce el **principio de libertad de creación y afiliación** a los partidos políticos, tanto en su **dimensión positiva**, esto es, de crear y afiliarse libremente a los partidos políticos, como en su **dimensión negativa**, es decir, que nadie puede ser obligado a constituir un partido político o a integrarse o permanecer en el mismo (art. 1). El legislador ha restringido a los **españoles la titularidad del derecho de creación de partidos políticos**, a diferencia del derecho de afiliación, respecto al que no ha establecido dicha limitación. Para el Tribunal Constitucional, dicha restricción no merece reproche alguno en razón de la relevancia constitucional de las funciones que el art. 6 CE encomienda a los partidos políticos y, más concretamente, por ser un instrumento privilegiado de participación política, pues **los españoles son los únicos titulares del derecho de participación en los asuntos públicos** (arts. 23 y 13.2 CE). Ahora bien, esta reserva a los españoles del derecho de crear partidos políticos debe coheretarse con el **reconocimiento en ciertas condiciones** del derecho de sufragio activo y pasivo a los **ciudadanos extranjeros** en determinados comicios (art. 13.2 CE), de modo que aquella restricción debe interpretarse en sus estrictos términos y, en consecuencia, «no puede afectar al **derecho de los extranjeros a afiliarse** a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación» (STC 48/2003, FJ 18).

En cuanto a la **capacidad** para constituir un partido político, los **promotores** han de ser personas físicas, mayores de edad, que se encuentren en **pleno ejercicio de sus dere-**

chos y que no hayan sido penalmente condenadas por asociación ilícita o por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, no afectando esta última causa de incapacidad a quienes hayan sido judicialmente rehabilitados (art. 2 LOPP). Precisamente en relación con esta causa de incapacidad consistente en la condena por alguno de los delitos graves de los Títulos XXI a XXIV del Código Penal (delitos contra la Constitución; delitos contra el orden público; delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; y, en fin, delitos contra la comunidad internacional), el Tribunal Constitucional ha descartado que se trate de una pena o sanción añadida a las impuestas por la comisión de algunos de los delitos referidos, caracterizándola, por el contrario, de conformidad con el propio tenor de la ley, como una **causa de incapacidad especial** que dejará de afectar a los incursores en ella cuando hayan sido judicialmente rehabilitados, resultando justificado que «se incapacite para promover un partido político» a quien haya sido condenado por alguno de aquellos delitos graves y no se encuentre rehabilitando judicialmente, ya que son delitos relacionados «con la actividad política y acreditativos de una identificación con la violencia y un desprecio por los procedimientos legalmente establecidos que justificadamente anticipan la defensa del orden constituido mediante la prohibición de que cree un instrumento cualificado de participación en la vida pública quien todavía no ha expiado por entero la condena impuesta por haber atentado contra la pacífica convivencia en que aquella debe desenvolverse» (STC 48/2003, FJ 19).

El **acuerdo de constitución** de un partido político ha de formalizarse mediante un **acta fundacional** que debe constar en **documento público** y que debe contener, en todo caso, la identificación personal de los **promotores**, la **denominación del partido** que se propone constituir, los integrantes de los **órganos directivos** provisionales, el **domicilio** y los **estatutos** (art. 3.1 LOPP).

2. Personalidad jurídica e inscripción en el Registro de Partidos Políticos

Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos existente en el **Ministerio del Interior**, debiendo presentar a tales efectos el acta fundacional del partido suscrita por sus promotores y aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos que establece la LOPP para la constitución de un partido político (art. 3.2). Así pues, el legislador ha asociado la **adquisición de la personalidad jurídica** de los partidos políticos a su **inscripción en el Registro de Partidos Políticos**. El Tribunal Constitucional considera que lo relevante desde la perspectiva del derecho a la libre creación de partidos políticos no es que el legislador ligue o no la adquisición de la personalidad jurídica del partido político a su inscripción registral, pudiendo, en consecuencia, optar por una u otra alternativa, sino si en la concreta configuración que ha hecho del **trámite de inscripción** se lleva en realidad a cabo o no «un **control material** que suponga injerencia en el principio de libertad de creación de los partidos políticos y, con ello, [una] vulneración del art. 6 CE» (STC 48/2003, FJ 20). En efecto, aunque en relación con la legislación en materia de partidos precedente a la vigente LOPP, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el Registro de Partidos Políticos es «un Registro cuyo encargo no tiene más funciones que las de **verificación reglada**, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si se reúnen los requisitos formales necesarios» (STC 3/1981, FJ 5), así como que «el sistema de previa inscripción en un Registro público que impone la Ley 54/1978 solo es constitucionalmente admisible con el alcance de un **control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada** por parte de la autoridad administrativa» (STC 85/1986, FJ 3). De modo que lo trascendente desde la perspectiva del principio constitucional de creación o consti-

tución de partidos políticos no es la atribución de personalidad jurídica por su inscripción en el Registro, sino si el acto de inscripción, por las facultades que al respecto se atribuyen al encargado del Registro, se configura como un efectivo control material sobre la constitución del partido político.

En el modelo de inscripción configurado por la LOPP, el **Ministerio del Interior** ha de proceder a **practicar la inscripción** del partido político en los **veinte días siguientes a la presentación de la documentación** completa por sus promotores en el Registro de Partidos Políticos. Transcurrido dicho plazo se entenderá producida la inscripción, salvo que hubiera quedado en **suspense** como consecuencia de la puesta en marcha de cualquiera de los dos procedimientos expresamente previstos en la ley. El primero de dichos procedimientos se inicia cuando el Ministerio del Interior advierta **defectos formales** en el acta fundacional o en la documentación que la acompaña o cuando los **promotores carezcan de capacidad**, defectos que debe poner en conocimiento de los interesados para que procedan a su **subsanción**. En tales casos, el plazo de inscripción se suspende desde el momento en que se notifica a los promotores los defectos advertidos y se reanuda su cómputo una vez que estos hayan sido subsanados (arts. 4.2 y 3 y 5.1 LOPP).

El segundo de los referidos procedimientos que determina la suspensión del plazo de inscripción tiene lugar cuando de la documentación presentada se deduzcan **indicios racionales de ilicitud penal** del partido. El **Ministerio del Interior** debe ponerlo en conocimiento del **Ministerio Fiscal** dentro del plazo de veinte días para practicar la inscripción mediante resolución fundada y acompañada de los elementos probatorios disponibles para apreciar dichos indicios. El Ministerio Fiscal, en el plazo de los veinte días siguientes a recibir la notificación del Ministerio del Interior, ha de optar por ejercer las **acciones correspondientes ante la jurisdicción penal**, si considera suficientes los

indicios de ilicitud penal, o, en caso contrario, devolver la comunicación al Ministerio del Interior para que proceda a **completar la inscripción**. La suspensión del plazo de inscripción, que se inicia con la remisión de la comunicación del Ministerio del Interior al Ministerio Fiscal, concluye bien con la devolución por este al Ministerio del Interior de la comunicación fundada en la que no aprecia motivos suficientes para la ilicitud penal, bien, en el supuesto de que haya optado por el ejercicio de la acción penal, con la decisión del Juez penal sobre la procedencia de la inscripción (arts. 4.2 y 5.2, 3 y 4 LOPP).

La Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ tiene declarado que la **suspensión** de la inscripción del partido político en los dos supuestos legalmente previstos se produce **automáticamente** y no por decisión del Ministerio del Interior, pudiendo los promotores del partido político solicitar como medida cautelar el **alzamiento provisional** de la referida suspensión (ATS de 22 de mayo de 2007, FD 2.º).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, a la vista de los requisitos formales exigidos para la constitución de un partido político, estima que el **régimen de inscripción** que configura la LOPP no resulta contrario al principio constitucional de libertad de creación de partidos políticos (art. 6 CE), ya que «no se confieren al Ministerio del Interior potestades discrecionales que le habiliten para proceder o no a la inscripción en el Registro del partido que lo solicita mediante la presentación de la documentación requerida al efecto, pues a la autoridad administrativa tan solo se le atribuye una **actuación de constatación rigurosamente reglada**, en cuanto contraída a los aspectos formales a través de los que se manifiesta el acto de constitución (acta fundacional y documentación complementaria)» [STC 48/2003, FJ 20]. En definitiva, a la Administración no le compete un verdadero control material en la inscripción de los partidos políticos y, consiguientemente, en la adquisición por estos de personalidad jurídica.

No obstante, el Tribunal Constitucional, en una **interpretación conforme de los arts. 3.1 y 5.1 LOPP**, ha precisado el **alcance del control** que puede llevar a cabo el Registro de Partidos Políticos en relación con uno de los requisitos formales legalmente exigidos para su constitución, como es el de la **denominación** del partido político que pretende inscribirse, en la que no pueden incluirse «términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas», ni tampoco puede «coincidir, asemejarse o identificarse —aun fonéticamente—» con la de otro partido ya inscrito o disuelto o suspendido judicialmente, ni coincidir con «la identificación de personas físicas o de entidades preexistentes o marcas registradas» (art. 3.1 LOPP). Pues bien, siguiendo al respecto la doctrina ya recogida en la STC 85/1986 (FJ 4), el Tribunal Constitucional considera que, «salvo en los supuestos de **plena identidad de denominación** entre partidos o entidades ya inscritas o disueltas judicialmente» o en los que la **contradicción** de la denominación del partido político con «las leyes o con los derechos fundamentales sea **palmaria, manifiesta o patente**», en todos los demás casos el Ministerio del Interior no está habilitado para denegar la inscripción del partido político, pues de lo contrario se le conferiría un margen de apreciación que resultaría lesivo del ejercicio en libertad del derecho a constituir o crear partidos políticos (STC 48/2003, FJ 21). Es en la **vía jurisdiccional**, no en la vía administrativa, en la que han de ventilarse los posibles litigios como consecuencia de la confusión, semejanza o identidad en las denominaciones de los partidos políticos.

La inscripción de un partido político en el Registro de Partidos Políticos le confiere **personalidad jurídica**, hace pública su constitución y estatutos, vincula a los poderes públicos y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido como para sus propios miembros. Los **efectos de la inscripción** son indefinidos hasta que no se

anote en el Registro la suspensión o disolución del partido político, bien por decisión del propio partido, bien por haber sido declarado judicialmente ilegal, disuelto o suspendido (art. 4.3 y 4 LOPP).

En el procedimiento de inscripción de los partidos políticos es de **aplicación supletoria** la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (disp. adic. 3.ª LOPP), y las actuaciones administrativas relacionadas con la inscripción podrán recurrirse ante la **jurisdicción contencioso-administrativa**, de conformidad con las previsiones de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (art. 5.5 LOPP).

3. Inscripción de partidos políticos que sucedan a un partido político ilegalizado y disuelto

En el supuesto de que se pretenda la inscripción en el Registro de Partidos Políticos de un partido que continúe o suceda la actividad de otro declarado ilegal o disuelto, corresponde a la Sala que ha dictado la sentencia de ilegalización y disolución, esto es, la **Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 de la LOPJ**, pronunciarse, previa audiencia de los interesados, sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción, estando **legitimados para instar su pronunciamiento**, además de quienes hubieran sido parte en el proceso de ilegalización, el **Ministerio del Interior** y el **Ministerio Fiscal** (arts. 5.6 y 12.3 LOPP). El Tribunal Constitucional entiende que el legislador, al conferir al Ministerio del Interior la facultad de instar el pronunciamiento de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, no le otorga poderes decisorios que impliquen una injerencia ilegítima en el ejercicio del derecho a constituir o crear partidos políticos, ya que, en definitiva, la apreciación de si procede impedir la creación o inscripción del nuevo partido político corresponde a la Sala que dictó

la sentencia de ilegalización o disolución en atención a los criterios de identidad o sucesión que enuncia el art. 12.3 LOPP (STC 48/2003, FJ 22).

Precisamente por el indicado cauce del art. 12.3 LOPP, la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, en el incidente de ejecución de su Sentencia de 27 de marzo de 2003, en la que se acordó la ilegalidad y la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, declaró por Auto de 22 de mayo de 2007, a instancias del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, la improcedencia de la constitución e inscripción en el Registro de Partidos Políticos del partido político Abertzale Sozialisten Batasuna (ASB) por ser continuidad o sucesión del partido político declarado ilegal y disuelto Batasuna. Por su parte, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó no admitir a trámite, por Providencia de 26 de marzo de 2008, el recurso de amparo interpuesto por Abertzale Sozialisten Batasuna (ASB) contra la decisión de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, «por no apreciar en el mismo la **especial trascendencia constitucional** que, como condición para la admisión del recurso de amparo, requiere el art. 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo».

IV. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO

Más allá de las exigencias que implícitamente se derivan del **concepto y naturaleza** constitucionales de los partidos políticos, el art. 6 CE exige de ellos una estructura y un funcionamiento democráticos. Sobre ambos conceptos se ha extendido con algún detalle el Tribunal Constitucional en la STC 56/1995, de 6 de marzo, donde se afirmó, en línea con pronunciamientos anteriores, que «[e]l mandato constitucional conforme al cual la organización y funcionamiento de los partidos políticos debe responder a los **principios**

democráticos constituye, en primer lugar, una **carga impuesta a los propios partidos** con la que se pretende asegurar el efectivo cumplimiento de las funciones que estos tienen constitucional y legalmente encomendadas y, en último término, contribuir a garantizar el funcionamiento democrático del Estado. Como dijimos en la STC 10/1983, [...] «la trascendencia política de sus funciones (concurrir a la **formación y manifestación de la voluntad popular** y ser cauce fundamental para la **participación política**) [...] explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos» (fundamento jurídico 3.º). Difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado, que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos. Los actores privilegiados del juego democrático deben respetar en su vida interna unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos al objeto de que pueda «manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación» en los órganos del Estado a los que esos partidos acceden (STC 75/1985)» [STC 56/1995, FJ 3.a)].

La exigencia en cuestión no solo se traduce en una carga para los partidos, sino también «en un derecho o un conjunto de **derechos subjetivos** y de facultades atribuidos a los **afiliados** respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos» [STC 56/1995, FJ 3.a)].

Tales derechos subjetivos lo son, en todo caso, de **configuración legal**, toda vez que «el precepto constitucional que consagra de modo genérico el principio de democracia interna admite muy diversas concreciones, ya que los modelos de organización partidista democrática que caben dentro del mencionado principio constitucional son muy diversos,

tanto como dispares pueden ser, en contenido e intensidad, los derechos y, en general, el estatuto jurídico que puede atribuirse a los afiliados en orden a garantizar su **participación democrática**. La concreción del legislador resulta, por tanto, absolutamente necesaria y en la realización de esta tarea goza [...] de un amplio margen de libertad de configuración» [STC 56/1995, FJ 3.b)]. Nunca, sin embargo, de una libertad absoluta, pues siempre «deberá respetar, además naturalmente del **contenido esencial** del derecho de participación democrática, el contenido de otros derechos con los que este guarda íntima relación como son el **derecho de libre creación** y, muy especialmente, el **derecho de autoorganización** del partido, un derecho, este último, que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos. [...] El **derecho de asociación** en partidos políticos es, esencialmente, un **derecho frente a los poderes públicos** en el que sobresale el derecho a la autoorganización sin injerencias públicas; sin embargo, a diferencia de lo que suele suceder en otros tipos de asociación, en el caso de los partidos políticos y dada su especial posición constitucional, ese derecho de autoorganización tiene un **límite en el derecho de los propios afiliados a la participación** en su organización y funcionamiento» [STC 56/1995, FJ 3.b)].

La configuración legal de los derechos subjetivos implicados se ha verificado en la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación, y en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. La STC 56/1995 no ha podido referirse, obviamente, a esas leyes, pero sí a las que hasta entonces regulaban, en términos que no han sufrido alteraciones sustanciales, ambas materias. Destacaba el Tribunal al respecto que «el legislador ha optado por establecer unas muy parcas reglas de organización y funcionamiento democrático y por reconocer unos muy escuetos **derechos de los afiliados**» [STC 56/1995, FJ

3.b)]. Así, la previsión de la existencia de una **asamblea general** como órgano supremo del partido, el **derecho de participación** de los afiliados (comprensivo de la **libertad de expresión** y del **derecho a recibir información** de las actividades del partido), la exigencia de que los órganos directores se provean mediante **sufragio libre y secreto** y, en fin, la habilitación de los **estatutos** como la sede adecuada para la regulación de los derechos y deberes de los miembros del partido y del pertinente **régimen disciplinario** y de las **causas de expulsión**, siempre por decisión motivada. En este punto, «[s]e reconoce, pues, aunque sea indirectamente, un derecho de los afiliados a no ser expulsados del partido si no es por las causas y siguiendo el procedimiento establecido en la ley y en los estatutos; en rigor, el derecho a permanecer en el partido es el presupuesto de los demás derechos de participación democrática y, por ello, no puede extrañar que las leyes lo incluyan en este tipo de derechos de participación» [STC 56/1995, FJ 3.b)].

El **estatuto del partido** es, pues, la norma llamada a la regulación de los extremos en los que se **concreta el régimen de participación** de los afiliados en la vida del partido. Las previsiones legislativas en la materia constituyen para el estatuto, sin embargo, solo un **mínimo indisponible**, toda vez que los «estatutos pueden ampliar los derechos de participación y control de sus afiliados hasta donde tengan por conveniente, respetando naturalmente la regulación legal y constitucional aplicable; sin embargo, esos derechos añadidos serán derechos de rango meramente estatutario, con todo lo que eso significa [...] en cuanto a los cauces procesales de garantía jurisdiccional y a los límites dentro de los que debe operar ese control» [STC 56/1995, FJ 3.b)].

En íntima conexión con el problema de la **naturaleza jurídica de los partidos**, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones, se encuentra el de las **garantías jurisdiccionales**

de los derechos de los afiliados que traen causa de la exigencia de la estructura y el funcionamiento democráticos. En particular, si **tales garantías son las del derecho de asociación** del art. 22 CE y, en consecuencia, su control es residenciable en vía de **amparo constitucional**. La respuesta es, para el Tribunal Constitucional, positiva, pues, en sus palabras, «las previsiones contenidas en los apartados 2 y siguientes del art. 22, en tanto que «garantía común» del derecho de asociación (STC 67/1985), son aplicables a todo tipo de asociaciones, incluidos los partidos políticos» [STC 56/1995, FJ 3.c)].

De acuerdo con la repetida Sentencia, «nada se opone a considerar que los requisitos constitucionales específicamente previstos respecto de los partidos políticos en preceptos de la Constitución situados fuera del art. 22 —y en sus correspondientes concreciones legislativas—, integran también el **contenido del derecho constitucional de asociación** proclamado en el referido art. 22 CE. El derecho de asociación consagrado genéricamente en el primer apartado de este precepto es un derecho que se concreta en los distintos tipos de asociaciones que libremente pueden crearse, por lo que el mero hecho de que la Constitución regule aspectos específicos de las mismas en otros preceptos no supone necesariamente la consagración de un derecho de asociación distinto. [...] [E]l hecho de que los partidos políticos figuren en el Título Preliminar de la Constitución responde únicamente a la posición y al relieve constitucional que los constituyentes quisieron atribuirles, pero esto no significa que al crear y participar en un partido se esté ejerciendo un derecho distinto del derecho de asociación. **Los arts. 6 y 22 deben interpretarse conjunta y sistemáticamente**, sin separaciones artificiosas y, en consecuencia, debe reconocerse que el principio de organización y funcionamiento interno democrático y los derechos que de él derivan integran el **contenido del derecho de asociación** cuando este opera sobre la variante asociativa de los partidos políticos.

En definitiva —concluye el Tribunal—, puede afirmarse que el derecho de asociación referido a los partidos políticos añade una **cuarta dimensión al contenido genérico del derecho de asociación** al que nos hemos referido en otras Sentencias. Concretamente, a la **libertad de creación de partidos** políticos, al **derecho de no afiliarse** a ninguno de ellos y a la **libre autoorganización** de los mismos, se añaden los **derechos de participación democrática interna** de los afiliados» [STC 56/1995, FJ 3.c)].

Cuestión distinta es la de los **derechos estrictamente estatutarios**, esto es, los añadidos a los constitucionalmente necesarios. «Ciertamente, el hecho de tratarse de derechos estatutarios no lleva a negarles toda **garantía judicial**. La vida interna de las asociaciones no constituye un ámbito exento de todo control judicial (SSTC 218/1988, 96/1994). Concretamente, si la vulneración de los derechos estatutarios no afecta a otros derechos de los asociados, esa garantía deberá ser dispensada por la **jurisdicción ordinaria** a través de los procedimientos ordinarios; si conlleva la infracción de otros derechos podrá, en principio, residenciarse en el cauce procesal correspondiente a esos derechos afectados, incluida la vía de **protección de los derechos fundamentales** cuando de este tipo de derechos se trate. Así lo ha reconocido este Tribunal en varias ocasiones, relacionadas sobre todo con la conculcación de reglas y derechos estatutarios —especialmente los relativos a **sanciones** y, muy particularmente, a las que pueden suponer, como en el caso aquí enjuiciado, la **expulsión** de un asociado—. Se ha advertido que esa actividad sancionadora llevada a cabo «contra los procedimientos y garantías que regulan los estatutos pueden [...] vulnerar derechos fundamentales de los afectados» (STC 185/1993), como el **acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos** (STC 155/1993), el **derecho al honor** (STC 218/1988) o la **libertad de expresión** (STC 226/2016, de 22 de diciembre) u otros derechos de contenido económico (STC 96/1994). En estos casos se ha admitido la posibilidad de

controlar jurisdiccionalmente estas infracciones (SSTC 185/1993, 96/1994 y ATC 213/1991) y nada se opone a que cuando no se vean afectados otros derechos también las infracciones referidas únicamente a los derechos estatutarios sean susceptibles de una cierta garantía jurisdiccional. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de **derechos de carácter meramente estatutario**, que encuentran siempre un límite o contrapunto en los derechos, esos sí constitucionales, de los demás asociados y de la propia asociación, especialmente, el **derecho de autoorganización**, cuyo objetivo fundamental reside [...] en evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en la organización y funcionamiento de las asociaciones. La intensidad —e incluso la posibilidad— del control judicial dependerá de múltiples circunstancias — como la afectación o no de otros derechos no estatutarios— y exigirá en cada caso una cuidadosa labor de ponderación [...]» [STC 56/1995, FJ 3.d)].

V. FINANCIACIÓN

La LOPP se remite en materia de financiación a la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (art. 13 LOPP), que ha sido derogada por la **Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP)**, a cuyas disposiciones ha de ajustarse en la actualidad la financiación de los partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales (art. 1.1 LOFPP). No obstante, como se puede constatar al analizar las distintas fuentes y recursos, **la regulación de la financiación de los partidos políticos no se agota en la LOFPP**.

La LOFPP ha optado por un **modelo mixto** de financiación integrado, por una parte, por los recursos procedentes de los poderes públicos como medio de garantizar la independencia y suficiencia del sistema, y por otra parte, por los recursos procedentes de fuentes privadas de financiación.

Los recursos procedentes de la **financiación pública** son los siguientes:

a) Las **subvenciones públicas para gastos electorales**, en los términos previstos en la LOREG y en la legislación reguladora de los procesos electorales de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos [art. 2. Uno.a)].

La LOREG se circunscribe a las subvenciones electorales con ocasión de las **elecciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Parlamento Europeo y municipales**, estableciendo una subvención por cada escaño y por cada voto conseguido por las candidaturas que hubieran obtenido representación y otra para gastos electorales originados por el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas electorales o por propaganda y publicidad electoral (arts. 175, 193 y 227). A la **legislación electoral de cada Comunidad Autónoma y de cada Territorio Histórico** les corresponde regular las subvenciones a percibir por los partidos o formaciones políticas que hubieran concurrido, respectivamente, a las **elecciones de sus Asambleas Legislativas** y de sus **Juntas Generales**.

b) Las **subvenciones estatales** contempladas en la LOFPP [arts. 2. Uno.b) y 3. Uno, Dos y Cuatro]. Se trata de subvenciones **anuales** otorgadas a los partidos políticos con **representación en el Congreso de los Diputados** con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En tanto que la Ley dispone el **carácter necesario** de las destinadas a atender los **gastos de funcionamiento** de los partidos políticos, confiere **carácter potestativo** a la asignación para sufragar los **gastos de seguridad** en los que incurran para mantener su actividad política e institucional. Uno y otro tipo de subvención se distribuyen en función del número de votos y escaños obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones al Congreso de los Diputados, siendo **incompatibles** con cualquier otra ayuda económica o financiera incluida en los Presupuestos Ge-

nerales del Estado, salvo las ya referidas subvenciones electorales.

c) Las **subvenciones anuales** que las **Comunidades Autónomas**, los **Territorios Históricos** y, en su caso, las **Corporaciones locales** puedan establecer en sus respectivos ámbitos a cargo de sus presupuestos para atender los **gastos de funcionamiento** de los partidos políticos con representación [arts. 2. Uno.c) y 3. Tres y Cuatro]. Estas subvenciones han de distribuirse, en su caso, en función del número de escaños y votos obtenidos por cada partido político en las últimas elecciones, siendo también **incompatibles** con cualquier otro tipo de ayuda económica o financiera incluida en los presupuestos de dichas instituciones, salvo con las subvenciones electorales.

d) Las **subvenciones extraordinarias** para realizar campañas de propaganda que puedan establecerse en la Ley Orgánica Reguladora de las distintas modalidades de **referéndum** [art. 2. Uno.d)]. Aunque la LOFPP ha recogido esta fuente de financiación, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, no prevé ningún tipo de subvención. Y, en fin,

e) Las **aportaciones** que en su caso los partidos políticos puedan recibir de los **grupos parlamentarios** de las Cámaras de las Cortes Generales, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Juntas Generales de los Territorios Históricos y de los **grupos de representantes** en los órganos de las Administraciones locales [art. 2. Uno.e)].

Las **fuentes privadas de financiación** son las siguientes:

a) Las **cuotas y aportaciones de los afiliados, adheridos y simpatizantes**, que deben abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente a dicho fin [arts. 2. Dos.a), 4. Uno y 8].

b) Los **productos propios de las actividades** del partido político y los **rendimientos** procedentes de la **gestión de su propio patrimonio**, así como los **beneficios de actividades promocionales** y los que pudieran derivarse de los servicios que presten en relación con los fines específicos de los partidos políticos, no pudiendo desarrollar en ningún caso actividades de carácter mercantil [arts. 2. Dos.b) y 6].

c) Las **donaciones privadas** en dinero o en especie de personas físicas o jurídicas. Estas donaciones deben destinarse a la realización de las actividades propias de los partidos políticos y abonarse en cuentas de entidades de crédito abiertas exclusivamente para dicho fin, siendo necesaria la identificación tanto del donante como del importe de la donación. Se establece como límite para estas donaciones la **cantidad de 100.000 euros**, salvo que se trate de donación en especie de bienes inmuebles. En todo caso quedan **prohibidas** las donaciones de organismos, entidades o empresas públicas, así como las de empresas privadas que mediante contrato vigente presten **servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas**, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público [arts. 2. Dos.c), 4. Dos y Tres y 5].

La LOFPP también admite las donaciones de **personas extranjeras** con los mismos límites y requisitos que los que prevé para las anteriores donaciones, no pudiendo aceptar los partidos políticos **ninguna forma de financiación por parte de Gobiernos**, organismos, entidades o empresas públicas extranjeras (art. 7).

d) Los fondos procedentes de los **préstamos o créditos** que los partidos políticos concierten [art. 2. Dos.d)]. Y, en fin,

e) Las **herencias o legados** que reciban [art. 2. Dos.e)].

Además de las fuentes de financiación, la LOFPP regula el **régimen tributario** de los par-

tidos políticos (arts. 9 a 13), sus **obligaciones contables** (art. 14), la fiscalización y el **control** de su actividad económico-financiera (arts. 15 y 16) y el **régimen sancionador** por infracción de sus disposiciones, en virtud del cual el **Tribunal de Cuentas** puede acordar la imposición de **sanciones** económicas al partido político infractor, sin perjuicio de otras responsabilidades que se pudieran derivar (arts. 17 a 19).

VI. CONTROL, SUSPENSIÓN Y DISOLUCIÓN

1. Competencia

También en esta materia es inevitable la referencia a la STC 48/2003, de 12 de marzo, en la que, sobre la base de unos principios jurisprudenciales muy consolidados, se ha definido un cuerpo de doctrina razonablemente sistemático acerca de la **constitucionalidad de los controles sobre la actividad de los partidos políticos** y, mediatamente, sobre la concurrencia en cada caso de las condiciones que cualifican a una asociación como partido. Tal doctrina parte de la existencia de unos **límites específicos** para los partidos políticos, distintos de los comunes al género de las **asociaciones**: «La libertad característica de las asociaciones, y de la que los partidos también disfrutan, no puede ser para estos tan omnímoda que a su amparo se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus **finnes constitucionales**» (STC 48/2003, FJ 6). Por ello, no puede admitirse que los partidos solo estén sometidos a los límites del art. 22 CE, pues ello «sería tanto como admitir que las previsiones del art. 6 CE se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa. Otra cosa será que la concreta disciplina legal de los partidos, en lo que se aparte del régimen normativo de las asociaciones comunes, establezca límites conformes con el propio art. 6 de la Constitución. Límites en-

tre los que no solo figura [...] el de la obligación de tener una **estructura y un funcionamiento democráticos**, sino también, y como cuestión previa, el de respetar los cometidos que ese precepto enumera como definidores de la **condición de partido político**. Que el constituyente haya descartado encomendar la garantía del respeto del art. 6 CE por parte de los partidos al **Tribunal Constitucional** (como ya recordamos en la STC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 11) no significa, obviamente, que se haya descartado dicha garantía en sí; únicamente que su verificación ha de corresponder al **Poder Judicial** ordinario en tanto no se establezca otra cosa» (STC 48/2003, FJ 6).

En efecto, ya en el ATC 83/1980, de 5 de noviembre, FJ 2, se había dicho que «[n]i el art. 161 de la Constitución ni los arts. 2, 10 y 11 de la LOTC, ni ninguna otra ley orgánica atribuyen al Tribunal Constitucional el conocimiento sobre la disolución de los Partidos Políticos. En este punto, nuestro Ordenamiento Constitucional difiere de algún otro, como es el de la República Federal de Alemania, cuya Ley Fundamental, en su art. 21.2, confiere el **control de la inconstitucionalidad de los Partidos Políticos** por causa de sus fines antidemocráticos o por la actitud de sus miembros contraria al régimen fundamental de libertad y democracia, a la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Nuestro Ordenamiento, coincidiendo en este punto con otros varios, aunque constitucionaliza la **libertad para crear Partidos Políticos** y el **libre ejercicio** de su actividad dentro del respeto a la Constitución y a la Ley (art. 6 de la CE), no atribuye al Tribunal Constitucional la **disolución** ni la **suspensión** provisional de los mismos; antes bien, el art. 5 de la Ley 54/1978 de 4 de diciembre, [...] establece que «la suspensión y disolución de los Partidos Políticos solo podrá acordarse por decisión de la autoridad judicial competente», que no es otra que el **Juez ordinario**. Las expresiones «autoridad judicial» u «órgano judicial», empleadas en el mencionado art. 5, no son

[...] aplicables al Tribunal Constitucional, pues éste no es un órgano integrante del **Poder Judicial**, como se infiere, entre otros preceptos, del Título VI de la Constitución, en donde no está incluido el Tribunal Constitucional, que precisamente por ser «independiente de los demás órganos constitucionales» (art. 1 de la LOTC), está regulado en un Título aparte de la Constitución (el IX), desarrollado por la propia Ley Orgánica de 3 de diciembre de 1979. A mayor abundamiento, es conveniente tener en cuenta que ni la Ley 54/1978 pudo atribuir tales competencias al Tribunal Constitucional, ya que este no existía en aquella fecha, ni hubiera podido hacerlo aun existiendo este, dado que la mencionada Ley no tiene carácter de **orgánica**, y es claro que solo leyes de tal rango pueden atribuir competencias a este Tribunal, además de las que le confiere la Constitución, como se desprende del art. 161.1.d) de nuestra Ley suprema».

2. Alcance del control. Libertad ideológica y control sobre los medios y las conductas

El control jurisdiccional sobre los partidos políticos nunca puede extenderse a su **ideología**, perfectamente libre en la medida en que, de acuerdo con la STC 48/2003, FJ 7, y en línea con la posición defendida tempranamente por Ignacio DE OTTO (1985, págs. 19 y ss.), «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «**democracia militante**» [...], esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de **reforma constitucional** que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La Ley [de Partidos Políticos] no acoge ese modelo de

democracia. Ante todo, ya en la Exposición de Motivos parte de la base de la distinción entre **ideas o fines** proclamados por un partido, de un lado, y sus **actividades**, de otro, destacando que «los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren en el **ilícito penal**», de suerte que «cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los **principios democráticos** o los **derechos fundamentales** de los ciudadanos». Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, «conductas», es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del art. 6 CE, que la Ley viene a concretar».

El Tribunal Constitucional ha sido meridiano al afirmar que «[l]a Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de **revisión constitucional** a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los **principios constitucionales**, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley [de Partidos Políticos]. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los **ciudadanos** y a los **poderes públicos** (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios [...], **cualquier proyecto es compatible con la Constitución**, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que «la Constitución es un

marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)» (STC 48/2003, FJ 7). En cualquier caso, importa subrayar que aquellos principios, en su generalidad y abstracción, no pueden ser dotados de cualesquiera contenido y alcance, sino que uno y otro «vienen dados por el sentido que resulta de la **interpretación integrada** de los preceptos constitucionales positivos. Así, los «**principios democráticos**» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un **sistema de poderes, derechos y equilibrios** sobre el que toma cuerpo una variable del **modelo democrático** que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un **Estado social y democrático de Derecho** (art. 1.1 CE)» (STC 48/2003, FJ 7).

3. Causas de ilegalización. Procedimiento y efectos

En tanto que **especie del género asociación**, al partido político también le afectan los supuestos de ilicitud prescritos en el **art. 22 CE**, esto es, la persecución de fines o la utilización de medios tipificados como delito (art. 22.1 CE) y la condición secreta o el carácter paramilitar (art. 22.5 CE). Importan aquí, sin embargo, las **causas de ilegalización específicas de los partidos** políticos, hoy recogidas en los arts. 9 y 10 LOPP y que, de acuerdo con la STC 48/2003, no suponen propiamente una sanción ni, por tanto, duplican la prevista, en su caso, por el Código Penal (arts. 515 y ss.). Para el Tribunal Constitucional, en aquellos preceptos de la Ley de Partidos «no se aprecia la concurrencia de un verdadero **carácter de pena en la medida de disolución**. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una **finalidad de garantía** de que su actuación respete las **condiciones definidoras de los**

partidos políticos, en tanto que **asociaciones cualificadas** por la relevancia constitucional de sus funciones» (STC 48/2003, FJ 9).

Ello explica que «[e]l control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el art. 6 CE ha de ser, por necesidad, [...] un **control a posteriori**. De modo que, al faltar dichas exigencias y producirse una situación de **quebranto del orden jurídico pluralista** proclamado por la Constitución, se hace preciso restablecer la legalidad conculcada. No hay, por tanto, componente punitivo alguno» (STC 48/2003, FJ 9; en la misma línea, STC 5/2004, FJ 9). Se trata, por tanto y en definitiva, únicamente de privar de la cualificación como partido a la asociación que, por incumplimiento de las condiciones que confieren relevancia constitucional *ex art. 6 CE* a sus funciones, no merecen la consideración de partido político.

Así se confirma en la STC 85/2003, de 8 de mayo, en cuyo FJ 23 quedó dicho que «[c]on arreglo a la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, los **efectos de la disolución judicial** de un partido se agotan en las previsiones de su art. 12.1, esto es, en el cese inmediato de su actividad como tal y en la apertura de un proceso de liquidación de su patrimonio. El partido político, en definitiva, **desaparece en tanto que asociación cualificada por la relevancia constitucional de sus funciones** (art. 6 CE). Con la disolución, sin embargo, no se perjudican los **derechos individuales** de sus dirigentes y afiliados, cuyas conductas no han sido objeto de enjuiciamiento en el proceso de disolución más que a los fines de aquilatar la trayectoria del partido, finalmente incurso en las causas de disolución establecidas en los arts. 9 y 10 de la Ley. En particular, **la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio**, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados. Semejante consecuencia solo puede traer causa de un procedimiento judicial es-

pecíficamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, quienes, en los términos previstos por la ley, únicamente pueden verse privadas del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el **art. 23.1 CE** si concurren las causas también taxativamente fijadas por el **art. 6 de la Ley electoral**, entre las que no figura la vinculación con un partido disuelto en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002. Con la disolución judicial se acredita formalmente que el partido afectado no merece la consideración de tal en la medida en que no se ajusta a la definición constitucional de partido que resulta del art. 6 CE. Se trata, en suma, de verificar un «control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el art. 6 CE» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9). Los efectos de la disolución se contraen, pues, al ámbito del partido mismo, cuya existencia como persona jurídica cualificada por sus funciones concluye, sin más, para el ordenamiento».

Y lo hace, además, de manera tan concluyente que, por un lado, los arts. 5.6 y 12.3 LOPP proscriben la **continuidad material del partido disuelto** bajo la veste de un nuevo partido o por medio de la utilización de otro partido ya existente, y, por otro, el art. 44.4 LOREG impide la **reconstitución de facto** del partido a través de la figura de las **agrupaciones electorales**. Esta última previsión puede suscitar alguna dificultad habida cuenta de las diferencias conceptuales que median entre los partidos políticos y las agrupaciones de electores y, sobre todo, del riesgo de lesión del derecho de sufragio pasivo de los candidatos agrupados. Ello no obstante, su constitucionalidad ha sido confirmada por la STC 85/2003, FJ 26, entendiéndose el Pleno que «[p] artido político y agrupación electoral son términos tan heterogéneos que no cabe la continuidad, salvo, justamente, si la agrupación deja de ser propiamente tal, instrumentalizándose al servicio de la reactivación o continuidad de un partido disuelto. El art. 44.4 LOREG pretende impedir esa clara defraudación de la

legalidad, si bien para ello ha de perjudicarse, mediatamente, el ejercicio de un derecho individual que no ha sido objeto de la Sentencia de disolución. Dicha Sentencia impide que una asociación se beneficie de la condición jurídica reservada a las asociaciones que cumplen los fines del art. 6 CE. Entre esos fines está el de propiciar la **participación política**, y tiene todo el sentido que se impida la continuidad del partido disuelto bajo otra forma jurídica que también propicie esa participación. En la medida en que una agrupación electoral se articule con otras agrupaciones al servicio de un fin defraudatorio, su **equivalencia funcional con el partido disuelto** debe imponerse a toda otra consideración, también a la del ejercicio de un derecho que, así instrumentalizado, se pervierte en tanto que derecho. Como es evidente, el sacrificio del derecho de los ciudadanos a concurrir a un proceso electoral a través de una agrupación de electores pasa por el pronunciamiento judicial de que la agrupación constituida sirve realmente a la consecución de un fin que no es el del ejercicio de aquel derecho, sino el de la **elusión de los efectos de la disolución** de un partido político. Los **criterios** utilizables para ese menester son los relacionados en el art. 44.4 LOREG, que atienden a elementos de **continuidad orgánico-funcional, personal y financiera**. Tratándose de la acreditación de una trama defraudatoria, es evidente que la convicción judicial de su existencia deberá conformarse a partir de la concurrencia de elementos probatorios del más diverso cariz y que habrá de estarse a cada caso para precisar si es suficiente con la demostración de un elemento de continuidad financiera o si se impone la concurrencia de un elemento de continuidad personal que, además, debe ser significativa en número o en calidad. Lo decisivo, en cualquier caso, es que los criterios acreditativos utilizados abonen la convicción fundada de que las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como **componentes constitutivos de un partido de facto** y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la ac-

tualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los particulares que en ellas se agrupan».

La casuística a la que ha dado lugar la aplicación del art. 44.4 LOREG como consecuencia de la presentación de candidaturas por agrupaciones de electores que se ha estimado acreditado que han venido a continuar o suceder la actividad de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna — cuya ilegalización y disolución fue acordada por la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ de 27 de marzo de 2003—, ha resultado determinada en gran medida por las concretas características de los distintos procesos electorales en los que por aquellas agrupaciones electorales se pretendió eludir los efectos de la sentencia de ilegalización y por las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, como permite apreciar la lectura de las correspondientes Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 85/2003; 176/2003; 99/2004; 68/2005 y 110/2007). Entre esta casuística merece una especial mención la aplicación de la técnica prevista en el art. 44.4 LOREG a **una parte de las candidaturas presentadas por un partido político** en un proceso electoral por apreciar en ellas un ánimo defraudatorio de la sentencia de ilegalización, esto es, la finalidad de constituirse en instrumento para el acceso de un partido ilegalizado a los órganos representativos, sin que existiesen datos suficientes para tachar al partido que presenta las candidaturas de mero continuador del partido ilegalizado y proceder, en consecuencia, a su disolución. Para el Tribunal Constitucional, en este caso, al igual que en el de las agrupaciones electorales, la continuidad del partido ilegalizado se ha intentado con la **desnaturalización a otras instituciones jurídicas**, en concreto, subvirtiendo **parte de las listas electorales de un partido legal**, de manera que estas, «dejando de ser instrumento para la formalización de la propuesta electoral de un partido político, se convirtieran en elementos constitutivos de una realidad distinta y superior, separada del partido que formalmente

las auspicia y dirigidas al fin del acceso del partido ilegalizado a las instituciones democráticas» (STC 112/2007).

Por último, y en relación con el **procedimiento de disolución** establecido en la vigente Ley de Partidos, su constitucionalidad ha sido confirmada en la repetida STC 48/2003, en cuyo FJ 17 puede leerse que la Ley respeta «el mandato contenido en el art. 22.4 CE, en cuya virtud las asociaciones solo pueden ser disueltas mediante **resolución judicial motivada**. Que, de entre los que integran el Poder Judicial, el órgano judicial competente, fuera de los supuestos de la disolución por asociación penalmente ilícita, sea la **Sala prevista en el art. 61 LOPJ** tampoco convierte a la Ley en singular. Se trata de un órgano judicial ya existente al que, por medio de la correspondiente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le ha dotado de esa nueva competencia, con carácter general y para el futuro. Se cumplen, pues, todas las condiciones para dar por suficientemente respetada la garantía del derecho al **Juez ordinario predeterminado por la ley** [...]. El hecho de que la **legitimación para instar el procedimiento** de disolución se confíe de forma exclusiva al **Ministerio Fiscal** y al **Gobierno**» puede constituir una novedad en nuestro ordenamiento, «pero se deberá conceder que la originalidad o la primicia nada tienen que ver, por sí solas, con la singularidad normativa en sentido técnico, de la que en nada se acredita que adolezca la Ley. Y lo mismo ha de decirse en relación con la denuncia de que la Ley «configura un nuevo tipo de relación institucional entre poderes» al prever que el Congreso y el Senado podrán instar al Gobierno a formalizar la solicitud de ilegalización; en realidad, lo anterior es escasamente novedoso en un sistema parlamentario, donde las Cámaras tienen, por definición, una posición preeminente sobre el Poder Ejecutivo, del que suelen requerir actuaciones e iniciativas en el ámbito de sus competencias, mediante el ejercicio de las facultades parlamentarias de iniciativa y de control. Finalmente [...] [en cuanto a] la es-

pecificidad consistente en el establecimiento de un **régimen singular de recursos** contra la proclamación de candidaturas, según lo dispuesto en la disposición adicional segunda LOPP [...], tal modificación tiene un inequívoco carácter general, en cuanto es apli-

cable a todos los supuestos en los que, en el futuro, puedan concurrir las previsiones de la nueva norma, referidas a las agrupaciones de electores que vengán a continuar la actividad de un partido político disuelto por resolución judicial».

BIBLIOGRAFÍA

DE OTTO PARDO, I., *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

ESPARZA OROZ, M., *La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Los partidos políticos en la jurisprudencia constitucional», en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (Coord.), *Derecho de Partidos*, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, págs. 201-244.

PRESNO LINERA, M. A., *Los partidos políticos en el sistema constitucional. Prontuario de jurisprudencia constitucional, 1980-1999*, Aranzadi, Navarra, 2000.

PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 173-195.

TAJADURA TEJADA, J., *Partidos políticos y Constitución. Un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

Artículo 7

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Sumario: I. Sentido, estructura y configuración general del precepto. II. La recepción del precepto en la jurisprudencia constitucional. III. Sindicatos y asociaciones empresariales como representaciones profesionales privilegiadas. IV. La representación institucional de sindicatos y asociaciones empresariales. V. La apelación a los fines económicos y sociales que les son propios. VI. Libertad de creación y de ejercicio de la actividad. VII. La cláusula de democracia interna.

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. SENTIDO, ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN GENERAL DEL PRECEPTO

El art. 7 de la Constitución Española constituye un precepto atípico e insólito en el constitucionalismo comparado, pues ningún texto constitucional de nuestro entorno contiene un pasaje de tales características; es habitual que se reconozcan los derechos de asociación profesional, pero no es nada común que se fije de modo expreso la posición constitucionalmente atribuida a sindicatos y asociaciones empresariales. El art. 7 CE —que tampoco tiene antecedentes directos en nuestro constitucionalismo— parece deber su existencia tanto a la previsible contribución de las organizaciones sindicales y empresariales a la consecución de los fines propios del Estado social y democrático de Derecho (arts. 1.1 y 9.2 CE), como a la persistente influencia del pensa-

miento armnicista y de las tendencias corporativas en nuestra historia contemporánea. Puede que se haya querido reconocer el papel de esas representaciones profesionales en la transición a la democracia, pero también se ha dejado constancia de su virtualidad para la adecuada articulación de intereses sociales y, a fin de cuentas, para la gobernabilidad del sistema (DURÁN LÓPEZ, 1979, 161; RIVERO LAMAS, 1982, 119); los valores pluralistas y en especial la autonomía colectiva (MARTÍN VALVERDE, 1983, 159) estuvieron sin duda presentes en la génesis del precepto, pero también ciertos resabios de tono corporativista (VIDA SORIA, 1980, 252; MATEOS Y DE CABO, 2003, 2). En todo caso, el art. 7 CE convierte a los sindicatos y las asociaciones empresariales en **piezas básicas del sistema social y político**, al ubicarlos, no por casualidad, en el Título Preliminar de la Constitución, junto a los partidos políticos (art. 6) y las Fuerzas Armadas (art. 8).

Es obvio, por otro lado, que el art. 7 CE forma parte de un contexto más general. Por lo pronto, ha de conectarse con todos aquellos preceptos constitucionales que inciden en el terreno laboral, social o económico, pues a la postre estamos hablando de organizaciones que defienden intereses de ese tipo. También tiene relación con las cláusulas de la Constitución que se ocupan, desde uno u otro frente, de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como el art. 105.a) CE (a propósito de la elaboración de disposiciones administrativas), el art. 129.1 CE (a propósito de la participación institucional en la Seguridad Social y en otros organismos públicos), y, sobre todo, el art. 131.2 CE (en el que expresamente se prevé el «asesoramiento» y la «colaboración» de sindicatos y asociaciones empresariales respecto de los proyectos gubernamentales de «planificación» económica, dentro del pertinente consejo). No hace falta reiterar ahora, en fin, sus conexiones de fondo con el art. 9.2 CE, en la medida en que la adecuada articulación de los intereses profesionales puede coadyuvar a la consecución de una sociedad más justa e igualitaria.

De cualquier modo, el punto de conexión más importante del art. 7 CE se encuentra en los derechos de organización y acción colectiva reconocidos en la Constitución, como el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE), el derecho a la negociación colectiva (art. 38.1 CE), el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 38.2 CE) y el derecho a la participación en la empresa (art. 129.2 CE). El art. 7 CE actúa en relación con todas estas cláusulas constitucionales como una especie de plataforma o pista de despegue, en el sentido de que el principal beneficiario y gestor de tales derechos será el sindicato y, en su caso, y con los debidos matices, la asociación empresarial. La Constitución no ha querido implantar un sistema de relaciones laborales «orgánico», ni ha querido dar la titularidad exclusiva de tales derechos a los sindicatos y las asociaciones empresariales, pero desde

su art. 7 ha mostrado una clara preferencia por esos tipos de organización profesional a la hora de trazar las posibilidades de acción colectiva.

Particulares ribetes presenta la relación del art. 7 CE con el derecho a la **libertad sindical**, por muchas razones. A decir verdad, los arts. 7 y 28.1 CE están conectados entre sí por una especial vía de tránsito por la que circulan en beneficio mutuo infinidad de conceptos e ingredientes; mutuamente, además, se prestan apoyo y asistencia, como bien ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional (STC 9/1988, de 25 de enero, entre otras muchas). Por lo pronto, la libertad sindical es el centro neurálgico de ese otro precepto, pues sin ella no sería posible la existencia de sindicatos. Adicionalmente, es el art. 28.1 CE el que presta apoyo conceptual y sostén jurídico a las previsiones del art. 7 CE, pues es ese derecho fundamental el que sirve de amparo a la postre a la actividad de las organizaciones sindicales, tanto en su definición o identificación de rasgos, caracteres e ingredientes, como en su desarrollo efectivo. Pero, por otro lado, es el art. 7 CE el que abre la puerta a los derechos de actividad sindical, al exigir la puesta a disposición del sindicato de todos aquellos medios que contribuyan de forma primordial al desempeño de las funciones que constitucionalmente le han sido asignadas; es, asimismo, el que protege más directamente al sujeto sindical en sí mismo considerado, al otorgarle una singular posición en el sistema social y político (SUÁREZ GONZÁLEZ, 1978, 228).

En realidad, el contenido de ambas previsiones constitucionales podría haberse conjugado perfectamente en un solo precepto; el art. 7 CE, en cierto modo no es más que un anticipo parcial de lo que más adelante nos depara el art. 28.1 CE (ALONSO GARCÍA, 1980, 46). La opción del constituyente de proceder a su separación y de atribuirles distintas posiciones sistemáticas se debe seguramente a dos clases de motivos. El primero de ellos, del que ya hemos tenido oportunidad de hablar en los

epígrafes anteriores, tiene que ver con aquel deliberado propósito del constituyente de dar un espaldarazo firme y explícito al papel social de los sindicatos y de las asociaciones empresariales en el nuevo sistema social y político inaugurado por la Constitución de 1978, más allá del mero reconocimiento de un derecho de organización de trabajadores y empresarios con fines profesionales, que es la tónica más habitual en el constitucionalismo comparado (aun cuando sea dentro de la tabla de derechos fundamentales).

El segundo, más difuso pero nada hipotético a la altura de nuestros días, enlaza con el muy probable designio del constituyente de reservar la libertad sindical (al mismo tiempo que la palabra «sindicato») para la organización de los trabajadores, desviando la organización profesional de los empresarios hacia la órbita del derecho general de asociación (art. 22 CE); no en vano, las expresiones «sindicatos de trabajadores» y «asociaciones empresariales» aparecen debidamente separadas en la formulación del precepto (DEL REY GUANTER, 1983, 319). Esta operación no concuerda del todo con el tenor formal de las normas internacionales en la materia (que, como es sabido, suelen utilizar unas mismas reglas para trabajadores y empresarios, conforme al Convenio núm. 87 OIT), y tampoco se ajusta a las pautas habituales en otros muchos países, pero sí entronca de manera muy directa no solo con la manera más generalizada entre nosotros de abordar la representación de intereses propios de trabajadores y empresarios, sino también con la interpretación que finalmente se ha impuesto acerca del ámbito subjetivo de la libertad sindical. Tanto el legislador orgánico (art. 1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical) como el propio Tribunal Constitucional (STC 52/1992, de 8 de abril), han excluido a los empresarios, en efecto, del derecho reconocido en el art. 28.1 CE, sin perjuicio de que ni el legislador haya podido ser del todo claro en esa exclusión (véase la disposición derogatoria de la LOLS), ni la jurisprudencia constitucional haya renunciado a declarar que el ámbito de protección conce-

dido a las asociaciones empresariales «se asemeja enormemente» a las facultades que derivan del art. 28.1 CE (STC 75/1992, de 14 de mayo).

La **estructura** del art. 7 CE, en fin, es aparentemente sencilla, pero al mismo tiempo de cierta complejidad de fondo, y de una patente ambición conceptual. Formalmente, el precepto consta de tres pasajes, que responden a otras tantas facetas ligadas a la razón de ser, la formación y la actividad de este tipo de organizaciones profesionales. El primero alude a lo que podríamos llamar el «papel institucional» de sindicatos y asociaciones empresariales, que no es otro que la contribución a «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». El segundo se refiere a la creación y actuación de dichas organizaciones de intereses, que «son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». El tercero, por último, mira hacia el interior de las mismas, al decir que «su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». Estamos, a fin de cuentas, ante una fórmula en la que —tras el oportuno proceso de discusión parlamentaria, al que ya se aludió— se ha tratado de condensar la concepción de nuestro constituyente acerca de las organizaciones sindicales y empresariales: lo que pueden aportar al sistema político y social, y lo que deben respetar desde ese mismo sistema.

II. LA RECEPCIÓN DEL PRECEPTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En la jurisprudencia constitucional el art. 7 CE ha tenido una **presencia abundante** y bastante significativa, pero también un tanto peculiar. Es un precepto que se ha hecho notar desde los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, como claro ejemplo de ello), pero que no ha dado lugar a una interpretación propiamente dicha de sus términos, sino más bien a un juego de conexiones mediante el

que se ha podido avanzar en el conocimiento y la exégesis de otras cláusulas constitucionales, en especial la referida al derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). Podría decirse, bien es cierto que con alguna exageración, que en la jurisprudencia constitucional el art. 7 CE no es un precepto con discurso propio, sino más bien un precepto de ayuda para entender el contenido y alcance de los preceptos conexos. No es, podría decirse también, una regla de aplicación directa, pero sí una regla con suficiente jugo interpretativo como para dar sentido al contexto constitucional de referencia; una regla, por otra parte, cuyo significado se ha podido ir descubriendo a través de esa compleja tarea de conexiones y búsqueda de vínculos para una posible articulación.

Como parecía inevitable, la jurisprudencia constitucional ha procedido desde muy temprano a tratar de esclarecer el sentido y significado del art. 7 CE desde el punto de vista de la organización política y social de nuestro Estado. Así, y retomando sin duda muchas de las declaraciones doctrinales sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha dado a los sindicatos y asociaciones empresariales la condición de «organismos básicos del sistema político» (STC 11/1981), de «piezas económicas y sociales indispensables» para la defensa y promoción de los intereses que les son propios (STC 70/1982, de 29 de noviembre), o de «asociaciones de relevancia constitucional» (STC 20/1985, de 14 de febrero). Tales calificaciones están dirigidas, por supuesto, tanto a los sindicatos como a las asociaciones empresariales, pero esa paridad formal quiebra de algún modo si la contrastamos con la clase de asuntos que han sido objeto de tratamiento por parte de la jurisdicción constitucional y, sobre todo, con el uso efectivo de lo que aquel precepto encierra en sus entrañas. Sucede, en efecto, que el art. 7 CE ha servido en la gran mayoría de las ocasiones para reforzar el alcance y significado de un derecho que, como la libertad sindical, tan solo se ha considerado predicable de los trabajadores y de sus organizaciones por la

propia jurisprudencia constitucional (STC 52/1992, de 8 de abril). Los sindicatos, en definitiva, han sido los habituales destinatarios de aquellas elocuentes declaraciones; la cita de las asociaciones empresariales en ese contexto no ha ido más allá, normalmente, de una alusión retórica o convencional sin sustancia propia, pese a la equivalencia de su posición constitucional con la atribuida a las organizaciones sindicales.

En la jurisprudencia constitucional, por otra parte, el art. 7 CE ha mostrado toda su fuerza a la hora de actuar como base o palanca para descubrir y describir lo que el propio Tribunal Constitucional ha llamado la **vertiente funcional de la libertad sindical**, cobijo a su vez de los derechos de actividad sindical (STC 168/1996, de 29 de octubre). Para la jurisprudencia constitucional, el art. 7 CE no solo sienta, a modo de primera instancia, la libertad de sindicación en nuestro sistema, sino que constituye el punto de partida para atribuir a los sindicatos todas aquellas facultades que les permitan cumplir en efecto el papel asignado por la Constitución (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 4/1983, de 28 de enero, o 118/1983, de 13 de diciembre). Con ayuda desde luego de las correspondientes normas y declaraciones internacionales (art. 10.2 CE), y a la vista siempre del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), del art. 7 CE cabe extraer, a la postre, el núcleo mínimo e indisponible de medios de acción de los que debe disfrutar el sindicato para poder cumplir las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas (SSTC 9/1988, de 25 de enero, y 1/1994, de 17 de enero), entre los que sin duda deben situarse la huelga (STC 11/1981), el conflicto colectivo (STC 70/1982) o la negociación colectiva (STC 4/1983). Si el art. 28.1 CE se ha querido centrar en los derechos de fundación y afiliación, ha sido el art. 7 CE, a juicio del Tribunal Constitucional, el encargado de avistar los derechos de acción, que necesariamente han de ligarse a las funciones que «es dable esperar» del sindicato conforme al sistema constitucional (STC 39/1986, de 31 de marzo).

Otras muchas consecuencias y conexiones ha extraído la jurisprudencia constitucional del art. 7 CE. Gran parte de sus consideraciones se han centrado, por ejemplo, en la **representación institucional** que constitucionalmente corresponde al sindicato (y en buena lógica a la asociación empresarial), de la que nace desde luego una capacidad «genérica» de representación de los trabajadores para la defensa y promoción de los intereses que les son propios (STC 210/1994, de 11 de julio, con abundante cita de jurisprudencia anterior). Buena parte de todo este bagaje jurisprudencial se ha fraguado, asimismo, alrededor de la idea de representatividad, que a fin de cuentas ha sido contemplada por el Tribunal Constitucional como un modo inevitable de conjugar la «promoción del hecho sindical» con la «eficacia» en la defensa de los correspondientes intereses profesionales (STC 98/1985, de 29 de julio). Alguna sentencia se ha pronunciado sobre el alcance que desde el punto de vista de la actividad sindical pudiera darse a los términos «defensa y promoción» utilizados por el art. 7 CE (STC 20/1985, de 14 de febrero), y algunas otras han visto en el art. 7 CE una indiscutible «ventaja» del sindicato respecto de otras formas de representación de los trabajadores no constitucionalizadas, como el comité de empresa (SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, y 134/1994, de 9 de mayo).

III. SINDICATOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES COMO REPRESENTACIONES PROFESIONALES PRIVILEGIADAS

El art. 7 CE tiene antes que nada una notable carga simbólica, que se despliega en dos vertientes. A la primera de ellas ya hemos aludido, y supone la adscripción de los sindicatos y las asociaciones empresariales al acervo de las grandes instituciones del Estado: si los partidos son cauce para la participación política de los ciudadanos, los sindicatos y asociaciones empresariales se conciben como cauces de participación social (MORENO VIDA, 2003, 124), como portadores de los intereses

característicos de las dos grandes franjas en que se divide la sociedad productiva (trabajadores y empresarios). Es cierto que, a diferencia del partido político, tanto el sindicato como la asociación empresarial son organizaciones «sectoriales, pues limitan su campo de juego a las personas que participan directamente en el sistema productivo, siendo así, además, que ni siquiera llegan a la totalidad de sus componentes (piénsese, por ejemplo, en el trabajo autónomo, o en el trabajo familiar). Pero la recepción de estas formas de representación profesional en un lugar tan significativo como el Título Preliminar de la Constitución añade un dato de sumo interés a estos efectos, pues les confiere la condición de representantes del conjunto de «la sociedad productiva», que en buena medida es la sociedad por entero; son los representantes «institucionales» de la producción y el trabajo dentro del sistema».

La segunda vertiente de este especial trato que la Constitución otorga a sindicatos y asociaciones empresariales deja ver sus efectos en el estricto terreno de la representación profesional. Del texto constitucional se desprende, en concreto, una posición de **mayor valor o relevancia especial** para los sindicatos y asociaciones empresariales en comparación con otras posibles formas de representación profesional (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, 94). Para empezar, el art. 7 CE muestra una clara preferencia de las formas asociativas frente a otros posibles tipos de organización profesional más distanciados de los valores o criterios predominantes en nuestro actual sistema social y político, como las formas corporativas, e incluso las fórmulas espontáneas o asamblearias.

Es verdad que la Constitución también habla —en términos bastante parecidos, por cierto— de otras «organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios» (art. 52), y que se refiere nominalmente, más en concreto, a los colegios profesionales (art. 36). Pero la ubicación sistemática de unas y otros (prin-

cipios rectores de la política social y económica y derechos y deberes de los ciudadanos, respectivamente) deja ver con claridad que el legislador no los ha considerado, a diferencia de los sujetos citados en el art. 7 CE, como pilares institucionales de la sociedad. Son también, desde luego, organizaciones con respaldo constitucional, que el legislador ha de regular y que no podrán ser objeto de supresión, prohibición o rechazo legal en tanto no cambie el texto constitucional. Pero su valor como instrumentos de articulación social no alcanza los niveles otorgados a los sindicatos y asociaciones empresariales.

Con referencia exclusiva a la representación de intereses por la parte de los trabajadores, el art. 7 CE proporciona mayor respaldo al sindicato que a otras formas más específicas de **participación en la empresa**, como pudiera ser, en particular, el comité de empresa, «que no es un órgano constitucionalizado» (SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, y 134/1994, de 9 de mayo). La diferencia de trato se aprecia en este caso tanto en razones de ubicación sistemática como en razones de formulación de los textos correspondientes. De la participación en la empresa tan solo se habla, como es sabido, en el art. 129.2 CE, dentro del Título dedicado a «Economía y Hacienda», y se hace en unos términos escasamente exigentes para el legislador y, en general, para los poderes públicos, que tan solo quedan obligados a promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, sin que el constituyente las predetermine ni las seleccione, ni muestre preferencias por unas frente a otras. Solo en relación con las cooperativas y con el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (que no son formas de participación en sentido estricto) se manifiesta una preocupación más tangible (que, dicho sea de paso, tan solo parece haber sido atendida en el primero de esos casos).

Cabría tal vez plantearse si la recepción constitucional de los sindicatos, en una posición tan destacada desde el punto de vista siste-

mático, entraña alguna exigencia especial en relación con la **participación sindical en la empresa**. No parece que sea así, por dos razones básicamente. Por lo pronto, el art. 7 CE se está refiriendo a los sindicatos en su condición de vehículos de la participación social y de ingredientes que contribuyen al buen funcionamiento de la sociedad en su conjunto, pero de ninguna manera a las actividades que deban o puedan desarrollar los sindicatos en un ámbito tan particular como la empresa. Por otra parte, la implantación de estructuras sindicales en los centros de trabajo no es ni siquiera una derivación necesaria del derecho a la libertad sindical, que esencialmente se resume en las libertades de creación, afiliación y actividad, pero que no prejuzga la clase de actividad que deba desarrollarse por las organizaciones sindicales ni exige como condición necesaria para la existencia de las mismas su instalación en la empresa. La participación sindical en la empresa es, pues, un ingrediente posible de la libertad sindical, que puede ser regulado por la ley o por otros cauces normativos (como el convenio colectivo), pero que solo en sus aspectos más esenciales puede decirse que forma parte de las exigencias constitucionales; cabe pedir desde la libertad sindical cierta presencia y cierta actividad en los centros de trabajo, pero siempre que en sí mismas no constituyan coste adicional para la empresa (SSTC 173/1992, de 29 de octubre, y 168/1996, de 29 de octubre).

IV. LA REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL DE SINDICATOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES

El art. 7 CE, en definitiva, atribuye a sindicatos y asociaciones empresariales un papel institucional, como cauce imprescindible para la adecuada representación de unos intereses («económicos y sociales») que se consideran básicos en una sociedad como la nuestra. Esa posición podría resumirse en la idea de «representación institucional», como ha sido apuntado por la jurisprudencia constitu-

cional (preferentemente, como ya dijimos, a propósito de los sindicatos): la posición constitucional de las organizaciones sindicales y empresariales les legitima para desempeñar «una función genérica de representación» de los correspondientes intereses, en la que se comprende, en particular, el ejercicio de todos aquellos derechos de dimensión colectiva que contribuyan a su defensa y promoción (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 98/1985, de 29 de julio, y 210/1994, de 11 de julio, entre otras muchas). En una primera aproximación cabe decir que la representación institucional pertenece a un estadio más avanzado respecto de los moldes tradicionales de la representación voluntaria, pero también conviene saber que se trata de un concepto abierto e impreciso, pese a su abundante circulación en la jurisprudencia constitucional y la doctrina laboralista.

Tres notas cabe atribuir en principio a dicha representación. Por un lado, es una **representación que deriva de la norma** y no de negocios o compromisos privados, frente a la representación de tipo voluntario; en este caso, deriva directamente de la cláusula constitucional de referencia, sin necesidad de residir en los vínculos privados de afiliación o incorporación a la correspondiente organización. Por otro lado, es una representación de intereses de **alcance general** —*erga omnes* en la terminología laboralista—, de tal modo que llega no solo a quienes tengan esos vínculos de pertenencia con la organización sindical o patronal, sino también a todos los que están comprendidos en la franja profesional correspondiente (trabajadores por una parte, empresarios por otra); puede llegar incluso al conjunto de la sociedad, en la medida en que la actividad desarrollada por esas organizaciones vaya más allá de lo estrictamente profesional. Por otro, en fin, permite desarrollar una **actividad amplia y no predeterminada**, extensible a todos aquellos medios de acción que puedan redundar en beneficio del interés del grupo social representado, e incluso en beneficio del propio interés social.

En todo caso, no deja de ser una representación problemática, y con efectos variados, y muy relevantes, sobre la acción sindical (GONZÁLEZ ORTEGA, 2004, 702). Uno de los problemas que plantea tiene mucho que ver con su titularidad. En principio, al tratarse de un concepto abierto y prácticamente indeterminado, tal representación podría predicarse de cualquier sindicato o asociación empresarial; no hay en nuestro sistema actual, en efecto, una representación profesional «oficial» o única a la que se encomiende tal tarea, a diferencia de otras épocas (o de otros posibles sistemas). Pero también es claro que no toda organización profesional de tipo sindical o patronal está en condiciones reales de desempeñar ese importante papel social. De ahí que la representación institucional quede habitualmente tamizada por la técnica de la **representatividad**, de tal manera que, a la hora de la verdad, los verdaderos titulares de la misma sean aquellas organizaciones que acreditan un peso especial en el ámbito profesional de referencia; aquellas, por cierto, que socialmente destacan o se muestran más visibles, capaces y potentes. Pero la técnica de la representatividad genera a su vez otros problemas.

Básicamente genera los problemas derivados de la diferenciación entre unas organizaciones y otras y, a la postre, de selección de las de mayor envergadura. Como ha precisado la jurisprudencia constitucional, no necesariamente produce discriminación, pues encuentra su justificación en el objetivo de eficaz promoción del hecho sindical (SSTC 53/1982, de 22 de julio, y 98/1985, de 29 de julio), siempre que se utilice en términos proporcionados en atención a los fines propios de la actividad o medida de referencia (SSTC 20/1985, de 14 de febrero, y 147/2001, de 27 de junio), y habrá de ir acompañada de la debida justificación cuando produzca exclusión o diferenciación (STC 20/2018, de 5 de marzo) (SÁEZ LARA, 2003, 558; RODRÍGUEZ CARDO, 2014, 153). Pero es claro que crea en todo caso una situación de predominio en favor de las organizaciones elegidas, que con el

paso del tiempo va haciendo más difícil la existencia de las restantes y la emergencia de nuevas iniciativas. Crea además una división importante entre la organización «de clase» (que por su dimensión y proyección general es capaz de alcanzar los umbrales de representatividad necesarios) y la organización estrictamente profesional, que se limita a la defensa de intereses profesionales en un ámbito muy particular (una profesión, un sector de actividad, etc.). La representatividad, a fin de cuentas, genera un tipo de organización profesional (sindical y patronal) próximo a la estructura del Estado, que sirve de apoyo a la misma pero que también se beneficia de alguna manera de lo oficial (GARCÍA MURCIA, 2015, 726).

Los efectos de la técnica de representatividad para el libre juego de las organizaciones sindicales y patronales pueden ser, pues, muchos y variados. No se olvide que las organizaciones más representativas obtienen una **singular posición jurídica** (como dice el art. 6 LOLS para los sindicatos) que les facilita notablemente el ejercicio de los derechos y medios de acción colectiva, les abre el camino de la participación institucional (para la gestión y el seguimiento de muchas parcelas de la política social: empleo, seguridad social, migraciones, etc.), y las convierte a la postre en «interlocutores sociales», esto es, en portadores formales del sentir social (y profesional) frente a los poderes públicos. De hecho, son las que intervienen en los procesos de concertación y diálogo social, pese a la inexistencia de reglas estrictas sobre el particular; en rigor, no puede hablarse aquí propiamente de derecho o legitimación legal (pues en ningún texto normativo se reconoce como tal), pero sí cabe hacerse cargo de una situación consolidada por la experiencia política y la conveniencia social.

Una segunda consecuencia de interés en la representación institucional es el **apoyo financiero** y logístico que parece entrañar (MORA CABELLO DE ALBA, 2008, 151). Tampoco se deriva del art. 7 CE ningún efecto preciso

en este terreno, pero de nuevo debe conectarse con la idea de representatividad y con el desarrollo incontestable de los hechos. Las organizaciones sindicales y patronales que asumen esa función de representación institucional han acabado por utilizar, tal vez de manera inevitable, la lógica del intercambio político. Su contribución al desenvolvimiento social se ha visto compensada por un trato especial en ese otro terreno, de tal modo que han conseguido abrir el cauce de la financiación pública y el apoyo logístico a cargo de los poderes públicos (sin que se haya pensado, por cierto, en ninguna apelación a la «independencia» a la manera de la Constitución portuguesa). La consignación de partidas presupuestarias de diverso signo y en los diversos niveles de la Administración Pública (nacional, autonómico e incluso local) a favor de dichas organizaciones, la obtención de bienes en uso del patrimonio público (en particular, a través del «patrimonio sindical acumulado»), la percepción de dietas por asistencia a órganos e instancias de seguimiento de los asuntos públicos, o la convocatoria periódica de subvenciones y ayudas para la actividad sindical (de formación o de otro tipo), son seguramente los datos más visibles de esa compensación económica. Bien podría decirse que el presupuesto de las organizaciones sindicales y empresariales «cúpula» depende en buena medida de los ingresos de procedencia pública, cuestión sobre la que no existen por cierto muchas previsiones o cautelas legales (por ejemplo, a efectos de publicidad o difusión pública), pero sobre la que ha incidido, razonablemente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como diversas normas autonómicas.

V. LA APELACIÓN A LOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES QUE LES SON PROPIOS

Dice el art. 7 CE que los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales «con-

tribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Se trata de un pasaje un tanto misterioso, aparentemente inocuo y prescindible, y que, sin embargo, ocupó parte de la discusión a lo largo de los correspondientes trámites parlamentarios (MONTROYA MELGAR, 1982, 105). No está formulado, por supuesto, en forma de mandato, ni tampoco presupone una delimitación propiamente dicha del ámbito objetivo que corresponde a esas organizaciones. Más bien parece una declaración retórica, que quiere hacer referencia a la «misión» que el constituyente atribuye a ese tipo de organizaciones dentro del sistema social y político. Si los partidos políticos «concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular» (art. 6 CE), y las Fuerzas Armadas «tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España» (art. 8), los sindicatos y asociaciones empresariales «contribuyen» al citado objetivo de carácter económico y social.

La definición de tal objetivo, sin embargo, no es muy afortunada, tal vez porque el terreno de juego es aquí más resbaladizo. Es fácil identificar la función de los partidos políticos (canalizar la participación política), y mucho más aún la de las Fuerzas Armadas (la defensa del Estado), pero no lo es tanto, ni mucho menos, determinar el fin propio de unas organizaciones que a la postre están llamadas a intervenir en el terreno de lo profesional. Entre otras razones porque no es un fin que pueda entenderse único y completamente cristalizado, sino más bien un fin que se ha ido haciendo con el paso del tiempo, y que se va modulando en cada momento histórico en función de las características de cada organización y del contexto reinante. En todo caso, habría sido más certero seguramente apelar a la defensa y promoción de los intereses de trabajadores y empresarios, en lugar de ese circunloquio en que a fin de cuentas se resume el precepto.

Dejando a un lado la referencia a los sujetos (sindicatos y asociaciones empresariales), el

pasaje en cuestión se compone de tres piezas sintácticas, de cuya conjunción resulta la identificación de los fines que se atribuyen constitucionalmente a tales organizaciones profesionales: «defensa y promoción», «intereses económicos y sociales» y «que les son propios». A sabiendas desde luego de que estamos ante alusiones predominantemente genéricas y alusivas, carentes por definición de un contenido preciso e incontestable, podría decirse en una primera reflexión que la primera de estas piezas hace referencia al propósito o la orientación que se supone en la actividad de los sindicatos y las asociaciones empresariales, la segunda se refiere más bien al ámbito en el que puede desarrollarse, y la tercera al radio de acción que pueden tener tales acciones.

Defensa y promoción son términos sin duda pertinentes en este contexto. Entroncan de manera muy clara, además, con la función tradicional e innata de sindicatos y asociaciones empresariales. Tras ellos, en cualquier caso, pueden situarse otras muchas calificaciones posibles de la actividad sindical y patronal: tutela, mejora, apoyo, reivindicación, demanda, etc. Cualquiera de estas otras expresiones podría servir también en esta definición constitucional, cualquiera de ellas puede estar encerrada en los términos efectivamente usados por el constituyente, y todas ellas juntas pueden lograr una descripción más o menos completa de lo que por esencia corresponde a sindicatos y asociaciones empresariales. La utilización en exclusiva de aquellos términos de «defensa» y «promoción» no debe verse, pues, con ningún sentido reduccionista, ni tampoco debe verse como una opción cerrada y excluyente. Por lo demás, cada uno de ellos tiene una carga semántica particular, capaz de aglutinar en su conjunto las dos grandes orientaciones de la acción sindical y patronal: la «defensa» de las posiciones alcanzadas por una parte (tutela en su sentido más estricto), y la «promoción» hacia el futuro por otra (como búsqueda de mejoras o de un espacio social más confortable).

Por su lado, la referencia a **intereses económicos y sociales** sirve en resumidas cuentas para determinar el ámbito funcional en el que se desarrolla esencialmente la actividad de las organizaciones sindicales y empresariales. No son sujetos políticos (a diferencia de los partidos), ni son órganos o instrumentos de tipo administrativo (a diferencia de las Fuerzas Armadas, por ejemplo), sino organizaciones sociales con trascendencia económica. Lo social y lo económico condensan, pues, el espacio que corresponde a dichas organizaciones, a diferencia, dicho sea de paso, de la mención del art. 52 CE a las «organizaciones profesionales», que se constriñe a intereses de tipo económico. En cualquier caso, tampoco deben verse esas alusiones del art. 7 CE con sentido restrictivo: precisamente son indicio de lo contrario, al remitir a unos terrenos que prácticamente se superponen a la totalidad de las relaciones sociales. Podría decirse que todo lo que tiene algún impacto social o económico es de interés para sindicatos y asociaciones empresariales, ya sea por su incidencia en el sistema productivo, ya sea, incluso, por su repercusión en la vida de las personas o en sus expectativas económicas o laborales. Ni que decir tiene que lo socioeconómico se sitúa con frecuencia en zonas muy próximas a lo político, por lo que tampoco ha de excluirse la eventual incidencia política de estas organizaciones de intereses (PALOMEQUE LÓPEZ, 2014, 265; SAGARDOY BENGOCHEA, 1982, 90). Por cierto, la palabra «interés» debe entenderse en este contexto como afectación, preocupación o expectativa, siempre desde el punto de vista de los sindicatos y las asociaciones empresariales (no como algo ideal o supuestamente objetivo): es de interés para estas organizaciones todo aquello que pueda redundar en su espacio social o económico de representación.

Más sorprendente e incierta puede resultar la referencia a los intereses «que les son **propios**». Este último inciso del primer pasaje del art. 7 CE puede tener en efecto muchas lecturas, aunque tampoco debe suscitar ma-

yores preocupaciones, pues a fin de cuentas no es más que una pieza de cierre de una fórmula un tanto alambicada, en la que la presentación formal parece sobreponerse al contenido. En cualquier caso, cabría atribuirle dos sentidos cuando menos. De un lado, un sentido modulador y relativamente restrictivo respecto del ámbito de intereses propio de sindicatos y asociaciones empresariales, que de ese modo no se extendería sin matices a todo lo económico y social, sino únicamente a todo aquello que tuviera que ver con la actividad «propia» de esas organizaciones (no es propio de los mismos, por ejemplo, constituir una asociación de vecinos, ni poner en marcha una empresa lucrativa, sino atender lo social y lo económico desde otras perspectivas). De otro, un sentido abierto y expansivo desde el punto de vista subjetivo, queriendo hacer ver que los sindicatos y asociaciones empresariales no tienen por qué limitarse a la defensa y promoción de los intereses de sus miembros, sino que va implícita en su manera de ser la apertura hacia todos los que conforman la clase social de referencia (los trabajadores por una parte, los empresarios por otra).

Cuatro consideraciones deben añadirse ahora, con el deliberado propósito de completar, precisar o matizar el alcance de las reflexiones anteriores. La primera de ellas es una simple constatación: en el art. 7 CE **no hay diferencia formal entre sindicatos y asociaciones empresariales** a la hora de delimitar su campo de juego y sus posibilidades de acción, pero ello no significa que deba ser equivalente la actividad de unos y otras, ni que coincidan sus respectivas preocupaciones, entre otras muchas razones porque es muy diferente el sector social, con su correspondiente posición económica, al que se dirige cada uno de esos dos grandes tipos de organización profesional. La libertad sindical (que se ha desarrollado primordialmente al son del sindicato, aunque muchos de sus elementos pudieran ser trasplantados a la organización empresarial) dota al sujeto sindical de un haz de posibili-

dades y de unos refuerzos desconocidos en otros terrenos.

La segunda consideración tiene que ver con los fines e intereses propios de sindicatos y asociaciones empresariales, que, más allá de aquellas invocaciones genéricas, habrán de ceñirse a la hora de la verdad a lo prescrito por sus respectivos estatutos: la clase de intereses que se defiendan y promuevan, la forma o estrategia elegida para esa labor de defensa y promoción, y hasta el radio de acción y los efectos de la acción que a tal efecto se despliegue dependerán, en cada caso, del **programa** aprobado por cada organización. Recuérdese que una de las reglas esenciales de la libertad sindical es la que atribuye a la organización el derecho, no ya de redactar sus estatutos y reglamentos internos, sino también de decidir sus actividades y «formular su programa de acción» (art. 3 Convenio OIT núm. 87).

La tercera consideración apunta a los **destinatarios** o sujetos «pacientes» de la actividad de defensa y promoción propia de sindicatos y asociaciones empresariales: sindicatos y asociaciones empresariales son en primera instancia organizaciones de clase que contienen en un mismo «mercado», lo cual quiere decir que sus intereses son en principio contrapuestos y que su actividad se desenvuelve en esencia en una especie de relación bilateral en la que puede haber intercambio y negociación pero también conflicto y confrontación. Originariamente, así pues, la actividad de defensa y promoción de intereses se desarrolla en posiciones distintas, distantes o enfrentadas: se defienden y promueven unos intereses frente a otros. Pero la acción sindical y patronal no puede reducirse hoy en día a este esquema tan simple, perteneciente más bien a la mitología del movimiento obrero. La defensa y promoción de intereses tiene también como destinatario al poder público, frente al que pueden alzar su voz, separadamente, sindicatos o asociaciones empresariales, y frente al que también pueden actuar de consuno ambos tipos de or-

ganizaciones. Actuar «frente» al poder público no quiere decir, por supuesto, que la única estrategia posible en ese terreno sea la de confrontación, conflicto o presión, como bien es sabido.

La cuarta consideración remite a los **medios de acción** de sindicatos y asociaciones empresariales. No habla de ello el art. 7 CE, al menos de manera abierta y expresa. Pero es claro que la alusión a la defensa y promoción de «intereses» encierra por naturaleza una admisión de los medios de acción típicos de cada una de esas formas de organización: la negociación, la huelga o la participación en la empresa por el lado de los sindicatos, la negociación o la presión por parte de los empresarios, por dar tan solo algunas pistas sobre el particular. Es aquí donde se advierte mejor, seguramente, la condición de eje o punto de partida del art. 7 CE dentro del contexto constitucional: sus circunloquios y sus concentradas alusiones solo podrán explicarse desde su relación con todas aquellas cláusulas constitucionales que trazan las lindes y las reglas de juego del sistema de relaciones laborales, como por lo demás ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional (SSTC 9/1988, de 25 de enero, y 1/1994, de 17 de enero).

VI. LIBERTAD DE CREACIÓN Y DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD

El art. 7 CE declara en su segundo inciso, refiriéndose a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, que «su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». En apariencia se trata de una regla que se acomoda mejor al reconocimiento de un derecho (que es el cometido del art. 28.1 CE en relación con la libertad sindical, o del art. 22 CE si hablamos en general del derecho de asociación) que a la consagración de una institución de relevancia social y política (que parece ser el cometido más específico del art. 7 CE). Al hablar de la creación y de la actividad de los sindicatos y las asociaciones em-

presariales el art. 7 CE se está adentrando, en efecto, en el terreno propio de la libertad sindical (o del derecho de asociación), que cuenta entre sus ingredientes básicos, precisamente, el derecho de fundación o creación de sindicatos y el derecho de desarrollar la actividad que les es propia o característica. Es un pasaje constitucional que, en consecuencia, habría podido tener perfectamente otra ubicación sistemática. De hecho, el art. 28.1 CE declara expresamente que la libertad sindical «comprende el derecho a fundar sindicatos», repitiendo de alguna forma aquella otra declaración preliminar.

De cualquier modo, la inserción de ese tipo de cuestiones dentro del art. 7 CE tiene sentido. Por lo pronto, el art. 7 CE se refiere a un aspecto importante de la libertad sindical que, curiosamente, ha sido descuidado por el art. 28.1 CE: el **derecho de actividad**, que junto al derecho de «fundación» y el derecho de afiliación, compone el contenido esencial de la libertad sindical, según ha dejado ver reiteradamente la jurisprudencia constitucional (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, y 1/1994, de 17 de enero), y según ha explicitado, por lo demás, el desarrollo legal de aquella cláusula constitucional (arts. 2 y 4 LOLS, básicamente). El art. 7 CE, así pues, también sirve para completar el régimen constitucional de la libertad sindical, concretamente en lo que se refiere a su contenido o alcance objetivo. Algo similar, y con más motivo aún, podría decirse respecto del derecho general de asociación reconocido en el art. 22 CE.

El art. 7 CE tiene además la virtualidad de consagrar una especie de **garantía institucional** referida a ese tipo de organización profesional. Que su creación y su actividad gocen de libertad desde el propio texto constitucional significa que ni el legislador, ni los poderes públicos en términos más generales, pueden prescindir de los sindicatos y las asociaciones empresariales. Podrán variar — dentro por supuesto de los márgenes constitucionales— su régimen jurídico, y podrán incluso modular o acotar su función dentro

del sistema social y económico, pero de ninguna forma podrán articular un sistema de relaciones laborales en el que no estén presentes esas organizaciones de intereses; podría decirse que la Constitución implanta un sistema laboral y social «sindicalizado», en el sentido de que los intereses de trabajadores y empresarios deben tener siempre abierta la posibilidad de canalizarse a través de sindicatos (por un lado) y asociaciones empresariales (por otro).

De esa idea inicial, conjugada con los términos literales del art. 7 CE, pueden deducirse otras dos importantes consecuencias. La primera de ellas es que no cabe en nuestro sistema constitucional una **organización sindical conjunta para trabajadores y empresarios**, a diferencia de lo que ocurrió durante el período franquista. La segunda es que tampoco es viable reducir la representación de intereses a **instituciones de tipo corporativo**, ni cabe una dirección «pública» de la organización profesional de trabajadores y empresarios, pues todo ello ha de estar presidido por la libertad. Libertad de creación y libertad de actuación (más la libertad de afiliación de la que sí habla el art. 28.1 CE) son, en definitiva, los pilares necesarios de nuestro sistema de representación profesional. No hay ni puede haber obligatoriedad en ninguno de esos segmentos de la libertad sindical, ni tampoco condicionamiento alguno desde el poder público, ni cabe iniciativa pública con vistas a la implantación o puesta en marcha de esa clase de organizaciones profesionales. El art. 7 CE no exige que existan, pero su existencia tan solo puede deberse a la iniciativa de los interesados, que siempre deben contar con la posibilidad de crear sindicatos o asociaciones profesionales, de afiliarse a las mismas (y de no afiliarse, según matiza el art. 28.1 CE), y de poner en marcha las pertinentes actividades.

Lo público, no obstante, no deja de tener algún papel interesante en todo este contexto, en dos planos y dos sentidos bien diferentes. Por una parte, cabe alguna actividad de im-

pulso o incluso **promoción** del fenómeno organizativo por parte de los poderes públicos, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional y como efectivamente ha llevado a efecto nuestro legislador. Es más, al decir de algunos intérpretes nuestro texto constitucional ha consagrado un sistema de representaciones profesionales que va más allá del reconocimiento del derecho, para adentrarse en el apoyo y el sostenimiento de ese tipo de instrumentos de articulación de intereses sociales y económicos. La línea de frontera entre este tipo de intervención pública y la plena libertad que literalmente quiere garantizar la Constitución no siempre es fácil de trazar. Dicho de otro modo: la acción promocional a cargo de los poderes públicos siempre corre el riesgo de traspasar las fronteras del libre juego de intereses que en buena lógica quiere preservar la Constitución, como en más de una ocasión se ha puesto de relieve. No debe considerarse contraria al texto constitucional, en todo caso, aquella labor que tenga por único fin hacer realidad lo que el art. 7 CE parece pretender: que sindicatos y asociaciones empresariales actúen efectivamente como medios de articulación de intereses económicos y sociales que coadyuvan al buen funcionamiento del sistema (lo que tal vez podría denominarse «promoción del hecho sindical», por utilizar palabras del Tribunal Constitucional, especialmente de su S 98/1985, de 29 de julio).

Lo público aflora, por otra parte, a la hora de fijar los límites en la actuación de sindicatos y asociaciones empresariales. Son organizaciones libres, sustentadas en actos de voluntad de sujetos privados y a resguardo de la intervención pública. Pero no cabe duda de que también están sujetas, como cualquier otro pilar del sistema, al **interés general**. A ello se refiere, en definitiva, el art. 7 CE cuando declara que son «libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley». El límite constitucional es relativamente claro, a fuer de elemental: están amparadas por la Constitución y sujetas a lo que esta determine (al margen ahora de la muy discutible viabilidad de una

hipotética prohibición constitucional, que, de entrada, sería contraria a las exigencias del Derecho internacional). Otra cosa es la identificación plena de los límites constitucionales, alguno de los cuales, por cierto, se enuncia en el propio art. 7 CE, como ocurre con la exigencia de democracia en su configuración y su funcionamiento, o con la propia sujeción a la ley (que probablemente no hubiera sido necesaria). A ellos habría que añadir los que pudieran derivarse de un recorrido atento a lo largo y ancho del texto constitucional, en el que tal vez merezcan atención especial, desde esta perspectiva, las cláusulas de no discriminación, de libre circulación o de libertad de empresa, por dar solo algunas pistas.

En todo caso, más relevantes parecen ser los **límites legales**, al menos por su mayor carácter problemático o su mayor margen para la discusión y la controversia; también porque, como es pauta general, el legislador tendrá que actuar a su vez con sujeción a la propia Constitución, y no siempre es posible alcanzar un acuerdo unánime sobre lo que deba entenderse por respeto o debido ajuste al texto constitucional. Un primer límite sobre cuya aceptabilidad no parece albergarse dudas en nuestro país es el que tiene que ver con el procedimiento formal de constitución y registro de sindicatos y asociaciones empresariales, que en todo caso tendrá que dejar a salvo aquellos ingredientes básicos de la libertad sindical (o el derecho de asociación). Un segundo límite, de alcance más incierto, y más dado a la litigiosidad por supuesto, es, como vimos, el que se deriva del uso por parte de nuestro legislador de la técnica de representatividad, que siempre supone la exclusión de algún sujeto de ciertas actividades, o cuando menos la restricción de sus posibilidades o expectativas de acción. Un tercer tipo de límites se puede extraer de la regulación legal del sistema de relaciones de trabajo, y, en particular, de la regulación de la negociación colectiva, el conflicto colectivo o incluso el desarrollo del proceso laboral. Muchos otros límites, en fin, podrían extraerse del ordenamiento le-

gal de carácter común, tanto en el terreno de las obligaciones y las responsabilidades como en lo que se refiere a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales. Constitucionalmente hay margen, en todo caso, para que el legislador establezca las condiciones de ejercicio de las facultades que derivan de los arts. 7 y 28.1 CE (STC 57/1989, de 16 de marzo).

VII. LA CLÁUSULA DE DEMOCRACIA INTERNA

El último pasaje del art. 7 CE contiene una exigencia directa a las organizaciones sindicales y empresariales: «su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». Es una exigencia que conecta con la propia caracterización del Estado y de su sistema de gobierno, que se asienta sobre aquella obligación general de respeto a la Constitución y a la ley, y que, al fin y al cabo, reproduce la cláusula de estilo que el texto constitucional viene aplicando a todas aquellas organizaciones o instituciones que de algún modo actúan como vía de articulación de intereses políticos, económicos o sociales: partidos políticos (art. 6 CE), colegios profesionales (art. 36 CE) y organizaciones profesionales de defensa de intereses económicos (art. 52 CE). Aunque no se formule así en las normas internacionales sobre la materia (tal vez más preocupadas por la independencia frente a los poderes públicos), es evidente que la libertad sindical solo tiene sentido en un contexto de participación y libertades democráticas.

No es propio del texto constitucional, sin embargo, precisar el alcance real de esa exigencia, ni adentrarse en sus posibles campos de juego, tarea que es más apta para el **legislador ordinario** y, sobre todo, para la **reglamentación interna** de las propias organizaciones. Nuestro legislador, realmente, no ha sido muy explícito sobre el particular, y la prueba más palpable de ello puede encontrarse en la Ley Orgánica de

Libertad Sindical (LOLS), mucho más parca en este terreno que la legislación de los partidos políticos (arts. 7 y 8 LO 6/2002), e incluso que la legislación general de asociaciones (arts. 11 y 12 LO 1/2002). Cuatro reglas de la LOLS pueden citarse a estos efectos: la que reconoce el derecho de los afiliados «a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato», como parte del contenido de la libertad sindical [art. 2.1.c)]; la que exige que en los estatutos sindicales figuren los órganos de representación, gobierno y administración y su funcionamiento, así como el régimen de previsión electiva de los cargos, «que habrán de ajustarse a principios democráticos» [art. 4.2.c)]; la que impone a los estatutos la obligación de consignar los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado [art. 4.2.d)], y la que obliga a la organización a establecer «los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica» de la misma [art. 4.2.e)]. Un alcance similar, aunque mucho más limitado en la forma, presenta la Ley 19/1977, de 1 de abril, por la que se regula en la actualidad la constitución de asociaciones empresariales.

En honor a la verdad, la exigencia de democracia para la estructura y el funcionamiento interno de las organizaciones sindicales y empresariales constituye **una especie de aporía**, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque se asienta sobre conceptos de carácter abstracto y muy poco preciso, cuya concreción y aplicación práctica requiere normalmente tanto la identificación de los espacios de juego (la organización interna, las instancias de poder, los procesos de reclutamiento o expulsión de miembros, los procesos electivos, el régimen económico, etc.) como el auxilio de otras ideas más cercanas o de técnicas más tangibles (la participación, la opinión y la crítica, la información, la reclamación, etc.). En segundo lugar, porque los sindicatos y las asociaciones empresariales, como muchas otras organizaciones sociales, no se crean exactamente para la participa-

ción democrática, sino con vistas a la consecución de unos fines que se entienden deseables en una sociedad democrática, siendo así que la consecución de tales fines tal vez pueda justificar un grado de democracia interna inferior al que cabe pedir cuando está en juego la soberanía o la voluntad popular. No parece que deba existir, por decirlo de otro modo, un paralelismo absoluto entre la exigencia de democracia propia de las estructuras políticas y el nivel de democracia exigible a una organización de intereses sociales o económicos, en la que se supone un equilibrio entre eficiencia y racionalidad (LANDA ZAPIRÁIN, 1996, 156).

De cualquier modo, la relación de la cláusula de democracia interna con los derechos que en última instancia sustentan la creación de sindicatos y de asociaciones empresariales (la libertad sindical y el derecho de asociación) reviste cierta complejidad. Recuérdese que un ingrediente básico de tales derechos es la facultad de la organización de redactar sus estatutos y reglamentos de gobierno, elegir libremente sus representantes y cargos, organizar su administración interna y sus actividades, y formular su programa de acción [art. 2.2.a) LOLS y, en general, art. 3 Convenio núm. 87 de la OIT]; ingrediente básico de esos derechos es, en definitiva, la **plena autonomía** en su gobierno interno (como apunta el art. 1.3 de la Ley 19/1977). Siendo así, no hay más remedio que buscar una compenetración entre ambos planos (como por cierto ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional a propósito de los partidos políticos: SSTC 10/1983, de 21 de febrero, y 56/1995, de 6 de marzo): la autonomía de la organización para decidir acerca de su estructura y su funcionamiento interno, y la exigencia constitucional y legal de que a tal efecto se respeten los principios democráticos. Da toda la impresión, en definitiva, de que estamos ante un problema de dosis o grados, con el añadido de que en este contexto los principios democráticos pueden y deben proyectarse en dos planos bien diferentes: el de la organización interna (donde prima la autonomía) y el de la activi-

dad externa (donde las condiciones o reglas legales pueden ser más incisivas, y donde el grado de participación puede depender en mayor medida del legislador que de la propia organización).

La exigencia de democracia para los sindicatos y asociaciones empresariales presenta aún un ribete importante. Hoy en día, la razón de ser y la actividad de algunas de esas organizaciones han superado los estrictos límites de su estructura interna para adquirir una muy relevante **proyección exterior**. Existen, desde luego, sindicatos y asociaciones empresariales cuyo único fin es la satisfacción de intereses de sus miembros o afiliados, y cuyo proyecto de acción concluye en ese estrecho ámbito. Pero también son conocidas —más conocidas aún, por razones obvias— las organizaciones sindicales y empresariales que, sin perjuicio del sostén que para ellas supone el cuerpo de afiliados, tratan de erigirse en representantes «de clase» y de aparecer como portavoces del conjunto de trabajadores o empresarios. Pues bien, en este tipo de organizaciones la exigencia constitucional de democracia muy probablemente no deba limitarse al ámbito estricto de la organización, sino que también debería extenderse hacia ese radio de acción exterior. Claro está, si difícil es encontrar el término justo de democracia en los aspectos internos mucho más lo será la identificación de aquellas técnicas o medidas que contribuyan a un funcionamiento democrático desde este segundo punto de vista. Pero eso no quiere decir que no deba valorarse. Por ejemplo: si los sindicatos de clase abordan las tareas de diálogo social como representantes del conjunto de trabajadores del país, una hipotética consulta acerca del sentido o devenir de tal actividad debería extenderse en buena lógica a la totalidad de la población asalariada. ¿Una entequeia? Desde luego, pero también una muestra de las dificultades intrínsecas a la idea de democracia en el ámbito de las organizaciones de defensa de intereses profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, M., «La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución española», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 39-55.

DEL REY GUANTER, S., «Las asociaciones empresariales en el sistema de relaciones laborales», *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, págs. 319 y ss.

DURÁN LÓPEZ, F., «El sindicato en el nuevo sistema constitucional», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 161 y ss.

GARCÍA MURCIA, J., «Los sindicatos y la idea de regeneración», en AA. VV., *En pro de la regeneración política de España*, Thomson-Aranzadi, 2015.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los sindicatos y la (nueva) cuestión social en la Constitución», en AA. VV., *La Constitución a examen*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

LANDA ZAPIRÁIN, J. P., *Democracia sindical interna*, Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍN VALVERDE, A., «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, págs. 159 y ss.

MATEOS Y DE CABO, O. I., «Sinopsis artículo 7», *Comentarios a la Constitución Española de 1978 en su 25.º Aniversario*, Portal Telemático del Congreso de los Diputados, 2003.

MONTOYA MELGAR, A., «La función del sindicato según el debate constitucional», en AA. VV., *El trabajo en la Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 105-111.

MORA CABELLO DE ALBA, L., *La participación institucional del sindicato*, CES, Madrid, 2008.

MORENO VIDA, M. N., «Artículo 7», en AA. VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2003.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Los sindicatos y los partidos políticos», en AA. VV., *Los sindicatos*, Lex Nova-Thomson, 2014.

RIVERO LAMAS, J., «Configuración y fines de los sindicatos en la Constitución», en AA. VV., *El trabajo en la Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 113-137.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La representación institucional de los sindicatos», en AA. VV., *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Thomson-Aranzadi, 2014.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La libertad sindical en la Constitución», en AA. VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980, págs. 93-100.

SÁEZ LARA, C., «Sindicatos y orden constitucional», en AA. VV., *El modelo social de la Constitución española de 1978*, MTAS, 2003.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., «Los sindicatos en la Constitución», en AA. VV., *El trabajo en la Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 77-103.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (Coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid, 1978, págs. 227-230.

VIDA SORIA, J., «Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, págs. 247-261.

Artículo 8

1. *Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.*

2. *Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.*

Sumario: I. Introducción. II. Contenidos constitucionalizados de las Fuerzas Armadas: composición y misiones. III. Naturaleza militar de fuerzas o institutos armados y derechos fundamentales de sus miembros.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El art. 8.º de la Norma Fundamental constitucionaliza las Fuerzas Armadas (FF. AA.), lo que, frente a lo que sucede en otros (los iberoamericanos, p. ej.), no es habitual en los ordenamientos europeos occidentales. No es el único precepto constitucional que afecta a tal objeto: otros contenidos constitucionales se refieren a las FF. AA. directamente [arts. 62.h) o 149.1.4.ª CE], o a algunos de los aspectos inherentes o relacionados de forma estrecha con ellas o con sus componentes [arts. 24.5, 25.3, 26, 28.1, 29.2, 30.2, 62.f), 65.2, 70.1.e), 97 o 117.5 CE], pero es manifiesto que el art. 8.º constituye el principal de todos ellos: además de porque su contenido conforma el régimen constitucional esencial de las mismas, por la significación de su ubicación, en el Título Preliminar de la Constitución. Tal ubicación subraya aquella significación, habida cuenta de lo que, de un lado, se comenzaba señalando

acerca de la particularidad que en sí misma constituye la constitucionalización de las FF. AA. en los sistemas más relevantes de nuestro entorno, y, de otro, de que hubo algunas enmiendas —derrotadas por amplias mayorías— en ambas Cámaras durante el proceso constituyente para extraer la referencia del Título inicial.

Su contenido tiene por precedente tan inmediato como evidente el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, que disponía que «Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional», con la fundamental diferencia, como de inmediato se advierte, de que aquel precepto integraba las Fuerzas de Orden Público en las Fuerzas Armadas, cuando hoy la Constitución obliga a

diferenciarlas en razón de sus misiones, pues en su art. 104.1 atribuye una misión distinta a las «[l]as Fuerzas y Cuerpos de seguridad»: si aquellas «tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», estas «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

II. CONTENIDOS CONSTITUCIONALIZADOS DE LAS FUERZAS ARMADAS: COMPOSICIÓN Y MISIONES

El contenido del art. 8 CE comprende cuatro extremos: la **composición** de las Fuerzas Armadas (constituídas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire) y las **misiones** que la Constitución les encomienda (garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional), en el art. 8.1; una **remisión normativa** (a ley orgánica para la regulación de las bases de la organización militar); y una **exigencia material** (la de que tal regulación de las bases de la organización militar se haga de conformidad con los principios del texto constitucional), en el art. 8.2.

En orden inverso al que se acaba de exponer, cabe señalar respecto de tales extremos algunas consideraciones de interés. Es indudable que la regulación de las bases de la organización militar debe observar los principios constitucionales aun cuando no se hubiese especificado así, sean cuales sean dichos principios, acerca de cuya concreción hay diferencias doctrinales. Es también evidente que las bases de la organización militar nada tienen que ver con el concepto técnico de la delegación legislativa (arts. 82 o 150.1 CE), ni con el título competencial legislativo del Estado que para determinadas y muy importantes materias dispone el art. 149.1 CE; antes bien, el art. 149.1.4.^a establece como competencia exclusiva del Estado la de «Defensa y Fuerzas Armadas», sin matización alguna,

con lo que ello comporta y respecto de lo cual aquí solo cabe remitirse al comentario del precepto correspondiente. Y, en fin, resulta igualmente notorio que la reserva a ley orgánica de la regulación de tales bases de la organización militar, además de requerir el acuerdo cualificado que dispone art. 81.2 CE en el Congreso de los Diputados como exigencia lógica para una cuestión de tal calado, confirma la relevancia que ha otorgado el constituyente a las FF. AA., ya demostrada constitucionalizándolas en el Título Preliminar.

La ley que regula tales bases de la organización militar es hoy la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que deriva la competencia para su dictado de este art. 8.º y del antes citado 149.1.4.^a CE. Ley que viene a presidir la regulación de la Administración militar, derivando de ella las normas principales de la misma, como la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, o las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, en su versión actual aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

En lo que toca a las misiones de las Fuerzas Armadas, la Constitución refleja las propias de los ejércitos (la garantía de la permanencia incólume del territorio del Estado tanto *ad extra* —preservar la soberanía e independencia de España— como *ad intra* —preservar su integridad territorial—), salvo en lo referido a la garantía del ordenamiento constitucional, misión esta que, conforme a las propias determinaciones constitucionales, únicamente puede entenderse sobre la premisa de la sumisión del poder militar al civil —entendidos ambos aquí en el sentido genérico del art. 1.2 CE—, y más concretamente de la sumisión de las FF. AA. a los órganos referidos en los arts. 97 y 116 CE (Gobierno, Congreso de los Diputados). Dada la problemática más característica de nuestro sistema, esta misión de defensa del orden constitucional plantea si entre las «medidas necesarias» que puede aprobar el Senado a instancia del Gobierno en los supuestos a los que se refiere el art. 155 CE (es decir, si las CC. AA. incumplieren las

obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o atentaren gravemente contra el interés general de España), podría comprender el uso de las Fuerzas Armadas. Puede entenderse que la cuestión quedó resuelta pronto, en virtud de lo determinado por el legislador al que se remite el art. 116.1 CE y que dio lugar a la LO 4/1981, de 4 de junio, de los estados de excepción, alarma y sitio, puesto que, al regular este último, subsumió como supuesto de hecho del mismo, entre otros, el que se produzca o amenace producirse un acto de fuerza «contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32.1 LOAES), supuestos en los que «... el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera» (art. 32.2 LOAES); esto es, hace del art. 116.4 CE un supuesto de «último recurso» respecto de otros anteriores, entre ellos el art. 155, en el que cabe intentar cualesquiera otras opciones que no comporten el uso de las FF. AA., reservadas por el legislador orgánico, en virtud de la remisión que le hace el constituyente, para el estado de sitio.

Pero no se agota en las misiones apuntadas en el texto constitucional el posible quehacer de las Fuerzas Armadas. En los tiempos actuales son ya lugar común sus intervenciones ajenas a los cometidos que refleja el art. 8.º CE. Así, en el exterior, y en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte (ONU, UE, OTAN, etc.), su participación tiene lugar en cometidos de dos naturalezas principalmente: como integrantes de fuerzas de paz de contingentes internacionales en conflictos bélicos o garantes de seguridad en zonas conflictivas (intervenciones pasivas), o como parte de contingentes aliados en conflictos armados en los que se deciden actuaciones conjuntas (intervenciones activas). Y *ad intra* del territorio nacional, en supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, siempre de conformidad con lo que determine la ley: se

ha consolidado en este sentido la Unidad Militar de Emergencias (UME) desde que fuera formalmente regulada por Real Decreto 416/2016, de 11 de abril, si bien ya la Ley anterior 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, la preveía.

Por último, queda referirse a la composición de las FF. AA., que, conforme a lo determinado en el art. 8.º CE, solo pueden considerarse «constituidas» por el conjunto de los Ejércitos de Tierra, del Aire y la Armada, tríada que ha de entenderse como *numerus clausus*. Cuestiones distintas a este respecto son, de un lado, qué pueda componer cada uno de los Ejércitos: así, p. ej., cabe apuntar que la STC 194/1989, de 16 de noviembre (LA LEY 1706-JF/0000), FJ 3, recuerda que la posibilidad de insertar la Guardia Civil en el Ejército de Tierra se barajó inicialmente por el legislador, aunque finalmente se frustró en el *iter* legislativo; y, de otro, que no solamente aspectos singulares del régimen militar (*v. gr.*, su régimen disciplinario) pueden ser aplicados a Cuerpos o Institutos armados que no constituyan las FF. AA., cosa que ya prevé la propia Constitución (arts. 28.1 y 29.2), sino que incluso cabe predicar de dichos Cuerpos o Institutos armados, y por consiguiente también de sus componentes, su «naturaleza militar».

Este ha sido el caso de la citada **Guardia Civil**, a la que el legislador postconstitucional, en la misma línea de la del legislador del anterior régimen, ha atribuido tal naturaleza [frente a la «naturaleza civil» atribuida al Cuerpo Nacional de Policía: art. 9.a) y b), respectivamente, de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], habiendo dejado el Tribunal Constitucional meridianamente claro en su momento que la libertad de configuración del legislador, ante la ausencia de referencia constitucional concreta a dicho Instituto armado, le permite la atribución de dicha naturaleza militar a tal Instituto armado: en sus términos, la voluntad del legislador es una «voluntad constitucionalmente permitida aunque sin duda derogable y modificable» [STC 194/1989, de 16 de noviembre (LA

LEY 1706-JF/0000), FJ 5]. La atribución de la naturaleza militar a la Guardia Civil siempre ha sido polémica (la propia STC 194/1989 contiene un Voto Particular de dos Magistrados que rechazan la constitucionalidad de tal posibilidad), pero el legislador postconstitucional se ha reafirmado en ella en tantas ocasiones como ha tenido oportunidad, en normas sustantivas y procesales, y tanto en normas genéricas sobre el personal militar como específicas sobre la Guardia Civil, hasta llegar al desarrollo hoy vigente del art. 8.2 CE, constituido por las citadas Ley Orgánica de la Defensa Nacional (art. 23), o a la Ley 39/2007 de la Carrera Militar (art. 1.3, que somete a los integrantes a la misma, dada la «... naturaleza militar de dicho Instituto Armado y... condición militar de sus miembros...»). En lo que aquí interesa, esa naturaleza militar de la Guardia Civil tiene importancia fundamental respecto del ejercicio de algunos derechos fundamentales de sus componentes, a lo que de inmediato se hará referencia.

La composición de las FF. AA. se culmina con la figura del Rey, al que la propia Constitución le atribuye «[e]l mando supremo» de las mismas [art. 62.h)], precepto a cuyo análisis procede aquí únicamente remitirse, sin perjuicio de aclarar aquí que esa atribución es simbólica, como evidencia el art. 6 LODN cuando atribuye al Presidente del Gobierno la ordenación, coordinación, dirección y empleo de las Fuerzas Armadas, así como la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza.

III. NATURALEZA MILITAR DE FUERZAS O INSTITUTOS ARMADOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE SUS MIEMBROS

La jurisprudencia constitucional que ha versado sobre el art. 8 CE no ha tenido por motivo principal los extremos contenidos en el mismo, sino el ejercicio de derechos funda-

mentales en el seno de cuerpos de naturaleza militar o sometidos disciplinariamente a este régimen [conforme a lo previsto, como se ha dicho antes, en los arts. 28.1, 29.2 o 70.1.e) CE], porque el ejercicio de dichos derechos se ve necesariamente condicionado o matizado por la especial sujeción que caracteriza las relaciones de sus miembros con la institución militar.

En efecto, el ejercicio de los derechos fundamentales en el seno de las instituciones de naturaleza militar (o sometidas a régimen disciplinario de esta índole), tiene por premisa esa relación que se acaba de señalar. Al respecto ha afirmado el Tribunal Constitucional que «[l]a extensión de los derechos fundamentales a todos como inherentes a la personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» propia de ciertos grupos de ciudadanos solo sean admisibles cuando resulten estrictamente indispensables y solo hasta ese límite, para el cumplimiento de la función que impone aquella situación especial» [STC 24/1999, de 8 de marzo (LA LEY 2499/1999), FJ 4]. De estas exigencias de estricta indispensabilidad y de conexión entre las limitaciones a los derechos y las funciones encomendadas a las FF. AA., ha derivado el Tribunal Constitucional la anulación de decisiones jurisdiccionales castrenses contrarias a la **tutela judicial efectiva** (pues «[e]n ningún supuesto pueden plantearse como antagónicas la disciplina de los Ejércitos y la tutela judicial de quienes forman en sus filas») (misma STC y FJ que se acaba de citar), o la declaración de inconstitucionalidad de preceptos procesales de dicha jurisdicción [STC 179/2004, de 21 de octubre (LA LEY 2138/2004), que dio lugar a la extinción de diversas cuestiones de inconstitucionalidad, externas e internas del propio TC, por pérdida sobrevenida de su objeto], y ha aseverado la plena vigencia de la **libertad religiosa** en el seno de las FF. AA., en su vertiente positiva (afirmando la plena constitucionalidad de la prestación de asistencia religiosa tanto a los católicos como «a los miembros de otras

confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que estos pueden reclamar fundadamente») [STC 24/1982, de 13 de mayo (LA LEY 13537-JF/0000), FJ 4], como en su vertiente negativa, que «garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos [...] (religiosos: en el concreto caso, se trataba de rendición de honores a la Virgen) Decisión personal a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas, que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 CE» [STC 177/1996, de 11 de noviembre (LA LEY 191/1997), FJ 10].

Ahora bien, el cumplimiento de las funciones que la Constitución confía a las instituciones de naturaleza militar, y que se encuentra en el origen de la singular situación jurídica que caracteriza a sus miembros, de sujeción especial, se traduce en la práctica en **principios inherentes a la organización militar** para lograr aquellas funciones, principios que actúan condicionando, o limitando sin más, derechos fundamentales de aquellos: dicho de forma sintética en términos del propio Tribunal Constitucional, «resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad» [STC 272/2006, de 25 de septiembre (LA LEY 102915/2006), FJ 9]. En consecuencia y por empezar con las limitaciones que explícitamente prevé la Constitución a los sometidos al régimen disciplinario militar respecto de los derechos contenidos en sus arts. 28.1 y 29.2, el Tribunal Constitucional ha sancionado la constitucionalidad de la prohibición legal de **sindicación** en el interior de establecimientos militares [STC 101/1991, de 13 de mayo (LA LEY 1698-TC/1991)] y la imposibilidad de efectuar **peticiones colectivas** en forma de manifiesto so pretexto del ejercicio de la libertad de expresión [ATC 375/1993, de 30 de julio (LA LEY 2443-TC/1993), FJ 2]. En varias ocasiones se ha pronunciado el máximo intérprete constitucional sobre **la liber-**

dad expresión (art. 20 CE) respecto de los militares o de los sometidos a su régimen disciplinario, ratificando las limitaciones a las que sus ejercientes habían de atenerse en las concretas circunstancias de los distintos casos [STC 272/2006, de 25 de septiembre (LA LEY 102915/2006), en la que se recoge la doctrina de las decisiones habidas sobre el derecho en cuestión hasta ese momento]; pero garantizándola cuando se trate de un mero juicio valorativo, por así decir, incidental (STC 38/2017, de 24 de abril). Por último, los mencionados principios se proyectan en ocasiones de forma muy relevante sobre el **derecho a la tutela judicial efectiva** y sobre **garantías procesal-penales** (art. 24 CE) y, conectado con ellos, sobre el **derecho de igualdad** (art. 14 CE), confiriendo a la jurisdicción castrense singularidades respecto de la ordinaria, toda vez que «la jurisdicción militar (art. 117.5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su art. 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución» [STC 180/1985, de 19 de diciembre (LA LEY 517-TC/1986), FJ 2].

En fechas relativamente recientes, el legislador ha optado por una regulación *ad hoc* de los derechos fundamentales de quienes están sujetos a la disciplina militar en la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, a la que se alude en la citada STC 38/2017, recordando las limitaciones que dispone la misma a la libertad de expresión de los citados miembros.

BIBLIOGRAFÍA

COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, INAP-CEPC, Madrid, 2002.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. (e. a.), *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ GARCÍA, I., «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de Derechos y Deberes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, págs. 127-166.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Comentario al Artículo 8», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 411 y ss.

PEÑARRUBIA IZA, J. M., *Presupuestos constitucionales de la Función militar*, CEPC, Madrid, 2000.

Artículo 9

- 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
 - 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.*
 - 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.*
-

Sumario general:

La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por **ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO**

La igualdad real, por **MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ**

Los principios garantizados en la Constitución, por **ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO**

ARTÍCULO 9.1

LA SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y AL RESTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de relevancia. III. La Constitución como norma. IV. Noción de poderes públicos y ámbito territorial de actuación. V. Alcance de los deberes consecuencia de la sujeción a la Constitución. 1. Deberes positivo y negativo. 2. Democracia militante. VI. La supremacía normativa de la Constitución. 1. Constitución y derechos históricos. 2. Constitución e integración en la Unión Europea. 3. Significado esencial del art. 9.1 de la Constitución respecto de su supremacía normativa. 4. Subordinación de todas las normas a la Constitución. VII. Constitución y poder legislativo. 1. La sujeción del poder legislativo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Límites del poder legislativo en relación con la Constitución. VIII. Principios y preceptos constitucionales. 1. Alcance del carácter normativo de los distintos preceptos constitucionales. 2. Principios constitucionales. IX. Corolarios del art. 9.1 de la Constitución.

ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO

LETRADO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA
LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

I. INTRODUCCIÓN

La **trascendencia del precepto constitucional** consideramos no pasó inadvertida a la doctrina científica desde los primeros momentos tras la aprobación de la Constitución. En efecto, con independencia de que se apreciara que suponía la concreción, o incluso la reiteración, de la cláusula del Estado de Derecho plasmada ya en su art. 1.1, o de que se pretendiera encontrar en su contenido la proclamación del principio de legalidad, cualquiera que fuera el entendimiento que del mismo se tuviera (planteándose así cuestiones tales como la conexión con la referencia expresa a ese principio en el art. 9.3 de la Constitución, la relación con el principio de juridicidad, o aquella, tan querida especialmente por los administrativistas, de si la Constitución estaba pronunciándose sobre las doctrinas de la vinculación, positiva o negativa, de la Administración a la Ley o al Derecho), inmediatamente se destacó, de modo práctica-

mente unánime y con entusiasmo, que el precepto tenía la muy específica relevancia de despejar todo género de dudas o confusiones en torno a **dos aspectos de la máxima importancia**, especialmente en aquel preciso momento histórico español. El primero, que **la Constitución tenía carácter o valor normativo**, que era una norma jurídica. El segundo, que **la Constitución era la suprema de las normas de nuestro ordenamiento jurídico**, de modo que vinculaba a todas las demás, que debían respetarla en cuanto sometidas a ella, esto es, se proclamaba el principio de supremacía de la Constitución.

Como inmediatamente examinaremos, tampoco la jurisdicción constitucional, una vez efectivamente constituida, dejaría pasar demasiado tiempo para extraer esas mismas esenciales conclusiones del art. 9.1 de la Constitución y para poner de manifiesto, en consecuencia, su especial relevancia en el texto de la Ley Fundamental y entre las pres-

cripciones de su ya de por sí muy trascendente Título Preliminar.

II. ANTECEDENTES DE RELEVANCIA

No obstante, antes de pasar, precisamente, al examen de las específicas declaraciones del Tribunal Constitucional sobre el precepto que nos ocupa (sin perjuicio de que muchas de ellas guarden inevitable conexión con otras previsiones constitucionales, lo que nos obligará a las oportunas remisiones), lo que constituye el objeto central de este trabajo, creemos conveniente, para su mejor comprensión incluso, hacer **alguna referencia a determinadas cuestiones que se plantearon ya en la fase previa de elaboración y aprobación** de este art. 9.1 de la Constitución.

En efecto, en lo que ahora específicamente interesa, ciertamente **el Anteproyecto de Constitución contenía una fórmula casi idéntica a la definitivamente aprobada**, al prever en su art. 9.1 que «**Todos los poderes públicos y los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al Ordenamiento jurídico...**». Examinaremos ahora brevemente las **cuestiones de relevancia para la interpretación** del art. 9.1 de la Constitución, en su definitiva redacción, que se plantearon durante su tramitación parlamentaria:

a) **Se propuso que se aludiera al «resto del ordenamiento jurídico»**, con la finalidad de que no cupiera ninguna duda de que la Constitución es ordenamiento jurídico. Y efectivamente se aprobó finalmente la propuesta, con la considerada consecuencia de reafirmar el valor normativo de la Constitución, aun cuando quedara suficientemente claro que la redacción definitiva del precepto hace expreso algo que ya se sobrentendía en la del Anteproyecto, que en modo alguno pretendió separar Constitución y ordenamiento jurídico.

b) Se debatió asimismo sobre la **conveniencia de recoger la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico**

co de los ciudadanos, por considerarse que no resultaba necesario por evidente, además de que, desde un punto de vista técnico, en línea con la concepción tradicional del Estado de Derecho como limitativo de la acción de los poderes públicos en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos, un precepto que pretendía ser la plasmación de la esencial característica de ese Estado de Derecho debía referirse tan solo a la sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico de los poderes públicos y no de los ciudadanos. Sin embargo, se mantuvo la referencia, pretendiendo quizá el constituyente recoger una más moderna concepción del Estado de Derecho como comprensivo del sometimiento al Derecho no solo de los poderes públicos sino de todos los sujetos, sean públicos sean privados. Otra cosa es (y, como examinaremos, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de destacarlo) que el nivel o grado de sujeción o sometimiento sea distinto para unos y otros, como consecuencia, precisamente, de la propia estructura del ordenamiento jurídico y de la posición que cada uno de ellos ocupa en el sistema jurídico que establece.

c) Aunque de menor importancia (o, por lo menos, la experiencia posterior no ha extraído consecuencias apreciables de la posible distinción), debe aludirse también a que **se pretendió sustituir el «están sujetos» por «quedan sometidos»**, expresión quizá más suave, intentándose probablemente con ello precisar la inexistencia de una atadura rígida al ordenamiento jurídico (no siendo de descartar que la modificación tuviera en el punto de mira a los poderes públicos y, en concreto, la cuestión, ya aludida, de la ratificación constitucional de las doctrinas de la vinculación, positiva o negativa, de la Administración a la Ley o al Derecho), y la imposición solo de la obligación de actuar de acuerdo con sus prescripciones y en el marco de las mismas. Como hemos examinado, la propuesta no tuvo finalmente éxito, sin que, repetimos, del empleo del término *sujetos* se hayan, por lo general, extraído demasiadas consecuencias posteriormente (desde luego, no en las declaraciones

del Tribunal Constitucional), ni por lo que hace a los ciudadanos ni por lo que se refiere a los poderes públicos.

d) Mucha mayor relevancia, al menos en el plano teórico, tiene sin duda **la cuestión de si, como se desprende de la redacción definitiva del precepto, todos los poderes públicos, sin excepción, están sujetos no solo a la Constitución**, sino al resto del ordenamiento jurídico. En efecto, tradicionalmente se ha sostenido que el **poder legislativo** se encuentra tan solo sometido a la Constitución y no al resto del ordenamiento jurídico, concepción que ha encontrado su más conocida plasmación en el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que expresa que «El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho».

Ciertamente, durante la tramitación parlamentaria del precepto que comentamos se pretendió introducir una fórmula de clara inspiración alemana, de modo que aquel expresara que «Las Cortes Generales están sujetas a la Constitución, y los demás poderes públicos, a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico». Se mantuvo, sin embargo, en este concreto aspecto, el sentido de la redacción inicial del Anteproyecto, sin que haya quedado claro si ello es indicativo de que, en la actualidad, debe reconocerse que el poder legislativo está sujeto a algo más que la Constitución o, por el contrario, nada dice sobre tal cuestión; de la que, posteriormente, nos ocuparemos con algún detalle.

III. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA

Como ya expusimos, el carácter o valor normativo de la Constitución fue afirmado, con toda rotundidad, por el Tribunal Constitucional desde muy temprano, siguiendo la estela que ya había marcado decididamente la doctrina científica. **No faltaron, sin embargo, en los momentos iniciales de vigencia de**

la Constitución, intentos de negar a la Ley Fundamental ese carácter normativo, de una manera u otra (por ejemplo, suele citarse en este sentido la Consulta 1/1979, de 12 de enero, de la Fiscalía General del Estado).

Más aún, **tales pronunciamientos** contrarios al carácter normativo y a la inmediata aplicabilidad de la Constitución **se realizaron por relevantes órganos judiciales, incluido el Tribunal Supremo**, obligando precisamente a la intervención del Tribunal Constitucional. Así, en el recurso de amparo que fue resuelto por la STC 80/1982, de 20 de diciembre, las resoluciones judiciales impugnadas contenían declaraciones tan, por así decir, sorprendentes, como las que reproduce el primero de los FF. JJ. de la citada STC 80/1982. En efecto, en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 31 de enero de 1980, en relación expresa con la «vigente Constitución», se afirma que «el contenido de las Leyes Fundamentales del Estado integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del Poder Público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que estos se desarrollen por leyes ulteriores». Y en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982 no se duda en afirmar que el mandato del art. 14 de la Constitución, referido a la igualdad, «tiene alcance de una declaración de principio», de manera que estaría necesitada de ulterior desarrollo, lo que provocó que no se apreciara el efecto derogatorio del art. 14 de la Constitución respecto del art. 137 del Código Civil (que consagraba un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario a la igualdad en relación con el régimen de las acciones de filiación) en virtud de lo previsto en el apartado tercero de la disposición derogatoria de aquella.

Pues bien, **frente a esas declaraciones** de las Sentencias impugnadas, **el Tribunal Constitucional reacciona firmemente**, afirmando:

«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. (...). 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.»

Inmediatamente después, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia que acabamos de citar, va a introducir matizaciones en ese valor normativo de la Constitución y, esencialmente, en su grado de vinculación y en el carácter inmediato de esta, tomando en cuenta y diferenciando el alcance de los distintos preceptos constitucionales, en los términos que posteriormente examinaremos con más detalle.

Conviene destacar que **la proclamación del carácter normativo de la Constitución se había producido incluso antes de la considerada STC 80/1982**, no obstante lo temprano de esta. En efecto, **ya la STC 16/1982**, de 28 de abril, expresa (FJ 1), frente a las afirmaciones que en el recurso de amparo se habían formulado en el sentido de que los preceptos de la Constitución no serían alegables ante los Tribunales porque la propia Constitución así lo ordenaría, que «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 po-

der judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la CE). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (...), 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 CE).»

El párrafo de la Sentencia que acabamos de transcribir **no deja lugar a dudas** en la solución de algunas de las cuestiones que ya hemos tenido ocasión de apuntar:

a) **La Constitución es una norma jurídica.**

b) **La Constitución forma parte del ordenamiento jurídico español.**

c) **La Constitución es la norma suprema** de ese ordenamiento jurídico.

d) **La Constitución vincula de modo inmediato y en la misma manera puede exigirse su cumplimiento.**

e) Los caracteres anteriores determinan la **sujeción a la Constitución** no solo de los poderes públicos sino **también de los ciudadanos**, destinatarios directos también de las previsiones constitucionales.

f) **Todos los poderes públicos**, sin excepción, **están sujetos a la Constitución**, afirmandose ello de manera específica, para evitar también toda duda, respecto de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, para quienes la previsión genérica del art. 9.1 de la Constitución se concreta en su art. 117.1.

g) Consecuencia de todo lo anterior es también que los **preceptos constitucionales sean alegables ante los Tribunales de Justicia.**

h) Finalmente, para remachar la argumentación, destaca el Tribunal Constitucional

que el art. 53.1 de la Constitución refuerza la vinculación de todos los poderes públicos al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Siendo ello cierto, no puede dejar de reconocerse que el pronunciamiento deja abierta la cuestión del papel que cumple el citado art. 53.1 de la Constitución, incluso de los problemas que su literalidad puede plantear, tanto por lo que se refiere a que limite la vinculación de los poderes públicos a los señalados derechos y libertades como en relación con la cuestión de las posibles diferencias entre el grado de vinculación de los distintos preceptos constitucionales. Como ya expusimos, nos ocuparemos posteriormente de esas cuestiones.

IV. NOCIÓN DE PODERES PÚBLICOS Y ÁMBITO TERRITORIAL DE ACTUACIÓN

Por lo que se refiere a la específica cuestión de **cuáles son los poderes públicos a los que alude el art. 9.1 de la Constitución** como sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico, si bien, como acabamos de exponer, la STC 16/1982 se preocupó de recoger un significativo «todos», con expresa inclusión de los integrantes del Poder Judicial (lo que permitía salir al paso de alguna posible interpretación sistemática de la Constitución, conducente a considerar que su art. 9.1 solo estaba aludiendo a la Administración Pública o al Poder Ejecutivo), lo cierto es que la **STC 35/1983, de 11 de mayo**, va a despejar expresamente todo tipo de duda, acogiendo una concepción amplísima de la expresión que consideramos (FJ 3):

«La noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que **incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del**

Estado y precedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es sin duda coincidente con la de servicio público, pero lo «público» establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los «poderes públicos». Esta relación se hace tanto más intensa, como es obvio, cuanto mayor sea la participación del poder en la determinación de las condiciones en las que el servicio ha de prestarse y en la creación, organización y dirección de los entes o establecimientos que deben prestarlo. Cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que este es el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente. La necesidad de hacer más flexible el funcionamiento de estos entes interpuestos puede aconsejar el que se dé a su estructura una forma propia del derecho privado y que se sometan a este los actos empresariales que debe llevar a cabo para el ejercicio de su función, pero esta, en cuanto dirigida directamente al público como tal, ha de entenderse vinculada al respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según dispone el art. 53.1 de esta y, en consecuencia, los ciudadanos protegidos también frente a ella con los instrumentos que el ordenamiento les ofrece para salvaguardarla de sus derechos fundamentales frente a los actos del poder.»

También, en un plano más general, la **STC 18/1984**, de 7 de febrero, deja claro (FJ 6) que **ninguno de los tres clásicos poderes escapa a la previsión del art. 9.1 de la Constitución:**

«la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos (*los derechos fundamentales y las libertades públicas*) en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas.»

Por lo demás, en cuanto a lo que podríamos denominar, con alguna licencia, el ámbito territorial del art. 9.1 de la Constitución y, en concreto, de la sujeción que impone a los poderes públicos, la **STC 21/1997**, de 10 de febrero, FJ 2, no deja lugar a dudas:

«las autoridades españolas han procedido a la ejecución, en la alta mar, de las medidas acordadas por un órgano jurisdiccional (...) esta actividad, aun realizada fuera de los límites del territorio español —pues la alta mar es un espacio marítimo exterior al mar territorial y a las aguas interiores españolas (...)—, no deja de estar sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) (...)»

... los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer *ad intra* sus atribuciones (...) y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes.»

Por lo demás, sin perjuicio de lo que posteriormente expondremos específicamente respecto de las relaciones entre Constitución y poder legislativo, el Tribunal Constitucional

se ha preocupado de destacar que este poder se encuentra inexorablemente vinculado a aquella, sin que exista ningún argumento posible para rebatir esa afirmación. Así, el **ATC 6/2018**, de 30 de enero, FJ 6, afirma que: «**la autonomía parlamentaria no puede erigirse en razón para soslayar el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional** (...)», pues todos “los poderes públicos, incluidas las Cámaras legislativas”, están obligados “al debido y efectivo cumplimiento de sus sentencias y demás resoluciones”, y constata que «la admonición a la Mesa del Parlamento y a sus miembros del **deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga incumplir las resoluciones de este Tribunal (...) es la consecuencia obligada de la sumisión a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)**».

Por su parte, la **STC 114/2017**, de 17 de octubre, FJ 5. A), recuerda que «Ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental, como por su sola voluntad afirma el Parlamento autonómico en un “abierto y expreso desafío a la fuerza de obligar de la Constitución o del ordenamiento que sobre ella se levanta”», de manera que «el legislador autonómico ha olvidado “la **permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente formalizado en la Constitución y la actuación de los poderes constituidos**, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel”».

V. ALCANCE DE LOS DEBERES CONSECUENCIA DE LA SUJECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN

1. Deberes positivo y negativo

Como se aprecia, la **STC 18/1984**, que acabamos de citar, se refiere a la existencia, respecto de los poderes públicos, de un **deber positivo de otorgar efectividad a las previsiones**

constitucionales. La idea no era ya entonces nueva en la doctrina del Tribunal Constitucional y en ella ha profundizado, tratando, en definitiva, de establecer diferencias entre la situación de los ciudadanos y los poderes públicos frente a la Constitución, muy en especial, y frente al ordenamiento jurídico, en general. No obstante, las declaraciones del Alto Tribunal no dejan de plantear problemas en su adecuada comprensión, razón por la cual merecen un examen separado y detallado, máxime cuando pueden afectar (y en la práctica o realidad han afectado, según inmediatamente examinaremos) a cuestiones de la mayor relevancia para una adecuada comprensión de nuestro sistema democrático y del ámbito lícito de actuación en aspectos tan esenciales como el relativo a la libertad ideológica.

La STC 101/1983, de 18 de noviembre, avanza (FJ 3) la idea y así, después de transcribir el art. 9.1 de la Constitución, del que, se dice, debe partirse en el correspondiente análisis, declara que la sujeción a la Constitución, consecuencia obligada de su carácter de norma suprema:

«se traduce en un **deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros 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 (arts. 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**, es decir que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación

por el cauce establecido en los arts. 166 y siguientes de la Norma Fundamental. Entendido así el acatamiento, (...) constituye un deber inherente al cargo público, una condición, en el sentido de requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal.»

La misma Sentencia reitera posteriormente la referencia al «deber positivo de respeto a la Constitución, inherente al cargo público», del que el acatamiento constituye una exteriorización, sin implicar una adhesión ideológica. Asimismo, se destaca la idea, evidente y que solo reproducimos aquí porque se alude expresamente al art. 9.1 de la Constitución como su fundamento, de que la Constitución obliga a todos los ciudadanos españoles, con independencia de que, en su momento, hubiera obtenido o no el voto favorable de una concreta persona o de un concreto grupo o minoría. Y en su FJ 5 vuelve a insistir en el **concepto de deber positivo, en relación con la libertad ideológica**, al señalar que:

«las manifestaciones de la libertad ideológica de los titulares de los poderes públicos sin la cual no sería posible ni el pluralismo ni el desarrollo del régimen democrático ha de armonizarse en su ejercicio con el necesario cumplimiento del deber positivo inherente al cargo público de respetar y actuar en su ejercicio con sujeción a la Constitución, y por ello, si se pretendiera modificarla, de acuerdo con los cauces establecidos por la misma. En definitiva, cuando la libertad ideológica se manifiesta en el ejercicio de un cargo público, ha de hacerse con observancia de deberes inherentes a tal titularidad, que atribuye una posición distinta a la correspondiente a cualquier ciudadano.»

Sin embargo, **ya esta primera Sentencia no deja de plantear dudas** en relación con

la cuestión que nos ocupa, en especial en lo que se refiere a la diferente situación frente a la Constitución en la que pretende colocar a cualesquiera titulares de cargos públicos y al resto de los ciudadanos. Porque, en efecto, concebido el deber positivo de respeto a la Constitución **en los términos** que hemos **expuesto, no se comprende** muy bien por qué el mismo **no afecta a todos los ciudadanos**, los cuales, en principio, parece que tienen también, desde luego, la obligación de realizar las funciones que en cada caso les correspondan, sean de carácter público o privado, de acuerdo con la Constitución. Otra cosa parece ser la existencia de un específico, reforzado o especial deber de cumplimiento de la Constitución o de promoción del efectivo desarrollo o implantación de la misma, que recaería sobre determinados, no todos, titulares de cargos públicos, sobre quienes desarrollan determinadas funciones públicas, tampoco todas, o incluso sobre concretos ciudadanos, en razón de la especial relevancia de las actividades que ejercen. En estos casos, sí que se podría aludir a la existencia no solo de un deber, que cabría calificar con muchas reservas de negativo, de respetar estrictamente las previsiones de la Constitución, de manera que la correspondiente actuación no se opusiera a lo establecido en la misma, sino también de un deber, que podríamos, con las mismas reservas, configurar como de carácter positivo, de promover con esa actuación el desarrollo, concreción, precisión o actualización de las previsiones constitucionales, consiguiendo, en definitiva, dotar a esta de mayor efectividad práctica.

La idea que acabamos de exponer ha sido, sin embargo, atisbada con posterioridad por el propio Tribunal Constitucional, si bien de modo prudente, condicionado quizá por el deseo de no dejar en evidencia los posibles errores de esa doctrina que inicialmente sentó en un Sentencia que, no se olvide, tenía como sujetos a los que se imponía el acatamiento a Diputados de las Cortes

Generales, esto es, cargos públicos representativos.

En efecto, ciertamente en la siguiente y muy próxima Sentencia en la que trata el tema, la **STC 122/1983, de 16 de diciembre**, se reitera (FJ 4), como referido a los Diputados o miembros de Asambleas Legislativas en cuanto titulares de cargos públicos, la existencia de un deber positivo de obrar con arreglo a la Constitución que se sumaría al deber negativo de no actuar contra ella que afecta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos, en los términos del art. 9.1 de la Constitución. Pero ya en el FJ 5, al referirse al contenido de la obligación de guardar fidelidad a la Constitución y al correspondiente Estatuto de Autonomía (contenido que examinaremos posteriormente con más detalle en relación con las declaraciones de nuestro Tribunal Constitucional sobre la existencia o no en nuestro sistema de un modelo de democracia militante), **parece muy difícil identificar las características o exigencias adicionales de ese deber positivo de respeto a la Constitución en relación con las del denominado deber negativo**, por lo menos en lo que respecta a los cargos públicos representativos o, más en concreto, a los miembros de Asambleas Legislativas.

Sin embargo, **ya la STC 18/1984 parece querer introducir una doble matización**. En primer lugar, en cuanto al contenido de ese ya varias veces citado deber positivo, que consistiría, en relación en la considerada Sentencia con los derechos fundamentales y libertades públicas, en «dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social». En segundo lugar, que los **poderes públicos a los que** se refiere el art. 9.1 de la Constitución, y a los que por ello **resulta exigible** el citado deber positivo, se concretan en el «legislador, (el) ejecutivo y (...) los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas».

De este modo, el citado deber iría más allá del simple respeto a la Constitución, respeto

este exigible desde luego a todos, poderes públicos y ciudadanos, cualesquiera que estos sean, y como tal deber positivo solo afectaría a los poderes públicos, incluso con mayor extensión de la recogida en la considerada Sentencia (esto es, incluyendo organizaciones, instituciones o entes no asimilables al legislativo, al ejecutivo o al judicial, con independencia de su mayor o menor relación o conexión con los mismos), pero sin alcanzar, desde luego, a aquellos que en ningún caso merecen el calificativo de poderes públicos, aun cuando sean titulares de un cargo público, entre los que se encuentran los Diputados o miembros de las Asambleas Legislativas (*vide* ATC 147/1982, de 22 de abril, FJ 4).

La STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, también en referencia a los derechos fundamentales, insiste en esta línea, al afirmar que incluyen deberes positivos *por parte del Estado*, indicando literalmente que:

«Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.»

Sin embargo, es la STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 4, la que de modo más directo pretende introducir matizaciones sobre la doctrina precedente, aunque ciertamente de

modo confuso, consciente quizá, como ya apuntamos anteriormente, de que no resultaba conveniente reconocer abiertamente que aquella había incurrido en excesos o incorrecciones. Así, tras distinguir entre funciones representativas y las que no lo son o, de otra manera, entre representantes electos y titulares de cargos no representativos, se señala que:

«La obligación de prestar formalmente acatamiento a la Constitución solo puede imponerse a quienes han sido elegidos para el desempeño de funciones representativas teniendo en cuenta que estos han de cumplirla precisamente porque han solicitado y obtenido el voto de los electores para orientar su actuación pública dentro del marco constitucional en un sentido determinado.»

Y en el FJ 7 se señala que los Diputados tienen un mandato producto de la voluntad de quienes los eligieron, determinada por la exposición de un programa político jurídicamente lícito, lo que determina que deban fidelidad a ese su compromiso político, «que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo, ni excluye, obviamente, el deber de sujeción a la Constitución que esta misma impone en su artículo 9.1 (*fidelidad que*) no puede ser desconocida ni obstaculizada».

Ya no se alude a la existencia de un deber positivo en relación con los Diputados, ya parece quedar claro que estos no solo es que no tienen que promover la máxima efectividad o irradiación de las previsiones constitucionales, sino que, por el contrario, la fidelidad al programa político que defendieron ante el electorado les debe llevar, incluso, a preconizar y realizar cuantas actuaciones sean precisas, dentro del marco de la Constitución, que solo deben respetar en aquella perspectiva que denominábamos negativa, para precisamente modificar, incluso radicalmente, esas previsiones. Porque, y entramos

inmediatamente en la cuestión, **nuestra Constitución no impone en absoluto un modelo de lo que se ha venido en llamar *democracia militante*.**

2. Democracia militante

En efecto, ya en la citada **STC 122/1983 (FJ 5)** se dice que:

«La fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Galicia puede entenderse como el compromiso de aceptar las reglas del juego político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales. La fidelidad, en esta línea interpretativa, no entraña una prohibición de representar y de perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Constitución y Estatuto, siempre que se respeten aquellas reglas de juego; y no supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales consagradas por la Constitución, ni a la libre crítica del ordenamiento jurídico existente, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas Leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución o el Estatuto, tanto más, conviene subrayarlo, cuanto el contenido de la actual Constitución Española es reformable, aunque el procedimiento para llevar a cabo esa reforma sea más o menos rígido, según la materia y ámbito a que afecte.»

En parecido sentido, la **STC 74/1991**, de 8 de abril, FJ 4, expresa que:

«El acatamiento a la Constitución (...) no entraña una prohibición de representar o perseguir ideales políticos diversos de los encarnados por la Constitución, siempre que se respeten las reglas del juego político democrático y el orden jurídico existente, y no se

intente su transformación por medios ilegales.»

Sin embargo, es evidente que es en la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7, donde se recogen con mayor claridad las ideas que estamos exponiendo:

«en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» en el sentido (*de*) un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos (...)

La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, (...) (*principios*) todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos.»

Y en su FJ 10 se deja claro también **la imposibilidad de establecer legislativamente ninguna clase de vinculación positiva de los partidos políticos**, que no son poderes públicos ni órganos del Estado, sino tan solo la exigencia de «respeto a los valores constitucionales, respeto que ha de guardarse por los partidos en su actividad y que es compatible con la más plena libertad ideológica».

En definitiva, es difícil dejar expuesto con mayor claridad, **por un lado, la existencia de un deber de todos de respeto a la Constitución**, incluyendo sus principios inspiradores de sus normas concretas y, **por otra parte, la inexistencia, al menos para quienes no son poderes públicos, de un deber positivo de adhesión a la Constitución**, a sus principios y normas, y la consiguiente obligación de desarrollarlos, concretarlos o dotarlos de la máxima efectividad. Al contrario, es perfectamente posible perseguir, siempre con respeto al marco constitucional establecido desde una perspectiva procedimental o formal, la radical reforma de todas sus previsiones, de carácter principal o reflejadas en normas concretas, por importantes y esenciales que sean dentro del sistema entero que la Constitución incorpora.

Ahora bien, como recuerda la STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 5, la conversión de proyectos políticos contrarios a la Constitución «en normas o en otras determinaciones del poder público no es posible sino mediante los procedimientos de reforma constitucional, cuya observancia es, siempre y en todo caso, inexcusable». Y afirma la STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 5, que **«el respeto a la propia Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido se sustancien abierta y directamente por la vía al efecto prevista»**.

La STC 235/2007, de 7 de noviembre, ha insistido (FJ 4) en estas ideas, recordando que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o

peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan», y que la inexistencia de un modelo de democracia militante «se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (...) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías». Ahora bien, se añade en el FJ 5, evitando posibles interpretaciones equivocadas de la construcción, que **«Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto»**.

En definitiva, como señala la STC 31/2009, de 29 de enero, FJ 13, «cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». Y, en palabras de la STC 62/2011, de 5 de mayo, «en nuestro Ordenamiento no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden, que si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno a la ideología que pretendan servir».

VI. LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Constitución y derechos históricos

El carácter de norma suprema de la Constitución, tempranamente afirmado, como ya examinamos, por la doctrina científica y el Tribunal Constitucional, no ha dejado de ser, sin

embargo, discutido desde diferentes perspectivas. Ya la STC 76/1988, de 26 de abril, tuvo que enfrentarse a la cuestión de la **relación entre la Constitución y la existencia de unos supuestos derechos históricos que le serían previos**. El Tribunal Constitucional fue rotundo, y afirmó que:

«El **carácter de norma suprema de la Constitución**, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE) **imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales**. La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones “históricas” anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los preceptos constitucionales. Pues **será de la misma disposición adicional primera CE y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.**»

Y confirma la STC 114/2017, FJ 5. B), que «Si en tanto que realidad socio-histórica, Cataluña (y España toda) es anterior a la Constitución de 1978, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el pueblo de Cataluña integra, sin embargo, un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional, al igual que suce-

de con el conjunto del pueblo español del que, conforme al art. 1.2, emanan todos los poderes del Estado».

2. Constitución e integración en la Unión Europea

Sin embargo, es claro que la integración de España en la Unión Europea es el hecho del que mayores dudas se han derivado respecto del mantenimiento del carácter de norma suprema de la Constitución, muy especialmente con ocasión de la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, el cual preveía en su art. I-6 que «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». El problema, lógicamente, se planteó en torno a **si esa primacía se extendía sobre la Constitución** y si ello era compatible con ese carácter de norma suprema de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

Como es conocido, la cuestión fue resuelta por una de las más polémicas resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, la **Declaración 1/2004, de 13 de diciembre**. No podemos realizar aquí un examen completo de la misma, que desde luego se presenta si no como necesario sí como sumamente conveniente para alcanzar, en su caso, una comprensión debida de su complejo contenido. Baste pues con reseñar las más importantes afirmaciones que guardan estrecha conexión con el precepto constitucional que nos ocupa y con su contenido propio:

«El **art. 93 CE** es sin duda el soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (...). Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el pro-

pio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien **la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.** (...) la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen **límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional.** Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos **límites materiales**, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el **respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución**, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis» (FJ 2).

«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 que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de las normas válidas; esta en el de los procedimientos de formación. 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 estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. 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 (...) **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 (...).

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 esta, **en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este 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 asegurada por el art. I-60 del Tratado» (FJ 4).

No es este, desde luego, el espacio adecuado para realizar un análisis de las complejas cuestiones que plantean las consideradas declaraciones del Tribunal Constitucional ni tampoco de los comentarios que han merecido por parte de la doctrina científica. Baste, pues, para poner de relieve la polémica generada, con recordar que respecto de la Declaración se formularon tres votos particulares que discrepaban radicalmente de la solución adoptada, debiendo recomendarse, en cuanto que destaca con precisión la problemática suscitada tanto por la cuestión sometida al conocimiento del Alto Tribunal como por las afirmaciones que este realiza, la lectura del que suscribe el Magistrado Delgado Barrio.

Por lo demás, la doctrina de la Declaración 1/2004 ha sido reiterada en el FJ 3 de la STC 26/2014, de 13 de febrero, caso *Melloni* (recaí-

da en recurso de amparo en el que por primera vez el Tribunal Constitucional planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), en términos también polémicos (véanse, especialmente, los votos particulares de las Magistradas Asúa Batarrita y Roca Trías).

3. Significado esencial del art. 9.1 de la Constitución respecto de su supremacía normativa

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de destacar el específico significado, en diversos aspectos, del precepto que comentamos, contribuyendo a confirmar la **esencial relevancia en nuestro sistema del principio de supremacía de la Constitución**.

En este sentido, la STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 5. A), ha precisado que el genérico deber de obediencia a la Constitución y al Derecho que proclama el art. 9.1 de la Constitución no es «el conculcado, de modo directo, cuando una ley incurre en una concreta vulneración de la Constitución (...), pues **el art. 9.1 CE solo es norma de referencia procedente si se está objetivamente ante un abierto o expreso desafío a la fuerza de obligar de la Constitución o del ordenamiento que sobre ella se levanta**».

Pues bien, a propósito de **supuestos de infracciones constitucionales que son resultado de un rechazo a la fuerza de obligar de la Constitución**, con manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve el **carácter indisociable de principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional entre los que se encuentra la supremacía de la Constitución**. Así, en la STC 114/2017, FJ 5, se recuerda que «El imperio de la Constitución como norma suprema (...), declarado expresamente por su art. 9.1, trae causa de que la Constitución misma es fruto de la determinación de la Nación soberana por medio de un sujeto unitario, el

pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan los poderes del Estado». Y en el FJ 5. D) se afirma que **tal rechazo supone la negación radical de «exigencias insoslayables del Estado de derecho, cuya garantía y dignidad últimas se cifran en el aseguramiento de que los gobernantes sean servidores, no señores, de las leyes, y muy en primer lugar de la Constitución y de las normas que en ella disciplinan los procedimientos para su propia e ilimitada revisión formal; exigencias sin cuyo cumplimiento no puede hablarse de libertad política y civil (...)** Un poder que niega expresamente el derecho se niega a sí mismo como autoridad merecedora de acatamiento. **Atentado tan grave al Estado de derecho conculca, por lo demás, y con pareja intensidad, el principio democrático, habiendo desconocido el Parlamento que el sometimiento de todos a la Constitución es otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como un poder constituyente del que es titular el pueblo español, no ninguna fracción del mismo. En el Estado constitucional no puede desvincularse el principio democrático de la primacía incondicional de la Constitución».** Como recalca la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4, «La primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella. De esta manera se protege también el principio democrático, pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política».

Recuerda finalmente el considerado FJ 5. D) de la STC 114/2017 que **los correspondientes cuerpos electorales se encuentran sujetos siempre, también ellos, al imperio de la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.** Como afirmara la STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10, «el Cuerpo

Electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él. Este Cuerpo Electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento».

4. Subordinación de todas las normas a la Constitución

Cualquier duda que pudiera existir respecto de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma fue expresamente despejada por la **STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3:**

«Como norma suprema del Ordenamiento, **la Constitución no admite igual ni superior**, sino solo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún Ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución *stricto sensu*, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de Derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del Ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desenvuelve el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor

normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la Constitución de todas las normas que, sea cual sea su cometido con una perspectiva material o lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos —también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución— la posición de supremacía reservada a la Norma Fundamental del Ordenamiento jurídico.»

VII. CONSTITUCIÓN Y PODER LEGISLATIVO

Como indicábamos al comienzo de este comentario, al examinar los avatares de la tramitación parlamentaria del precepto que constituye su objeto, cuestión también de relevancia, incluso con referencias destacadas en el Derecho comparado, es la relativa a la sujeción del legislador exclusivamente a la Constitución y no al resto del ordenamiento jurídico, lo que, a su vez, plantea la también muy trascendental cuestión de los exactos términos en que se concreta la relación entre poder legislativo y Constitución. De ambos aspectos se ha ocupado nuestro Tribunal Constitucional, frontalmente del segundo, de manera más indirecta del primero. Comencemos por este.

1. La sujeción del poder legislativo a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico

En efecto, pese a opiniones contrarias, partidarias de que el art. 9.1 de la Constitución hubiera recogido una fórmula semejante a la alemana, disponiendo que el poder legislativo solo está sometido a la Constitución y no al resto del ordenamiento jurídico, lo cierto es

que parece que debe reconocerse que **en nuestro sistema es claro que al poder legislativo o, por lo menos, a alguna de las instituciones que ostentan tal potestad legislativa, se le imponen también otras normas distintas de la Constitución**, por más que, en último extremo, la correspondiente nulidad del precepto legal se considere como producto de su inconstitucionalidad mediata o indirecta. Así, y sin necesidad de entrar en cuestiones tales como la sumisión de la Ley al correspondiente Reglamento parlamentario (en cuanto norma a disposición del titular del poder legislativo) o la relación entre Ley y Tratado Internacional, nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido problema alguno en reconocer la sumisión de la Ley a los Estatutos de Autonomía (así, STC 76/1988, FJ 4, si bien es claro que la relación entre las distintas leyes y los Estatutos de Autonomía plantea muy complejos problemas que han tratado, con mayor o menor éxito, de solventar la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 6, y la muy relevante STC 31/2010, de 28 de junio), a otras leyes (así, STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4, con expresa referencia al art. 9.1 de la Constitución) u otros instrumentos (así, STC 46/2007, de 1 de marzo, FJ 9, también con expresa alusión al considerado art. 9.1) y, específicamente, la del legislador autonómico a la normativa estatal de carácter básico (por todas, STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4, y 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3), debiendo tenerse en cuenta además, por supuesto, la conocida construcción por el Tribunal Constitucional del concepto del *bloque de la constitucionalidad* como conjunto de normas que deben ser respetadas, incluso, por el legislador que no las tiene a su disposición (por todas, STC 247/2007, citada, FJ 6).

2. Límites del poder legislativo en relación con la Constitución

Por lo que se refiere a la apuntada cuestión de **los específicos términos en los que se concreta la relación entre poder legisla-**

tivo y Constitución o, si se prefiere, entre poder legislativo y constituyente, la misma fue objeto de una de las más polémicas y trascendentales decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, la **STC 76/1983, de 5 de agosto**, recaída en los recursos previos de inconstitucionalidad interpuestos frente al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (**LOAPA**). Recordemos sus principales declaraciones en lo que ahora interesa:

«lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de este, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente. (...). Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquel (...).

... el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (...).

... el legislador tampoco puede dictar normas que incidan en el sistema constitucional de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución (...).

... el legislador estatal no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma. Es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una in-

terpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos» (FJ 4).

Por su parte, la **STC 247/2007 (FF. JJ. 7 a 10)** parece formalmente reiterar esa polémica doctrina, vinculada con la idea de una supuesta *reserva de Constitución*, si bien introduce importantes matizaciones al abordar la cuestión, que no podemos examinar aquí con detalle, de su **proyección respecto del legislador estatutario**, a quien se reconoce la necesidad de partir de una interpretación de la Constitución de especial amplitud. Y, desde luego, **las declaraciones** que en relación con las consideradas cuestiones se contienen en la ya citada y trascendental **STC 31/2010** han provocado una **enorme polémica** en la doctrina científica, sin que, como señalamos, sea este el lugar idóneo para realizar su análisis detenido.

VIII. PRINCIPIOS Y PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

1. Alcance del carácter normativo de los distintos preceptos constitucionales

Ya hemos señalado anteriormente que nuestro **Tribunal Constitucional no ha dejado de advertir la existencia de diferencias y**

matices entre los distintos preceptos de la Constitución en relación con el carácter normativo directo o inmediato de esta. Desde luego, es en otros lugares de esta obra, especialmente al analizar el art. 53 de la Constitución, fundamentalmente en sus aps. 1 y 3, donde debe realizarse un examen detallado de la cuestión. Baste aquí con citar las siguientes declaraciones generales del Alto Tribunal:

«si es cierto que tal valor (*el de la Constitución como norma*) necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la CE, **no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de la 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”» [STC 80/1982 (FJ 1)].

Muy relevante, en los aspectos que estamos exponiendo, es, desde luego, la **STC 15/1982**, de 23 de abril, que constituyó además la primera aproximación de nuestro Alto Tribunal a los mismos. Si importantes son las declaraciones que contiene en sus FF. JJ. 6 a 8 en relación específica con el derecho a la objeción de conciencia, destaquemos aquí expresamente las siguientes afirmaciones del último de los señalados FF. JJ.:

«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 solo 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 indivi-

duales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, **los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 91 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 (...).

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 (...), 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.»

Y es bien significativo el contenido del Fallo de la Sentencia que acabamos de citar, reconociendo el derecho del recurrente al aplazamiento de la incorporación a filas hasta que se dicte la Ley, prevista en el art. 30.2 de la Constitución, que permita la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia. No podemos extendernos más aquí en el análisis de otras resoluciones del

Tribunal Constitucional relacionadas con la cuestión que estamos examinando, en especial la relevancia de la omisión legislativa.

Por lo demás, el **Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reconocer el carácter normativo de los principios rectores reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, si bien poniendo de manifiesto las singularidades derivadas de su específica naturaleza (por todas, SSTC 19/1982, de 5 de mayo, o 45/1989, de 20 de febrero)**, tal como se analiza en esta obra en el comentario el art. 53.3 de la Constitución, al que forzosamente hemos de remitirnos. No obstante, no puede dejar de destacarse que en los últimos tiempos, apoyándose en buena medida en las declaraciones de instancias internacionales, un sector doctrinal pretende redefinir los aspectos esenciales de tales principios, frente a los pronunciamientos, en diversos aspectos, del Tribunal Constitucional (en este sentido, STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 14, o, respecto de la denominada discrecionalidad presupuestaria, STC 49/2015, de 5 de marzo). De igual modo, es en el comentario de los correspondientes preceptos constitucionales donde se analizan con el adecuado detalle cuestiones tales como el alcance de la eficacia derogatoria de la Constitución o de su carácter retroactivo, o la relativa al mayor valor de los derechos fundamentales (por todas, STC 119/1990, FJ 4) o, en general, a la hipotética existencia de una jerarquización de los contenidos constitucionales, que guardan relación, todas ellas, con el precepto que ahora examinamos. Una separada y escueta referencia, sin embargo, merecen, por su relevancia en nuestro sistema, los denominados *principios constitucionales*.

2. Principios constitucionales

Ya examinamos cómo la STC 48/2003 (FJ 7) destaca la relevancia y capacidad de vincular y obligar de los principios constitucionales. No obstante, interesa destacar que muy tem-

pranamente la STC 4/1981, de 2 de febrero, se había pronunciado en análogo sentido, declarando que:

«los **principios generales del Derecho incluidos en la Constitución** tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico (...) 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 puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea, en su art. 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el art. 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.»

IX. COROLARIOS DEL ART. 9.1 DE LA CONSTITUCIÓN

No queremos acabar este comentario sin referirnos, aunque sea muy sucintamente, a determinadas conclusiones de extrema importancia que el Tribunal Constitucional ha extraído del art. 9.1 de la Constitución:

a) **El principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución.** La razón de ser de este principio la encuentra ya la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4, en el precepto constitucional que comentamos y, en concreto, en la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional. Muy relevante es también la afirmación que realiza la STC 112/1989, de 19 de junio, FJ 2, que señala

que el efecto de prevalencia de la Constitución, derivado de su art. 9.1 y de la disposición derogatoria tercera, en cuya virtud es norma superior y posterior, determina que:

«todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado conforme a aquella y en la medida más favorable a los derechos fundamentales. De este modo, la Constitución se constituye en la parte general del ordenamiento jurídico, y aunque pudiera resultar útil en algunos casos, no es sistemáticamente necesaria la reiteración permanente de las cláusulas de salvaguarda que los derechos fundamentales incorporan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; de la estructura y funcionalidad de las Instituciones, los Tribunales ordinarios y, en su caso, este mismo, han de extraer las consecuencias lógicas de la incorporación de la Norma fundamental al ordenamiento jurídico que encabeza.»

b) **El principio de lealtad constitucional.** La STC 46/1990 (FJ 4) afirma que la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico «implica un deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas».

c) El Tribunal Constitucional ha extraído también del art. 9.1 de la Constitución la **no concurrencia de causa de recusación en un miembro del poder judicial que se pronuncia sobre la constitucionalidad de una Ley.** En efecto, la STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 3, señala que: «Habida cuenta de la sumisión de todos los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), es

oportuno señalar que la pura afirmación de la constitucionalidad de una Ley por un miembro del poder judicial (otra cosa sería si se tratase de un miembro del Tribunal Constitucional y en relación con un recurso de inconstitucionalidad), independientemente del foro en el que tenga lugar, no puede suponer en principio motivo de pérdida de su imparcialidad en un ulterior proceso concreto sometido a su jurisdicción, y en el que la Ley de que se trate deba ser aplicada. Y ello porque, según la estructura de nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, ni los particulares pueden impugnar directamente la Ley, ni los órganos jurisdiccionales decidir acerca de su constitucionalidad; de ahí que su cuestionamiento no pueda ser objeto de una pretensión procesal, en relación con la cual deba garantizarse la imparcialidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria».

d) En la STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 6, se afirma que la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución, proclamada en su art. 9.1, unida a la posición del Tribunal Constitucional en nuestro sistema como intérprete supremo de la Constitución, determina «una **exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal**, que se concreta, por un lado, en que, junto con la más obvia y expresa obligación formal de publicación de determinadas resoluciones en el Boletín Oficial, resulte también implícita una obligación material de dar la mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de todas aquellas resoluciones jurisdiccionales del Tribunal que incorporen doctrina constitucional, con independencia de su naturaleza y del proceso en que se dictan; y, por otro, en que la publicidad ha de ser de la resolución íntegra».

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «Tipología de normas constitucionales», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003.

CRUZ VILLALÓN, P., «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.

— «La Constitución y el «resto» del ordenamiento jurídico», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 2003.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2006.

LEGUINA VILLA, J., «Principios Generales del Derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.

MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004.

REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RUBIO LORENTE, F., «La Constitución como fuente del Derecho» y «Principio de legalidad», *La forma del poder, Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

ARTÍCULO 9.2

LA IGUALDAD REAL

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

La admisión de la existencia de una noción de igualdad que supere las limitaciones de la idea de igualdad formal que se desprenden de la conceptualización originaria de esta es una cuestión que, problemática o no, ha hecho su aparición en el marco constitucional comparado. Desde luego lo ha hecho en la Constitución española, en la que la igualdad recibe una atención de singular importancia, quizás como consecuencia del momento histórico en que se aprueba la CE.

En este marco de preocupación generalizada por la igualdad, que se traduce en la multiplicidad de entornos en que es proclamada por nuestro texto fundamental, con matices y características a veces sensiblemente diversos, es donde encuentra su sede el art. 9.2 CE. Se trata de un precepto cuyo proclamado antecedente se encuentra en la Constitución Italiana (CI), art. 3.2, según el cual «es cometido de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

Se trata de una proclamación laboralizada, coherente con la proclamación del art. 1 CI de que Italia es «una república democrática fundada sobre el trabajo», que ha ido suavizando en buena parte este carácter, hasta el punto de que ha sido preciso reformar algún precepto de la Constitución italiana por entender la Corte Costituzionale que el art. 3 no

era base suficiente para incorporar una norma de paridad en listas electorales en cuanto restringía el derecho de sufragio reconocido a todos los ciudadanos sin distinción por razón de sexo por el art. 51 de la Constitución (Sentencia 442/1995, de 12 de septiembre FJ 6, sobre constitucionalidad de la Ley de 25 de marzo de 1993, número 81, sobre «Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale»). Y ello no tanto por existir una contradicción irreductible entre la Constitución italiana y las medidas de acción positiva cuanto porque, en síntesis, «medidas como las examinadas no son coherentes con las finalidades indicadas en el segundo párrafo del art. 3 de la Constitución, dado que no se proponen «remover» los obstáculos que impiden a las mujeres conseguir determinados resultados, sino atribuirles directamente esos mismos resultados: la disparidad de condiciones [...] no es removida, sino que constituye solo el motivo que legitima una tutela preferente en base al sexo», que es justo el resultado que prohíbe la igual proclamación del derecho al sufragio del art. 51 CI.

La reforma constitucional, por su parte, ha ido acompañada de una reforma progresiva de la jurisprudencia en materia de acciones positivas (SS 49/2003 o 39/2005), pero importa señalar esta vicisitud jurisprudencial como muestra de una cierta minusvaloración del potencial del art. 3.2 CI para justificar diferencias de trato favorables a colectivos discriminados, que en buena parte enlaza con una visión excesivamente bilateral de la prohibición de discriminación y del juego de sus causas. La polémica

sobre este concreto tema está también presente en la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel francés, si bien el dato normativo de partida es sensiblemente diferente.

El precepto español, pese a su declarada inspiración en el precedente italiano, presenta diferencias sustanciales de redacción: «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».

La diferencia, no obstante, es que se plantean en nuestro sistema problemas semejantes de señalización del rango constitucional del derecho a la igualdad material que es unánime en la doctrina que el precepto reconoce, en conexión directa con la cláusula de Estado social y democrático de Derecho del art. 1 CE. Y ello se ha traducido en una jurisprudencia constitucional que ha tendido a manejar con prudencia el precepto, extrayendo más consecuencias de la prohibición de discriminación ex art. 14.2 CE.

- Este **enlace entre los arts. 14 y 9.2 CE** aparece ya en la jurisprudencia más antigua: «el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 [...] no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento como son la justicia y la igualdad (art. 1) a cuyo efecto atribuye, además, a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)» [STC 34/1981, elevada al Pleno (Ponente: R. Gómez Ferrer Morant), FJ 3]. En esta línea, también, STC 81/2016, de 25 de abril, Ponente: S. Martínez-Vares García. Y caracteriza a la más ex-

tensa —con alguna importante excepción de la que se hablará— en que la mayor parte de las veces el 9.2 ha sido solo citado como un argumento más, con el 14, que cada vez es más el eje del razonamiento dada la unilateralidad de la definición de discriminación de que se ha hecho eco el TC, y, sobre todo, que se ha declarado por el TC que es inherente al concepto de discriminación la búsqueda de la parificación: «las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido *ex Constitutione*, imponiéndose como fin y generalmente como medio la parificación (por todas, SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3)» [STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, Sala 1.^a (Ponente: J. Delgado Barrio), Sentencia 20/2017, de 2 de febrero (Ponente: Santiago Martínez-Vares García), Sentencia 161/2016, de 3 de octubre (Ponente: Adela Asúa Batarrita), entre otras muchas].

Como consecuencia del propio tenor literal del precepto, obviamente los **destinatarios del mandato de parificación son los Poderes Públicos**, no afecta a los Convenios [STC 28/1992, de 9 de marzo, FJ 2, Sala Segunda (Ponente: J. L. de los Mozos y de los Mozos)].

Ahora bien, el art. 9.2 CE opera señalando líneas de acción posibles particularmente al legislador, no imponiendo concretos límites en la actuación de los poderes públicos («el art. 9.2), que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y para que remueva (*sic*) los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material, pero no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presunta-

mente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad **no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos**» [STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 9, Pleno (Ponente: A. Truyol y Serra)].

No obstante lo anterior, y como regla general, la función del art. 9.2 CE ha sido legitimadora, siendo **el legislador**, al introducir diferencias de trato fundadas en motivos de equiparación de colectivos en situación de desigualdad desfavorable, **aquel cuya actuación ha sido más frecuentemente examinada** [control de legalidad desde esta perspectiva, aunque muy frecuentemente en combinación con otros preceptos, se contienen en SSTC 34/1091, de 10 de noviembre, cit.; 3/1983, de 25 de enero, (Ponente: A. Escudero del Corral); 98/1985, de 29 de julio, cit.; 150/1990, de 4 de octubre (Ponente: J. Leguina Villa); 210/1990, de 20 de diciembre (Ponente: F. Tomás y Valiente); 3/1993, de 14 de enero (Ponente C. de la Vega Benayas); 109/1993, de 25 de marzo (Ponente: J. Gabaldón López); 16/1994, de 20 de enero (Ponente: C. Viver Pi-Sunyer); 55/1994, de 24 de febrero (Ponente: R. de Mendizábal Allende); 188/2001, de 20 de septiembre (Ponente: M. E. Casas Baamonde); 13/2007, de 18 de enero (Ponente: G. Jiménez Sánchez); o 12/2008, de 29 de enero (Ponente: E. Pérez Vera); 117/2017, de 16 de octubre Ponente A. Narváez Rodríguez); entre otras].

Partiendo de esta premisa, el mandato se ha ido perfilando como una autorización concreta de desigualación igualadora por parte de los poderes públicos, sin generar en el ciudadano derecho subjetivo en ese sentido: «las medidas normativas de acción directa o ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados pueden resultar exigidas por el art. 9.2 CE o incluso encontrar justificación en el art. 14 (SSTC 128/1987 y 19/1989) pero no puede derivarse de este último precepto **ningún derecho subjetivo genérico al trato normativo desigual**» (STC 16/1994, de 20 de enero, cit., FJ 5), en relación con los crite-

rios legislativos para el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita.

En la misma línea, se afirma que «el art. 9.2 de la Constitución Española es un precepto que compromete la acción de poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social, del que no se deriva concretamente el derecho a formar parte de órganos de la Administración Pública, pues es esta una medida más entre las posibles que corresponderá decidir a los «poderes públicos» sin que pueda deducirse un derecho concreto a participar que se imponga a la elección por aquellos de las medidas más adecuadas» [STC 39/1986, de 31 de marzo, Sala Primera, FJ 4.c) (Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer)].

La libertad del poder público, sobre todo del legislador, al escoger la dirección de su intervención es, pues, extremadamente amplia. Solo **en alguna resolución aislada** se ha deducido la necesidad de intervención igualatoria del poder público, y ello con fundamento más en el juego del art. 14.2 CE que del art. 9.2 CE: «la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último (que entre otros aspectos)... exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» [STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, Sala Primera (Ponente: C. de la Vega Benayas)]. Claro que una conclusión de este tenor se

ampara en el juego combinado de los arts. 9.2 y 14.2 CE, en vez del juego alternativo con que suele aparecer en el razonamiento judicial. La intervención igualatoria en el marco de la efectividad de la libertad religiosa, referida solo al art. 9.2 CE, sin embargo en STC 54/2017, de 11 de mayo (Ponente S. Martínez Vares García).

En consecuencia, la frecuente referencia a que el trato desigual puede venir exigido por el art. 9.2 CE **no supera el nivel de la retórica** desde este punto de vista, aun cuando posea una significativa acción justificadora de acciones igualatorias asumidas por los poderes públicos.

Muestras de esta argumentación se encuentran, por ejemplo, en la STC 128/1987, de 16 de julio, «el tratamiento diverso de situaciones distintas “puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3)» [fundamento jurídico 7, Sala Segunda (Ponente: L. López Guerra)].

En la misma línea, y en concreta relación con el derecho a la educación del art. 27 CE, el TC ha sostenido que «el derecho a las becas o ayudas, como resultado de la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, se ordena a asegurar su efectividad, pues “en un Estado social de Derecho (art. 1 CE), que debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), el libre desarrollo de la personalidad (art. 9.1 CE) y reconoce el derecho a la educación (art. 27.1 CE), es evidente que los poderes públicos deben establecer un programa de ayudas al estudio que garantice a los ciu-

dadanos con menos recursos económicos el acceso a la educación. Dentro de este programa de ayudas pueden incluirse... prestaciones económicas en forma de becas”» [STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5, Pleno (Ponente: M. E. Casas Baamonde) (210/1990)].

- Incluso, la invocación del art. 9.2 CE ha recibido una intensidad especial a la hora de justificar la filosofía ordenadora de todo un sector del ordenamiento, como el Derecho del Trabajo: «son incuestionables las regulaciones legales que tratan de reequilibrar una situación de partida desigual, puesto que la diferencia de régimen jurídico entre trabajador y empresario aparece exigida por el propio principio de igualdad material (art. 9.2 CE) y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad, compensando una desigualdad económica de partida» [STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 2, Pleno (Ponente: F. Tomás y Valiente)]. STC 8/2015, de 22 de enero (Ponente: E. Roca Trías), FJ 10: «Según lo que antecede, podemos afirmar, en primer lugar, que la determinación tanto de la edad como de los efectos de la jubilación en orden a la eventual extinción de la relación laboral es una materia que, en principio, pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), razón por la cual la Constitución, de un lado, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en orden a la participación de todos los ciudadanos en la vida social (**art. 9.2 CE**), y, de otro, atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE)».

Y también se invoca el precepto para justificar la introducción de equilibrios frente a esa diferencia laboral desde la perspectiva procesal: con el art. 9.2 CE «se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acor-

de con la definición del art. 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de derecho» [STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, Pleno (Ponente: A. Escudero del Corral)].

En el control constitucional de la intervención legislativa y de los restantes poderes públicos en el marco de la procura de la igualdad material, la función justificativa de eventuales desigualdades que tengan este objetivo que desempeña el art. 9.2 CE no se muestra absoluta. Generalmente es el propio marco general de la Constitución el límite básico esgrimido por el TC en el control, pero no es infrecuente que se realicen **argumentaciones basadas en la idoneidad de la medida escogida** para los fines igualatorios hipotéticamente perseguidos; todo ello, además, en un contexto argumental en que se enuncian por igual el art. 9.2 y el 14 CE, no siendo del todo nítida la frontera entre ambos preceptos, si es que existe.

De este modo, y entre otras resoluciones, pueden citarse los ejemplos siguientes de esta técnica de control que podríamos llamar de idoneidad:

— «La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía” (STC 12/2008, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja», de donde la finalidad de la diferenciación normativa en materia penal puede ser legítima salvo que sea desproporcionada y concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias y los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un **«des-equilibrio patente y excesivo o irrazonable** [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» [STC 59/2008, de 14 de mayo, FF. JJ. 8 y 10.1, Pleno (Ponente: P. Sala Sánchez)].

— **La apreciación** de si y en qué medida deben introducirse medidas diferenciadoras **«queda con carácter general confiada al legislador**. Pero tal valoración tiene unos **límites**, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, números 1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los Poderes Públicos y la interdicción de la arbitrariedad) ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad, que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria» (STC 34/1981, de 10 de noviembre, cit., FJ 3).

— La potenciación de la participación como valor constitucional vinculado a la igualdad en materia de consultas referendarias, STC 31/2015, de 25 de febrero, FJ 4. Pero, como se advierte en la STC 119/1995, de 17 de julio, «es evidente que este entendimiento de la participación a que se refiere el art. 23.1 CE no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el **art. 9.2 CE** contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (Ponente P. González-Trevijano Sánchez).

— «En la perspectiva del art. 9.2 CE, de efectiva equiparación de la mujer con el hombre (es posible que) se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas, y al mismo tiempo [...] mediante la eliminación de nor-

mas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones». Por ello, el TC examina si la medida introducida es apta para lograr la equiparación o, por el contrario, es inadecuada para alcanzar el objetivo de la igualdad real. Y, en el caso, la norma de Seguridad Social que limita las prestaciones por muerte y supervivencia a favor de familiares a las hijas y hermanas de pensionistas que, carentes de rentas, hayan asumido el cuidado de aquellos, no supera ese control de idoneidad porque «una prestación que, tomada en cuenta por el criterio de diferenciación, no otro que el sexo, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que privilegio instituido a favor de la misma, se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella» porque participa de «la tendencia imperante en la época en que la Ley fue promulgada de mantener a la mujer apartada del taller y de la fábrica» (STC 3/1993, de 14 de enero, FJ 3, Pleno (Ponente: C. de la Vega Benayas]). No es apta tampoco a efectos de alcanzar la igualdad real entre mujer y hombre la reserva a la mujer del plus de transporte por trabajo nocturno, pues «la referencia al sexo en el art. 14 CE implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva». Pero en una preferencia como la contemplada «al conectarse la norma convencional con la eventual peligrosidad del transporte por la noche, se parte de una no-

ción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a riesgos que nunca amenazan al varón»; de ahí su calificación como norma meramente protectora y por tanto contraria al art. 14 CE en interpretación combinada con el art. 9.2 CE [STC 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3, Sala Segunda (Ponente: J. L. de los Mozos y de los Mozos)].

— Y en cambio, sí supera este control de idoneidad la reserva a la mujer de las pausas por lactancia en el contexto de la relación de trabajo. «Del art. 9.2 CE deriva, sin duda, una habilitación a los poderes públicos para “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad [...] sean reales y efectivas”, campo de aplicación que, en lo reservado al legislador, le otorga una amplia libertad de configuración de esas condiciones según lo exigido para lograr aquella finalidad. Y al llevarlo a cabo puede [...] partir de las diferencias existentes en la realidad para establecer algún trato diferencial compensatorio de situaciones desfavorables con el fin de lograr aquella efectiva igualdad» (FJ 3). En el caso, el precepto cuestionado «halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella (la mujer) tiene el hecho de la maternidad y la lactancia en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer» (FJ 6). Sin perjuicio de lo cual, concluye el TC *obiter*; se corre un riesgo con este tipo de medidas de que supongan «la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, a lo que responde la posterior reforma del precepto... mas ni aquel riesgo ni esta reforma sirven de fundamento para la inconstitucionalidad planteada» (FJ 5) [STC 109/1993, de 25 de marzo, Pleno (Ponente: J. Gabaldón López)].

— Supera, asimismo, el control de idoneidad la prohibición legal de contratación de seguros sobre de vida la cabeza de menores, pues en su inmadurez, «en su desvalimiento, se encuentra [...] la raíz de la prohibición de contratar seguros de vida sobre su cabeza,

que hace surgir así su función tuitiva de este grupo de personas, acorde precisamente con la orientación que ofrece a los poderes públicos el art. 9.2 de la Constitución, como reflejo inmediato del carácter social del Estado de Derecho, al cual apellida en el pórtico de nuestra primera Ley» [STC 55/1994, de 24 de febrero, FJ 2, Pleno (Ponente: R. Mendizábal Allende)].

Más que por su mera cita, muchas veces global y argumentativa, la referencia más significativa al art. 9.2 CE tiene lugar como factor de **potenciación del significado y alcance de otros preceptos constitucionales** que consagran derechos fundamentales, imponiendo y justificando la función de promoción de la efectividad de dichos derechos por parte de los poderes públicos.

La «interpretación conjunta» de ambos preceptos otorga al derecho fundamental un plus de protección y efectividad para integrar su contenido. Ya se ha visto ese efecto más arriba, en relación con el **art. 27 CE** según la interpretación de la STC 188/2001. También se produce este efecto, por ejemplo, en relación con el derecho de participación política, de modo que el art. 9.2 CE «encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad que se proyecta, entre otras realidades, en el ámbito de la representación, correspondiendo a este TC la función de examinar si las decisiones adoptadas al respecto son acordes con el marco constitucional aquí definido», de ello «deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impiden o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la participación de los ciudadanos» [STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4, Pleno (Ponente: E. Pérez Vera)]. Y este efecto se produce también, finalmente, en relación con el **art. 40.2 CE** al examinarse la reducción legal de la jornada de trabajo y su impac-

to sobre los Convenios Colectivos en vigor (STC 210/1990, cit., FJ 2).

Obviamente, este efecto de potenciación se acentúa cuando la interpretación conjunta lo es del **art. 9.2 y del art. 14.2 CE**, como se verá.

- En ningún caso el 9.2 CE puede ser interpretado como constitutivo de una fuente de competencias de las Comunidades Autónomas, aunque Estado y CC. AA. deben observarlo en el ejercicio de las que les son propias. El enunciado de la regla es complejo, incorporando a otros preceptos que perfilan el amplio reconocimiento constitucional de la igualdad, «los principios de igualdad material y solidaridad que sancionan los arts. 2, 9.2, 40, 138.1 y 2 y 139 de la Constitución [...] no suponen por sí mismos la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas. Pero es, asimismo, evidente, que tales principios vinculan a todos los poderes públicos, en el ejercicio de sus respectivas competencias, y no solo al Estado, sin que pueda entenderse que se oponga a esta conclusión la mención que el art. 138.1 CE hace del Estado como garante del principio de solidaridad ni la reserva al Estado de la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles». Por ello, «si bien las Comunidades Autónomas carecen de una competencia específica para desarrollar, con cualquier alcance, los principios constitucionales de solidaridad e igualdad material, sí pueden, e incluso deben, por mandato constitucional, estatutario y legal, atender a la realización de tales principios en el ejercicio de sus competencias propias» (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 11, Pleno (Ponente: J. Leguina Villa)]. Y se adscribe a la misma línea, textualmente, la STC 13/2007, de 18 de enero [FJ 7, Pleno (Ponente: P. Pérez Tremps)], en tema tan peliagudo y trascendente como el control constitucionalidad del sistema de financiación autonómica. Asimismo, SSTC 13/2018, de 8 de febrero, (Ponente: S. Martínez-Vares García), en relación con el favorecimiento tributario en la CA

País Vasco a entidades religiosas; o STC 18/2017, de 2 de febrero (Ponente: R. Enríquez Sancho), sobre competencia en relación con el otorgamiento de tarjetas de aparcamiento para discapacitados.

Como ha podido deducirse de todo lo dicho hasta ahora, la mayor parte de las veces que el TC recurre al art. 9.2 CE lo ha hecho de una manera en cierto modo indiferenciada, global, sin hacer hincapié en alguno de los términos de su texto, sino en su sentido último de verdadero principio, vehículo de legitimación de una acción de los poderes públicos encaminada al logro de la igualdad real o material, fijando más un objetivo del actuar público que el sustento de un derecho subjetivo de clase alguna por parte de los ciudadanos que estos puedan esgrimir frente al Estado.

No quiere ello decir, sin embargo, que no se abra paso en la jurisprudencia constitucional **una visión más constringente del alcance de la obligación de los poderes públicos de alcanzar la igualdad efectiva**, tan solo que, por lo general, esa visión se suele vincular con mucha mayor frecuencia a la prohibición de discriminación. La igualdad «como un todo» entre nosotros se encuentra, pues, ampliamente dispersa (ALEXY, 2001, 418).

Esta orientación dominante, sin embargo, presenta un cierto corte en su discurrir con ocasión de la **STC 12/2008, de 29 de enero** [Pleno (Ponente: E. Pérez Vera)], dictada en el marco de un recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en concreto, los referentes a la participación política equilibrada de las mujeres y a la consiguiente modificación de la Ley Orgánica Electoral General.

Sin mención expresa de la línea tradicional que subraya la trascendente importancia de la prohibición de discriminación por razón de sexo y por tanto del art. 14.2 CE, en la STC 12/2008 las declaraciones puntualizadoras del sentido y alcance del mandato del art. 9.2

CE se suceden, integrando un pronunciamiento que va sensiblemente más allá de la mera reiteración o síntesis de doctrina tradicional.

Es difícil apuntar a un cambio de doctrina, o a una transformación significativa de la existente (la misma STC de 25 de mayo de 2008 es bastante más clásica en sus planteamientos, aunque incorpore nociones novedosas en el ámbito de las causas de discriminación), pero merece la pena una exposición algo más detallada de los puntos sobresalientes de la STC 12/2008.

El punto de partida es la proclamación de la innegable conexión con antecedentes constitucionales próximos a nosotros, pero sin olvidar mencionar que «los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa [...] se explican justamente a partir de una **diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el nuestro**, cual es la de la singularidad que en nuestro caso supone la amplitud del contenido del art. 9.2 CE que se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar», estableciendo un objetivo a la acción pública más intenso que el mero eliminar obstáculos, que compromete la acción de los poderes públicos más allá de la mera prohibición de las diferencias, de la eliminación formal de las existentes o de la protección de los colectivos en situación de desigualdad real (FJ 2).

Contemplando este peculiar contenido del art. 9.2 CE, el TC llega en cierta medida a **desconocer su doctrina anterior sobre la función parificadora y emancipatoria de la prohibición de discriminación**, a la que tantas veces ha aludido, oponiéndola al mandato del art. 9.2 CE con una imagen sin duda distorsionada. «El art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no solo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo

de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material» (FJ 4). Probablemente no es necesaria esta contraposición demasiado radical, siendo más adecuado el razonamiento que subraya cómo «la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles» (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3).

Probablemente, la contraposición dicha encuentre su fundamento en una noción aparentemente bilateral de la prohibición de discriminación por razón de sexo, igualmente protectora de hombres y mujeres, que no es, desde luego, la que ha mantenido en su inmensamente mayoritaria jurisprudencia anterior con el confesado influjo de las normas comunitarias. Pero que se hace explícita cuando se afirma que las previsiones de la ley de participación equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales «no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en función del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados» (FJ 5).

Una fórmula que **niega la esencia «positiva»** de la intervención del legislador a favor de la participación efectiva de las mujeres (no

es casual el propio título de la ley), para aplazar su sentido protector, expandiéndolo en todas las direcciones. Y esta idea vuelve a surgir en el razonamiento, cuando, negando que la ley vulnere los arts. 14 y 23 CE, apostilla que las medidas analizadas «no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido [...] sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo» (FJ 9). Y, finalmente, es consecuencia de la misma también la invocación del art. 9.2 CE para declarar «constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres» (FJ 6), es de suponer, por discriminatorias para los hombres.

Dada la tesis que finalmente se impone en el razonamiento de la sentencia acerca del eje rector de la ley impugnada en este punto, cabe la duda de la respuesta a dar frente a la eventual licitud constitucional de acciones positivas, simplemente, en las que la señalización de la mujer como colectivo discriminado sea patente; o en la que se señalen otros colectivos como el de discapacitados [STC 269/1994, de 3 de octubre, Sala Primera (Ponente: M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer)], que no se extiendan universalmente entre toda la ciudadanía sino en términos de mayoría/minoría, como gráficamente sostiene el FJ 5 de la sentencia.

Y cabe la duda de si en el fondo no es contradictorio un razonamiento que se inicia afirmando la «necesidad» constitucional de la intervención legislativa en aras de lograr la igualdad real entre colectivos como el de las mujeres, socialmente subordinadas tradicionalmente, y que, sin embargo, concluye la licitud constitucional de la normativa examinada precisamente porque la ley en el fondo no diferencia entre hombres y mujeres al utilizar un criterio —el sexo— que es común a ambos. El enorme formalismo subyacente a esta afirmación es un contrapeso a una doctrina

que en líneas generales supone o puede suponer un antes y un después en la evaluación constitucional del sentido y alcance del art. 9.2 CE.

En cumplimiento del mandato *ex art. 9.2 CE*, el legislador debe «actualizar y materializar la efectividad de la igualdad», pues de él «deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. «En este punto cabe añadir», concluye, «que la igualdad sustantiva no solo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos

públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía» (FJ 4).

Dicho lo cual, se retorna a la doctrina tradicional en el sentido de que **el art. 9.2 CE «no impone una regulación como la cuestionada**, aunque sí le presta el apoyo señalado para la sustanciación de la igualdad y la participación efectiva de hombres y mujeres a que la norma se dirige y la Constitución expresamente demanda. Siendo esto así, el art. 9.2 no obliga a que esa regulación se exija en todos los casos, correspondiendo a la libertad de configuración del legislador democrático el diseño del régimen electoral» (FJ 8). Siendo obligado el objetivo, el mandato finalista, la libertad de configuración del legislador queda respetada y el control del TC se debe inexcusablemente detener.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 2 tomos.

ABELLÁN MATE SANZ, I., «La modificación de las leyes electorales a la luz del principio de igualdad: las «listas cremallera»», *Revista de Estudios Autonómicos*, núms. 2-3, 2002-2003, págs. 147 y ss.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción española, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, especialmente págs. 381 a 419.

CABRA DE LUNA, M. A., «Discapacidad y aspectos sociales», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 21 y ss.

CARMONA CUENCA, E., «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, págs. 271 y ss.

CERDÁ MARTÍNEZ PUJALTE, C., «Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, págs. 155 y ss.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la Igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007.

PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, págs. 9 a 57.

ROMAGNOLI, U., «Il principio d'eguaglianza sostanziale», en BRANCA, G. (Dir.), *Commentario Della Costituzione. Principi Fondamentali*, Zanichelli, Bolonia, 1975.

SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

ARTÍCULO 9.3

LOS PRINCIPIOS GARANTIZADOS EN LA CONSTITUCIÓN

Sumario: I. Introducción. II. Principios constitucionales y recurso de amparo. III. El principio de legalidad. IV. El principio de jerarquía normativa. V. El principio de publicidad de las normas. VI. El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. VII. El principio de seguridad jurídica. VIII. El principio de responsabilidad de los poderes públicos. IX. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO

LETRADO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA
LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

I. INTRODUCCIÓN

El precepto constitucional que comentamos trata, sin duda, de **positivizar determinados principios que se consideran de valor esencial para la implantación y desarrollo del sistema político y jurídico que la Constitución pretende diseñar**. No son, desde luego, todos los principios que pueden encontrarse en esta, que recoge otros, también de reconocida importancia, a lo largo de su texto. Pero sí son, todos ellos, piezas básicas para la configuración de España, como ordena el art. 1.1 de la Constitución, en un Estado democrático de Derecho y, por ello, la doctrina científica ha destacado la relevancia de este art. 9.3, aun cuando también se haya puesto de manifiesto, precisamente, que, si no todos, sí buena parte de los principios que enuncia están ya ínsitos en esa cláusula de Estado democrático de Derecho y se relacionan íntimamente con la consolidación efectiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico español que aquel art. 1.1 recoge, esto es, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Que **la Constitución Española contiene principios y no solo normas concretas** es algo que fue reconocido tanto por la doc-

trina científica como por el Tribunal Constitucional desde los primeros momentos tras la aprobación de la Constitución y tras el comienzo de su actividad jurisdiccional, respectivamente. Sin embargo, mucho más recientemente, el Alto Tribunal ha proclamado enfáticamente el valor de esos principios constitucionales, entre los que, como hemos señalado, los recogidos en el art. 9.3 de la Constitución ocupan una singular posición. Así, en la muy importante **STC 48/2003**, de 12 de marzo, se afirma (FJ 7) que:

«Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, (...) (*principios*) todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos.»

Pero, como señalábamos, ya la muy temprana **STC 4/1981**, de 2 de febrero, había puesto

también de relieve, con toda claridad y precisión, la trascendencia y la capacidad de vincular y obligar de los principios constitucionales, así como su participación de la eficacia derogatoria inmediata de la Constitución. Se señala, así, en su FJ 1, que:

«los principios generales del derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico (...) 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 puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea, en su art. 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos —entre otros— en el art. 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.»

Y no ha dejado de destacar tampoco nuestro Tribunal Constitucional, por un lado, la **íntima conexión que existe entre los principios reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución** y, por otro, **la que guardan estos con los valores superiores del ordenamiento jurídico** español. Se afirma así ya desde la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10 (en doctrina reiterada en la STC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 7), que:

«Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa,

responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.»

Finalmente, para terminar esta delimitación introductoria de los principios constitucionales según la doctrina del **Tribunal Constitucional, no podemos dejar de referirnos a que este se ha planteado el alcance de sus posibilidades de actuación, en relación con las de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial, cuando de poner en práctica uno de los principios constitucionales se trata**, consciente, sin duda, nuestro Alto Tribunal de que corresponde al legislador, en muchos supuestos, la definición concreta y específica del contenido, en cada caso, de todos o algunos de los principios constitucionales, aunque sin desconocer, desde luego, que estos tienen también un contenido propio que los hace reconocibles y que viene ya dado por la Constitución y, por consiguiente, puede ser directa e inmediatamente salvaguardado por el intérprete supremo de nuestra Ley Fundamental. Sirva de ejemplo lo que se afirma en la STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 5, aun cuando la declaración se refiera específicamente a un principio, el de proporcionalidad, no contenido en el art. 9.3 de la Constitución:

«La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación. El Tribunal entiende que debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los jueces y tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, según vimos, pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a

sustituir a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia.»

Por lo demás, aunque de modo incidental, otras declaraciones del Tribunal Constitucional han dejado claro que **en el art. 9.3 de la Constitución se contienen auténticos principios generales del Derecho** (STC 10/1989, de 24 de enero, FJ 3), **que constituyen mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador** (STC 237/1993, de 12 de julio, FJ 2).

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y RECURSO DE AMPARO

La apuntada trascendencia de los principios consagrados en el art. 9.3 de la Constitución, en cuanto esencialmente relacionados con la consagración del Estado democrático de Derecho, en el que los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución desarrollan una función de primer orden, ha llevado en multitud de ocasiones a tratar de fundar una vulneración de esos derechos fundamentales y libertades públicas en su conexión con los considerados principios constitucionales, tratando así de abrir la vía del recurso de amparo para protegerse frente a actos ilegítimos de los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional ha mantenido, por una parte, una posición firme, desalentadora de excesos, recordando que **la vulneración de los principios reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución no es susceptible de ser controlada y revisada a través del recurso de amparo**. Pero tampoco ha dejado de ser sensible a esa apuntada **conexión entre principios constitucionales y derechos fundamentales y libertades públicas, por una doble vía**.

En primer lugar, estableciendo una conexión entre determinados principios reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución y determinados derechos fundamentales y libertades públicas, de modo tal que aquellos **vendrían a constituir uno de los fundamentos o razones de ser de la consagración de estos o uno de los fines esenciales a los que sirven**. Por poner alguno de los ejemplos más conocidos, así ha ocurrido con la conexión entre el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (por todas, STC 108/1988, de 8 de junio, FJ 2) y la seguridad jurídica (STC 120/1987, de 10 de julio, FJ 2), o entre diversas manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (señaladamente, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, así STC 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6) y el principio de seguridad jurídica o, incluso, como se reconoce expresamente, por todas, en la STC 150/2001, de 2 de julio, (que además realiza una muy discutible aplicación concreta de la doctrina que comentamos), entre dicho derecho fundamental y el señalado principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Naturalmente, el examen más detenido de estas cuestiones se realiza en el comentario a los correspondientes preceptos constitucionales que reconocen esos derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En segundo lugar, y en lo que ahora especialmente nos interesa, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve, con carácter general, la indudable conexión que existe, en cuanto que esenciales piezas todos ellos para la debida articulación de nuestro sistema, entre los principios reconocidos en el art. 9.3 de la Constitución y esos derechos y libertades cuya vulneración puede ser corregida en el recurso de amparo, con la finalidad de destacar que en este proceso constitucional estarán muchas veces presentes, de manera indirecta, **tales principios en su condición de garantías integrantes del contenido de aquellos derechos y liber-**

tades. Citemos, por todas, la STC 32/1987, de 12 de marzo, en cuyo FJ 4 se proclama la conexión a la que nos estamos refiriendo entre el derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 de la Constitución y el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, o la STC 93/1992, de 11 de junio, que hace referencia en su FJ 9 a la relación, a estos efectos, entre el principio de legalidad penal o en materia sancionadora del art. 25.1 de la Constitución y el principio de publicidad de las normas.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como es sobradamente conocido, la doctrina científica defiende contenidos muy diversos para el denominado principio de legalidad. Incluso, su sentido puede ser muy distinto según los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

Por poner tan solo algún ejemplo, hondo calado ha tenido la polémica doctrinal en torno a la **vinculación entre los principios de legalidad y juridicidad** o la cuestión, tan querida por los administrativistas, de si en nuestro sistema rigen los **principios de vinculación, positiva o negativa, de la Administración a la Ley o al Derecho**. También el **papel del Reglamento en nuestro ordenamiento constitucional** ha suscitado importantes problemas, planteándose cuestiones de la máxima relevancia tales como las relativas al alcance propio del principio de reserva de ley, la inexistencia en nuestro sistema de la denominada *reserva reglamentaria*, la posibilidad constitucional del Reglamento independiente o, en fin, la diferente naturaleza de la Ley y el Reglamento y el ámbito posible de actuación de este en relación con aquella. Es en otras partes de esta obra, al analizar los correspondientes preceptos constitucionales que se conectan más estrechamente con las apuntadas cuestiones, donde se realiza un examen más detallado de las mismas.

También la señalada consideración del **principio de legalidad en función de los distintos sectores del ordenamiento jurídico en los que opera** deberá ser estudiada al amparo de los preceptos constitucionales que, de acuerdo con las aportaciones de la doctrina científica dominante, proclaman dicho principio en esos distintos sectores. Así, forzoso es remitirse, por poner solo algún ejemplo, al art. 25 de la Constitución para el análisis del principio de legalidad penal o en materia sancionadora, a sus arts. 31 o 133 para el examen del principio de legalidad en materia fiscal o tributaria o, en fin, a su art. 103 en relación con el principio de legalidad cuando de la actuación de la Administración Pública se trata o, en general, en materia administrativa.

A título puramente ejemplificativo, cabe referirse a la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4, que reconoce la relevancia del principio de legalidad y proclama que:

«En él se manifiesta la preeminencia del Derecho, entendido, en este contexto, como la subordinación a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico. La primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella. De esta manera se protege también el principio democrático, pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política.»

Creemos que cualquier otro intento de exponer en este momento un muestrario de las declaraciones del Tribunal Constitucional que guardan o pueden guardar relación con alguno de los señalados aspectos del principio de

legalidad, o con cualesquiera otros, ofrecería un panorama ciertamente limitado y generador más de confusión que de claridad sobre el alcance de este, por lo demás, esencial principio para la configuración de nuestro sistema político y jurídico que, por eso, la Constitución quiso plasmar de modo expreso.

IV. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

No es tampoco este, desde luego, el momento de realizar un examen detallado del principio de jerarquía normativa, de su relevancia como principio constitucional en nuestro sistema, ni de los diversos entendimientos y concretas aplicaciones del mismo que la doctrina científica ha propuesto.

Baste ahora con referirnos, pues, a algunas **concretas declaraciones del Tribunal Constitucional** en relación con este principio.

Así, en la STC 51/1983, de 14 de junio, se afirma (FJ 2), sin demasiadas explicaciones añadidas, que **el principio de jerarquía normativa debe entenderse incluido en el principio de legalidad**, siquiera sea en la vertiente de este relativa a la materia tributaria, en los términos de los arts. 31.3 y 133.1 y 3 de la Constitución. Por su parte, en el ATC 292/1983, de 15 de junio, se reitera (FJ 2), en concreta relación con el principio que ahora nos ocupa, lo ya expuesto con carácter general en el sentido de que su vulneración no es susceptible de ser remediada en la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Una específica referencia a una **concreta aplicación del principio** de jerarquía normativa en la doctrina del Tribunal Constitucional creemos conveniente realizarla, sin embargo, por razón de las dudas que al efecto pudieron plantearse y de la relevancia que la cuestión llegó a alcanzar como consecuencia de la polémica que suscitaron determinadas

resoluciones judiciales. Nos estamos refiriendo a la **relación existente entre los convenios colectivos y las leyes**. En este sentido, en la **STC 62/2001**, de 1 de marzo, se proclama, de modo rotundo (FJ 3), que:

«el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, y así este Tribunal en su STC 210/1990, de 20 de diciembre, estableció, con cita de las SSTC 58/1985, de 30 de abril, 177/1988, de 10 de octubre, y 171/1989, de 19 de octubre, que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de tal modo que “El art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas con mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador”.»

Por lo demás, tal y como apuntábamos, las muy complejas cuestiones que plantea el eventual juego del principio que ahora nos ocupa en diversos sistemas de relaciones normativas y su coexistencia con otros principios susceptibles de regir las mismas, en cuanto que hayan sido objeto de análisis o de referencia, más o menos directa, en decisiones del Tribunal Constitucional, son objeto de estudio en otros lugares de esta obra, al hilo de los comentarios a los correspondientes preceptos constitucionales. Baste aquí con citar la STC 213/1996, de 19 de diciembre, que en su FJ 2 deja establecido que el principio de jerarquía normativa no es adecuado «para determinar la relación existente entre las leyes orgánicas y las ordinarias»; la STC 239/2012, de 13 de diciembre, que recuerda en su FJ 5

que «El principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) no entra en juego en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional que se rigen, como este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar en anteriores ocasiones (por todas, STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), por el principio de primacía»; o la STC 38/2014, de 11 de marzo, FJ 3, que precisa que «Cuando dos normas se encuentran relacionadas por el principio de jerarquía normativa, como lo están las leyes y los reglamentos ejecutivos, la reforma o modificación no retroactiva de la ley en cuya ejecución se ha dictado el Reglamento impugnado conllevará normalmente la derogación tácita del Reglamento en aquello que se le oponga, a partir del momento en que esta produzca efectos».

Por fin, el Tribunal Constitucional ha precisado **el alcance del principio de jerarquía normativa como criterio de enjuiciamiento autónomo en un proceso de constitucionalidad**. Afirma así en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 2 (en doctrina reiterada en la STC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 6), que:

«A juicio de los recurrentes, las normas contenidas en la ley impugnada contradicen el art. 32 CE, razón por la que estiman que debe considerarse también vulnerada la vertiente apuntada del art. 9.3 CE. Este Tribunal ya ha dicho que la “garantía de la jerarquía normativa proscribire que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Cons-

titución no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino, pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley” (STC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2). Por tanto, la eventual inconstitucionalidad de la norma impugnada derivaría, en su caso, de la transgresión del art. 32 CE, y no de la lesión directa del art. 9.3 de la Constitución.»

V. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS NORMAS

La **trascendencia** de la exigencia de publicidad de las normas ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, incluso con cierta extensión y descenso a los detalles normativos vigentes en el momento en el que se dictan las correspondientes resoluciones. Así, en la STC 179/1989, de 2 de noviembre, se afirma (FJ 2) que:

«La Constitución, en su art. 9.3, garantiza el principio de la publicidad de las normas. Esta garantía aparece como **consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho**, y se encuentra en **íntima relación con el principio de seguridad jurídica** consagrado en el mismo art. 9.3 CE: pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de estos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

Esa garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos: así, disponiendo la inmediata publicación de las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, tras la sanción real (art. 91) y, respecto de los tratados internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España (art. 96.1). En términos más generales, la Constitución reserva al Estado la emisión de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8), lo que (independientemente de la *vexata quaestio* de si la publicación es un requisito esencial de la existencia de la norma o una condición para su eficacia) es evidentemente aplicable a los requisitos referidos a su publicación. La traducción en la legislación ordinaria de tal garantía se halla, respecto de las leyes, en el art. 2 del Código Civil (...) y, respecto de disposiciones administrativas, en el art. 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (...) y en el art. 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

A partir de esta declaración general (reiterada en la STC 90/2009, de 20 de abril, FJ 5) sobre el principio de publicidad de las normas, que «no tiene la naturaleza de derecho fundamental tutelable en un recurso de amparo» (ATC 647/1986, de 23 de julio, FJ 1), el Tribunal Constitucional ha realizado una serie de importantes afirmaciones, desde el punto de vista práctico, en relación con **cuestiones concretas** vinculadas con el señalado principio. Esencialmente, podemos referirnos a las que siguen:

a) **Normas autonómicas y diarios oficiales de las Comunidades Autónomas.**

STC 179/1989: «La estructura del Estado prevista en la Constitución ha supuesto, lógicamente, una alteración en el esquema tradicional referido a los instrumentos oficiales de

publicación de las normas jurídicas, debido a la efectiva asunción de competencias, por parte de las Comunidades Autónomas, y mediante los respectivos Estatutos, respecto a la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 CE). Los diversos Estatutos de Autonomía, en efecto, han venido a disponer la publicación de las correspondientes normas autonómicas en sus propios «Boletines Oficiales». Así, en el concreto caso de la Comunidad Foral de Navarra, el art. 22 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA) establece que «las leyes forales serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Diputación Foral, quien dispondrá su publicación en el ‘Boletín Oficial de Navarra’». Esta publicación aparece, pues, como condición para la eficacia de las normas legislativas de la Comunidad Foral, sin que sea necesario, en este momento, examinar los efectos que pueda producir la publicación, además, en el «Boletín Oficial del Estado». Baste, en el presente estadio, con constatar que la **publicación de las leyes de la Comunidad Foral solo puede apreciarse si han sido incluidas en el ‘Boletín Oficial’ de la misma**» (FJ 3).

«La LORAFNA no se refiere más que a la publicación de las leyes forales (art. 22), sin que se contenga en ella una previsión expresa referida a otros tipos de normas (reglamentos administrativos y parlamentarios). No obstante, el principio de publicidad de las normas constitucionalmente recogido rige también, evidentemente, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, y, pese a la falta de referencia expresa de la LORAFNA, resulta naturalmente admisible que los **reglamentos administrativos de carácter general, para que produzcan efectos jurídicos, habrán de publicarse en el ‘Boletín Oficial’ de la Comunidad Foral**, único órgano de publicidad oficial previsto en la LORAFNA; ello

se deduce de lo previsto en la LPA y la LRJAE, como regla general para la eficacia de las normas administrativas, regla reservada al Estado por el art. 149.1 8 CE» (FJ 4).

ATC 579/1989, de 28 de noviembre: «**en el ámbito de cada Comunidad su diario oficial asume una posición que marca el punto de partida de todos los efectos jurídicos de la norma general con rango de ley (...), mientras la segunda publicación en el “BOE” tiene unos efectos simplemente instrumentales o para reforzar la publicidad material.** Y no puede sostenerse que la “publicación” en un diario oficial, aunque sea el de una Comunidad Autónoma, no satisfaga las exigencias del principio constitucional de “publicidad” de las normas que se consagra en el art. 9.3 de la Constitución».

En el mismo sentido, STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 1.

b) Reglamentos parlamentarios autonómicos y diarios oficiales de las Comunidades Autónomas.

STC 179/1989: «La cuestión que se plantea es (...) la de si esa condición (inserción en el “Boletín Oficial” de la Comunidad Foral) es también exigible del Reglamento del Parlamento de Navarra» (FJ 3).

«Podría aducirse en contra, de acuerdo con la doctrina tradicional relativa a la autonomía de los Parlamentos y a su autonomía reglamentaria, que esa publicación no es exigible, o al menos que la inserción en el “Boletín Oficial de Navarra” no constituye una auténtica publicación, en cuanto elemento necesario de la norma o condición necesaria para su eficacia, bastando únicamente su inserción en el “Boletín Oficial del Parlamento”. Pero esta posición no es aceptable. La extensión de la autonomía de las Asambleas le-

gislativas de las Comunidades Autónomas viene determinada por el Estatuto de cada una de estas (ya que no existe, a diferencia de las Cortes Generales, una garantía constitucional al respecto) y, ciertamente, no se hace referencia en la LORAFNA a la autonomía parlamentaria en cuanto a la publicación de normas de alcance general. Por tanto, y a los efectos del presente recurso, **no cabe considerar que constituya publicación suficiente la inserción del Reglamento de la Cámara en un Boletín de carácter interno, sino que será necesaria su inclusión en el instrumento oficial previsto para la publicación de las normas generales de la Comunidad Foral, esto es, el “Boletín Oficial de Navarra”.** Esta conclusión viene corroborada por la práctica seguida hasta el momento por los órganos parlamentarios del Estado y de las Comunidades Autónomas en la presente etapa constitucional» (FJ 4).

«La naturaleza del Reglamento parlamentario autonómico, pues, de mayor relevancia y alcance que un mero reglamento interno, y por ende recogido entre las normas que pueden ser objeto de recurso de inconstitucionalidad (...) exige, para su conocimiento, constancia y certeza, su publicación en el instrumento oficial destinado a la publicidad de las disposiciones generales, para que pueda producir efectos fuera del ámbito interno de la Cámara. En consecuencia (e independientemente de lo que la norma disponga respecto de su entrada en vigor a los efectos meramente internos de la Cámara), será la fecha de inserción en tal instrumento la que ha de tomarse como punto de referencia para el cómputo de plazos relativos a esos efectos externos, entre los que se cuenta, evidentemente, la interposición, por el

Gobierno de la Nación, del recurso de inconstitucionalidad» (FJ 5).

c) La publicación de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y el principio de publicidad de las normas.

Siquiera de manera indirecta, el Tribunal Constitucional ha establecido una conexión entre el principio de publicidad de las normas, reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, y la necesaria publicación o publicidad de sus resoluciones jurisdiccionales. En efecto, la condición de intérprete supremo de la Constitución del Alto Tribunal, unida a la circunstancia de que las normas jurídicas deben ser interpretadas de modo conforme con la Constitución han llevado a tal solución. Se dice así en la **STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 6**, que **existe «una exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal**, que se concreta, por un lado, en que, junto con la más obvia y expresa obligación formal de publicación de determinadas resoluciones en el Boletín Oficial, resulte también implícita una obligación material de dar la mayor accesibilidad y difusión pública al contenido de todas aquellas resoluciones jurisdiccionales del Tribunal que incorporen doctrina constitucional, con independencia de su naturaleza y del proceso en que se dictan; y, por otro, en que la publicidad ha de ser de la resolución íntegra». Y todo ello, por supuesto, sin perjuicio de las excepciones que procedan (por todas, **STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 5**).

d) Un caso muy concreto y polémico. La publicidad de las reservas a los Tratados Internacionales y de su retirada.

La cuestión fue abordada por la **STC 141/1998**, de 29 de junio, que afirma en su FJ 6 que:

«Si la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado multilateral, o al adherirse a

él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado, (...) la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma (...)

El art. 32.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales obliga a que la retirada de las reservas formuladas por otros Estados a los Tratados multilaterales en que España sea parte, sea publicada en el «Boletín Oficial del Estado». Pero, lo que es más importante desde el punto de vista constitucional, el art. 96.1 CE determina que formarán parte del ordenamiento interno aquellos Tratados Internacionales, válidamente celebrados, una vez que hayan sido publicados oficialmente en España.

Luego una cláusula de un Tratado —y ya se ha indicado que la retirada de la reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad.»

La doctrina se ha reiterado posteriormente. Así, en la **STC 292/2005**, de 10 de noviembre, en la que se añade (FJ 5) que el art. 32 del citado Decreto 801/1972 «**exige la publicación no solo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier «acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la**

aplicación de los tratados en los que sea parte España». Ha de destacarse, sin embargo, que cuatro Magistrados formularon su discrepancia con lo resuelto por la considerada Sentencia, fundando su argumentación, en amplia medida, en aspectos relativos a la supuesta existencia de una retirada de reserva a un Tratado Internacional y a las exigencias de publicación en España de determinadas actuaciones de instituciones o autoridades extranjeras o de ámbito internacional.

e) Actos jurídicos de las Corporaciones Locales.

STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 8: «La publicación de los actos jurídicos de las Corporaciones Locales, en cuanto presupuesto de eficacia de los mismos, aparece estrechamente vinculada al principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE y exige, en consecuencia, un tratamiento común y uniforme en todo el territorio del Estado que solo puede garantizar el legislador estatal. Además, **la publicación de anuncios y acuerdos de las Entidades Locales en el “Boletín Oficial” de la provincia** resulta plenamente acorde con la dimensión institucional que a esta atribuye el art. 141 CE en su doble condición de agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado, entre las que hay que incluir las de las propias Corporaciones Locales en que se organiza territorialmente este último (art. 137 CE). Ciertamente, ello no impide que las Comunidades Autónomas puedan proceder igualmente a la publicación de tales anuncios y acuerdos, posibilidad esta que no ha de considerarse excluida por el mero hecho de que algún precepto de la LHL haga referencia expresa a otros supuestos de doble publicación provincial y autonómica. Ahora bien, por lo que a los preceptos ahora impugnados respecta, solo la publicación en el “Boletín Oficial” de la provincia ha de entenderse dotada de eficacia jurídica, por haberlo dispuesto así el legislador del Estado en el ámbito de la competencia antes mencionada».

f) Publicidad de determinados instrumentos en el ámbito administrativo.

STC 45/1985, de 26 de marzo, FJ 3: «Es obvio que la publicidad de las **Circulares** en un instrumento como el tablón de anuncios en las oficinas públicas implica respecto a los funcionarios que trabajan en las mismas y a los que aquellas puedan afectar una carga de conocimiento, con sus lógicas consecuencias», lo que el Tribunal Constitucional considera justificado por la «peculiaridad de la relación funcional».

g) Publicación de resoluciones jurisdiccionales anulatorias de disposiciones normativas.

STC 195/2005, de 18 de julio, FJ 3: «La publicación de las normas cumple una ineludible función de notoriedad de las mismas, que justifica la presunción de su conocimiento general e implica la exigencia de dar a conocer de manera oficial y pública, mediante su inserción en los correspondientes diarios oficiales, las nuevas normas que entran a formar parte del ordenamiento jurídico, pero necesariamente también las normas, en este caso reglamentarias, que sean expresamente excluidas del mismo mediante su derogación o su declaración de nulidad por los órganos jurisdiccionales competentes (...)

... los ciudadanos no están obligados a soportar los efectos negativos de la falta de publicación de una sentencia que expulsa del ordenamiento una norma, sobre todo en un ámbito como el sancionador.»

VI. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES O RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES

La doctrina del Tribunal Constitucional en torno al principio reconocido en el art. 9.3 de

la Constitución que nos ocupa no ha dejado de plantear dudas en torno a la determinación de su concreto sentido, tanto con carácter general y abstracto o teórico, como a la hora de realizar su efectiva aplicación práctica en los específicos supuestos que se planteaban relacionados con distintos sectores o materias del ordenamiento jurídico.

En la **STC 112/2006, de 5 de abril**, se realiza (FJ 17) un intento de compilación de la citada doctrina en buena parte de sus aspectos esenciales, razón por la cual podemos comenzar este comentario con su exposición:

«El tema del fundamento y alcance de la prohibición de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, prevista en el art. 9.3 CE, ha sido tratado repetidas veces por este Tribunal Constitucional en una jurisprudencia que ha venido a matizar dichos fundamentos y alcance (...) hemos dicho que **la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE** (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 3, y 126/1987, de 16 de julio, FJ 11) y que **dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona** (por todas, STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3). Por otra parte, lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece

al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir (por todas, SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 97/1990, de 24 de mayo, FJ 4). El precepto constitucional, de este modo, no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados retroactivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior (STC 97/1990, de 24 de mayo, FJ 5), aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que **la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas** [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6.b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que solo puede afirmarse que **una norma es retroactiva**, a los efectos del art. 9.3 CE, **cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones agotadas”** [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6.b)].

Resulta relevante, igualmente, para el caso que nos ocupa, recordar que hemos establecido (por todas, SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11) una distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que hemos denominado de **retroactividad auténtica**, y las que pretenden incidir sobre situacio-

nes o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de **retroactividad impropia**. En el primer supuesto —retroactividad auténtica— la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo —retroactividad impropia— la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.»

Por su parte, en el FJ 19 de esa misma Sentencia se pone de relieve que en la ponderación de bienes que en los supuestos de retroactividad impropia cabe realizar en cada caso, debe «reconocerse al legislador un amplio margen de libertad» al efecto. De este modo, en el supuesto allí resuelto, se constata que «se dan razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista del constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos».

No obstante lo completo de este resumen de la doctrina del **Tribunal Constitucional**, es preciso referirse a otras **declaraciones anteriores** de este en relación con el principio que nos ocupa, que sirven para precisar aquella doctrina, si bien debe reconocerse que, también, en algún caso, como inmediatamente tendremos ocasión de comprobar y ya hemos adelantado, **abren interrogantes de importante calado**.

Así, en la STC 27/1981 se afirma (FJ 10) que:

«Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehuir cual-

quier intento de aprehender la **huidiza teoría de los derechos adquiridos**, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes la soslayaron, no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a las exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo primero de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el *ius quaesitum*; el 9.3 —en todo o en parte— alude a los derechos fundamentales del Título I y, para algunos, parece incluso excesivo que el principio constitucional de la irretroactividad alcance a las Leyes, restringiéndolo a los Reglamentos. **El principio de irretroactividad, del art. 9.3, en cuanto a las leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables, y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la Ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno.**»

Por su parte, en la **STC 42/1986**, de 10 de abril, se realiza una afirmación (FJ 3), (curiosamente no recogida en ese completo resumen que hace la STC 112/2006 a pesar de que

expresamente se refiere a aquella Sentencia y recoge pronunciamientos de ella inmediatamente conectados con esa afirmación), en relación con la interpretación que haya de darse al concepto de *restricción* que contiene el art. 9.3 de la Constitución:

«la expresión “restricción de derechos individuales” del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona.»

No obstante, con posterioridad se ha retomado la considerada afirmación de la STC 142/1986 (por todas, SSTC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4, o 216/2015, de 22 de octubre, FJ 7, resoluciones que también recogen los elementos esenciales de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio que nos ocupa, muchas veces reiterados por lo demás).

Asimismo, en la STC 65/1990, de 5 de abril, FJ 7, se deja claro que no afecta al principio que nos ocupa la simple alteración de régimen jurídico hacia el futuro en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. Por su parte, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9, añade que «no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado» y que «Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el art. 9.3 del Texto constitucional, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia *ex nunc* el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución». Como concluye la STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 3, «en suma, no es retroactiva una Ley porque se aplique inmediatamente desde su entrada en vigor».

Por lo demás, los principios generales del Derecho contenidos en el art. 9.3 de la Constitución, entre ellos el que nos ocupa, «no generan derechos fundamentales susceptibles de protección en vía de amparo» (STC 10/1989, FJ 3), de modo que «la aplicación del principio de irretroactividad de las Leyes del art. 9.3 de la CE no puede ser enjuiciada por este Tribunal a no ser que, a través de ella, se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo» (STC 237/1993, FJ 2).

Interesa destacar también que en la **STC 8/1982**, de 4 de marzo, se dejó claro (FJ 3) que **el art. 9.3 de la Constitución no contiene en absoluto un límite de carácter general a la retroactividad *in peius* de las Leyes**, declaración esta que ha constituido la base de partida para la elaboración de toda la doctrina sobre el contenido y alcance del principio que nos ocupa a la que nos venimos refiriendo.

La expresada doctrina general en torno al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales ha tenido **aplicaciones concretas, en relación con específicos sectores del ordenamiento jurídico**, que generaron una amplia polémica. Aunque no podemos detenernos ahora en el examen detallado de las mismas, conviene referirse, en primer lugar, en el **ámbito propio del Derecho administrativo y, más en concreto, de la función pública**, a las resoluciones del Tribunal Constitucional que negaron la vulneración del considerado principio como consecuencia de la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios públicos o de categorías específicas de ellos (SSTC 108/1986, de 29 de julio, o 99/1987, de 11 de junio). Mayor interés presenta, por sus peculiaridades, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio en materia tributaria. Así, ya en la STC 126/1987, de 16 de julio, se afirma (FJ 9) que:

«No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva. La prohibición que el

art. 9.3 CE establece tan solo para las “disposiciones sancionadoras no favorables” y para las “restrictivas de derechos individuales” se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el Informe de la Ponencia, pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimarse que la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal.

Por otra parte, no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental (...).

Afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución.»

Y, con carácter más específico, en la STC 150/1990, de 4 de octubre, se señala (FJ 8) que **entre esos principios constitucionales susceptibles de ser vulnerados en los supuestos en los que se dote de eficacia retroactiva a una norma tributaria se encuentra el principio de seguridad jurídica,** garantizado también por el art. 9.3 de la Constitución. Pues bien, ciertamente es ese princi-

pio el que mayor protagonismo ha tenido en la materia que estamos tratando cuando se ha sometido al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional la supuesta inconstitucionalidad de normas tributarias de carácter retroactivo. Por ello, será en el examen que realicemos posteriormente de ese principio de seguridad jurídica cuando nos ocupemos con algún detalle de la cuestión.

De importancia es también la conexión que el Tribunal Constitucional ha establecido entre el principio que consideramos y el de la **retroactividad de la Ley penal o sancionadora más favorable** (*vide* STC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 4). Ya en la STC 8/1981, de 30 de marzo, se afirma (FJ 3) que «interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable», si bien este último principio «no concede derecho de carácter constitucional susceptible de amparo» (STC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2). Se ha aclarado, asimismo, que dicho principio «conlleva la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, siempre que el resultado final suponga beneficio para el reo» (STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5).

VII. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Diversas resoluciones del Tribunal Constitucional han tenido ocasión de destacar la **esencial trascendencia** que, al menos desde un punto de vista teórico, reviste el principio constitucional que ahora nos ocupa. Así, ya en la STC 133/1989, de 19 de julio, se alude (FJ 3) al «valor de la seguridad jurídica», que «está proclamado, junto con otros principios constitucionales, en el art. 9.3 de la Constitución», y que aunque no es, por eso, un valor constitucional invocable a través del recurso de amparo constitucional, ello es «sin perjuicio de que haya de informar el ordenamiento

jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos». Como se señala en la STC 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, aunque la seguridad jurídica «no se configura en nuestro texto constitucional como un derecho subjetivo y, menos aún, de naturaleza fundamental a efectos de una más intensa tutela jurisdiccional a través del recurso de amparo», no debe olvidarse su carácter de **«denominador común de tantas categorías jurídicas**, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas». Y se ha distinguido en su contenido una **doble vertiente, la subjetiva, relativa a la certeza de la norma, y la objetiva, reconducible a la idea de previsibilidad**, pero sin desconocer la existencia de otros componentes en el principio (STC 273/2000, de 15 de noviembre, FF. JJ. 9 y ss.).

Como ha destacado la STC 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 8, **las exigencias del principio de seguridad jurídica son «todas ellas, consustanciales al Estado de Derecho** y que, por lo mismo, han de ser escrupulosamente respetadas por las actuaciones de los poderes públicos, incluido el propio legislador. Es más, sin seguridad jurídica no hay Estado de Derecho digno de ese nombre. Es la razonable previsión de las consecuencias jurídicas de las conductas, de acuerdo con el ordenamiento y su aplicación por los Tribunales, la que permite a los ciudadanos gozar de una tranquila convivencia y garantiza la paz social y el desarrollo económico».

Ya en la STC 27/1981 se afirmó (FJ 10) que la seguridad jurídica «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. **La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad**». Ahora bien, la seguridad jurídica «no puede erigirse en un valor absoluto» (STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 17).

El contenido del principio de seguridad jurídica, con carácter general, también ha sido definido en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional. Así, en el ATC 72/2008, de 26 de febrero, se recuerda (FJ 3) que:

«ha de entenderse como la **certeza sobre la regulación jurídica aplicable** y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa, de tal manera que solo si en el Ordenamiento jurídico en el que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.»

También se ha señalado que el principio **garantiza «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes»** (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4) **y supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho»** (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

Asimismo, en la STC 210/1990 se afirma (FJ 3) que «no se infringe el principio de seguridad jurídica porque el legislador lleve a cabo modificaciones en las normas legales, que entran en el ámbito de la potestad legislativa, que no puede permanecer inerte o inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone; modificaciones que obviamente incidirán en las relaciones o situaciones jurídicas preexistentes». Y es que el principio que consideramos **«no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en**

un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (STC 227/1988, FJ 10), ni «puede dar lugar a la congelación o petrificación del Ordenamiento» (STC 332/2005, FJ 17). No obstante, también el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la **conexión entre el principio de protección de la confianza legítima y el que nos ocupa**, del que aquel vendría a ser una derivación (STC 178/2004, de 21 de octubre, FJ 12).

Precisamente, el principio de confianza legítima, que la STC 270/2015, de 17 de diciembre, ha calificado también como corolario o vertiente del principio de seguridad jurídica, ha generado controversia sobre su específica relevancia. En el FJ 7 de la citada STC 270/2015 se afirma, efectivamente, que «Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general» y se añade que los señalados principios «no pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia». Sin embargo, resultan de interés las consideraciones que realiza el Magistrado Xiol Ríos en sus votos particulares a la STC 216/2015, de 22 de octubre, y a la repetida STC 270/2015 (a este último se adhieren dos Magistrados).

Por otro lado, en la STC 46/1990, de 15 de marzo, se destaca (FJ 4) que la exigencia de seguridad jurídica implica también que el legislador «debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...) Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho (...) (*sin introducir*) perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál

sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas». Y se ha recordado que «no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una **depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas** (...) puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia» (STC 150/1990, FJ 8). **No obstante**, en la **STC 53/2014**, de 10 de abril, FJ 8, se afirma que «Dicha forma de proceder podrá ser, en su caso, expresión de una mala técnica legislativa, pero de dicha circunstancia no cabe inferir de modo necesario una infracción del mencionado principio constitucional (*el de seguridad jurídica*), dado que **“el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”**, razón por la cual no “corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes”, habida cuenta de que **“el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica”**».

Se añade en la STC 14/1998, de 22 de enero, FJ 8, que «no existe una quiebra constitucionalmente relevante de la seguridad jurídica, cuando la Ley utiliza **conceptos indeterminados**, indispensables por cuanto no son sustituibles por referencias concretas, remitiéndose a reglamentaciones específicas en áreas en que la complejidad técnica o la necesidad de una previa ordenación del sector así lo exijan». Por lo demás, en la STC 270/2015, FJ 7, se afirma también respecto de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que «de suyo no es contrari(a) a la Constitución, como ya afirmamos en la STC 292/2000, FJ 2».

Por lo demás, es evidente que la seguridad jurídica se encuentra **conectada con esenciales instituciones, valores o situaciones de nuestro ordenamiento jurídico**, y así ha tenido ocasión de declararlo el Tribunal

Constitucional en muy diversas ocasiones. Por poner solo algunos ejemplos, cabe referirse a su conexión con «la generalidad de la norma, y por ello, su distanciamiento en relación a casos particulares concretos» (STC 70/1991, de 8 de abril, FJ 7); con el derecho a la seguridad reconocido en el art. 17.1 de la Constitución (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 2); con el principio de igualdad, en relación con «la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores e iguales» (STC 120/1987, FJ 2); con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (STC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5); con la amnistía (STC 147/1986, FJ 4); o, en fin, con la conocida técnica de las *leges repetitae*, esto es, la mera reproducción en determinadas disposiciones de preceptos ya contenidos en otras, que constituyen el verdadero fundamento de su vigencia y aplicabilidad (pueden verse, en este sentido, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9, donde se realiza un análisis de la cuestión en la doctrina del Tribunal Constitucional, o la STC 62/2017, de 25 de mayo, FJ 7), o con otras cuestiones relacionadas con las normas estatales de carácter básico (exigencia de rango y de declaración sobre tal carácter), cuyo análisis detallado corresponde a otro lugar de esta obra. Es también la seguridad jurídica el fundamento de los límites que reiteradamente el propio Tribunal Constitucional impone a los efectos de sus resoluciones sobre actuaciones ya producidas (por todas, SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 11, o 14/2018, de 20 de febrero, FJ 11).

Señalábamos más arriba que el principio de seguridad jurídica ha tenido **especial relevancia práctica, en la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con la legislación tributaria de carácter retroactivo**. Ya en la STC 126/1987, donde por lo demás se recoge un completo análisis comparado sobre la cuestión, se dejó claro (FJ 11) que el considerado principio «no puede entenderse como un derecho de los

ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal», precisándose en la STC 273/2000, de 15 de noviembre (FJ 6), que «Por el contrario, dicho principio **sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles**, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede afectar a la interdicción de la arbitrariedad (...). En fin, la tarea de determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera el principio de seguridad jurídica solo puede realizarse caso por caso, teniendo en cuenta, por una parte, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, por otra, las circunstancias específicas que concurren en el supuesto examinado».

Es obligado también referirse a las **relaciones entre el principio de seguridad jurídica y las leyes presupuestarias**, por más que sea en otro lugar de esta obra donde dichas cuestiones se traten con profundidad. Como se recuerda en la STC 3/2003 (FJ 10), «el principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional», doctrina que, como es sabido, aunque reiterada hasta la saciedad por el Tribunal Constitucional, no ha dejado de contar con muy importantes discrepancias entre prestigiosos constitucionalistas miembros del mismo (señaladamente, los Magistrados López Guerra y Cruz Villalón, en el Voto Particular a la STC 178/1994, de 16 de junio). De interés es también la declaración que se hace en el FJ 4 de la STC 238/2007, de 21 de noviembre, «La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE». Y añade la STC 9/2013, de 28 de enero, FJ 3: «Dicho de otra manera, la ley de presupuestos, o

innova el ordenamiento jurídico expresamente y con carácter de permanencia —lo que solo es constitucionalmente admisible cuando la previsión reformadora pueda formar parte del contenido que es propio de este tipo legislativo— o concreta, mediante las correspondientes partidas, las consecuencias que el ordenamiento jurídico vigente proyecta sobre el presupuesto, sin que en este caso sus disposiciones puedan ejecutar modificaciones implícitas».

Finalmente, debe señalarse que desde la STC 136/2011, de 13 de septiembre, el Tribunal Constitucional viene considerando que no vulneran el principio de seguridad jurídica las denominadas **leyes de acompañamiento**. Señala así, en su FJ 9, que «Por lo demás, tampoco puede aceptarse como válida la pretendida inseguridad de origen de la ley impugnada por tratarse, según la definen los Diputados recurrentes, de una ley de contenido indefinido, sin objeto predeterminado, pues la norma tiene un objeto que, aunque heterogéneo, está perfectamente delimitado en el momento de presentación del proyecto al Congreso de los Diputados, teniendo todos sus eventuales destinatarios (operadores jurídicos y ciudadanos) conocimiento del mismo mediante su publicación en el “Diario Oficial de las Cortes Generales”, como finalmente tienen conocimiento del texto definitivo mediante su inserción en el “Boletín Oficial del Estado”». La doctrina no está exenta de polémica, como lo demuestra el voto particular que formuló a esta Sentencia el Magistrado Aragón Reyes.

VIII. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

No hace falta destacar la **esencial importancia** que en un Estado democrático de Derecho tiene la consagración de la posibilidad de exigir la responsabilidad de los poderes públicos por sus acciones u omisiones. Tampoco parecen necesarios demasiados razonamientos en torno a que este principio de responsabilidad presenta **una pluralidad de posibles**

manifestaciones, tanto desde un punto de vista objetivo, relativo a la forma o el carácter de esa responsabilidad, como subjetivo, referente a los diversos poderes públicos a los que la misma puede ser exigida. Por eso, es en otras partes de esta obra donde se realiza un examen más detallado de esenciales aspectos de este principio, en cuanto referido, por ejemplo, a la actuación del Gobierno y de la Administración Pública, o de los Jueces y Tribunales o, específicamente, de la Administración de Justicia.

Solo una breve referencia conviene hacer en este momento a la denominada **responsabilidad del Estado legislador**. En este sentido, el Tribunal Constitucional, esencialmente, se ha limitado a reiterar (por todas, STC 112/2006, FJ 21), en relación con el art. 106.2 de la Constitución, que «la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto este en el que no cabe comprender la función del legislador (...). Parece, por tanto, que las Cortes Generales pueden acordar, en todo caso, la exclusión de la responsabilidad del legislador en la compensación de los perjuicios causados por la aplicación de la Ley 21/1997 (...) sin que a ello se oponga la regla prevista en el art. 106.2 CE, porque este precepto no se refiere en ningún caso a las normas con rango de ley».

No obstante, la cuestión no ha dejado de ser abordada por nuestro Tribunal Constitucional de forma si no enigmática, sí imprecisa, en varias ocasiones. Así, ya en la STC 108/1986 se aludió (FJ 22), en relación con el adelanto de la edad de jubilación de determinados funcionarios operado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, a que «Su finalidad evidente (*la de una disposición transitoria de la citada Ley Orgánica*) es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede

suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación» (en análogo sentido, STC 99/1987, FJ 6). Y en la STC 28/1997, de 13 de febrero, se afirma (FJ 7), en relación con una Ley autonómica que no disponía expresamente una fórmula o cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivaban de la misma que «el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que este extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

IX. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

El ATC 72/2008, de 26 de febrero, resume la esencial **doctrina del Tribunal Constitucional** en torno al principio que ahora nos ocupa, que **se ha referido, de modo principal, a la actividad del legislador:**

«En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actividad legislativa, este Tribunal ha reiterado que **el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse sin imponer restricciones indebidas al Poder legislativo y respetando sus opciones políticas**, máxime cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad. De este modo se ha hecho especial incidencia en que en tales casos el análisis se ha de centrar en **verificar si el precepto controvertido establece una discriminación**, que entraña siempre una arbitrariedad,

o bien, si aun no estableciéndola, **carece de toda explicación racional**, lo que también supondría una arbitrariedad, sin que resulte pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. En todo caso, también se ha destacado que no es posible confundir lo que es arbitrio legítimo del legislador con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales.»

El cuidado con que ha de utilizarse el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (cuya utilidad ha sido objeto de encendida polémica doctrinal entre muy distinguidos juristas, como de sobra es conocido) ya fue destacado por la STC 66/1985, de 23 de mayo, que en su FJ 1 afirma que «la noción de la arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley». Asimismo, la STC 108/1986 señala en su FJ 18, que «la calificación de «arbitraria» dada a una ley a los efectos del art. 9.3 exige también una cierta prudencia», que se concreta en los términos que ya hemos expuesto al citar el ATC 72/2008. Y es que como recoge la STC 49/2008, de 9 de abril, en su FJ 5, «el pluralismo político y la libertad de configuración del legislador también son bienes constitucionales que debemos proteger», sin que la arbitrariedad pueda resultar «en ningún caso de una discrepancia política respecto de(l) contenido (*de la ley*)».

Más allá del legislador, la STC 151/1986, de 1 de diciembre, deja claro en su FJ 6 **la aplicación del principio que consideramos a la Administración Pública**, recordando que «no resulta admisible (...) que la Administración elija

libremente, y en la misma resolución, a quiénes aplicar y a quiénes no aplicar la normativa vigente, actuación esta vetada por la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la CE». Y **respecto de los Jueces y Tribunales**, como se analiza en otro lugar de esta obra, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente, impide la arbitrariedad de sus resoluciones, del mismo modo que el principio de igualdad veta la injustificada o arbitraria distinta aplicación de la ley por un mismo órgano judicial en casos sustancialmente idénticos.

Por otra parte, en la STC 181/2000, de 29 de junio, se afirma (FJ 12) «**la estrecha conexión que existe entre el valor justicia del art. 1.1 de la Constitución y el principio de interdicción de la arbitrariedad** de su art. 9.3», de manera que «el valor justicia (...) ha de ser considerado como un concepto tendencialmente abierto y plural. Por ello, este valor superior del ordenamiento operará como un canon complementario, en concurrencia con otros factores de ponderación y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador».

Muy interesantes son las **consideraciones adicionales** que respecto del principio que nos ocupa en relación con la actividad del legislador ha realizado la ya citada **STC 49/2008**. Así, ante una supuesta exigencia de motivación de la decisión del legislador para respetar el considerado principio, el Tribunal Constitucional es rotundo al afirmar (FJ 5) que «**el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración**», de manera que «la ausencia de dicha justificación no pued(e) considerarse generadora de arbitrariedad». Por eso, también, es preciso «que quien invoca la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad lo razone en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada».

En suma, con carácter general, y como ha señalado la STC 13/2007, de 18 de enero, en su FJ 4, es esencial para el adecuado juego del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recordar que «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una **presunción de legitimidad**».

BIBLIOGRAFÍA

BELADÍEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.

— *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2008.

GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del Estado Legislador*, Cedecs, Barcelona, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991.

— *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 2007.

LEGUINA VILLA, J., «Principios Generales del Derecho y Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987.

LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.

PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

REQUENA LÓPEZ, T., *El principio de jerarquía normativa*, Civitas, Madrid, 2004.

RUBIO LORENTE, F., «Principio de legalidad» y «Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad», *La forma del poder, Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

RUBIO LORENTE, F. (e. a.), *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.

De obligada consulta son los trabajos recogidos en «El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones», *Documentación Administrativa*, núms. 263-264, 2002, y en «Seguridad jurídica y aplicación del Derecho», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006.

TÍTULO PRIMERO

DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
PRESIDENTA EMÉRITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El Título Primero de la Constitución proclama «los derechos y deberes fundamentales». Esta es su rúbrica. Sin embargo, no todos los preceptos de este Título reconocen derechos y establecen deberes fundamentales, sino solo los contenidos en su Capítulo II («Derechos y libertades»), y no todos, pues no todos y cada uno de esos preceptos constituyen el tipo de instituciones jurídicas que merecen la calificación de derechos subjetivos fundamentales desde el punto de vista jurídico-constitucional. Hay en este Capítulo mandatos al legislador, deberes de los ciudadanos, principios y garantías institucionales y de instituto, que también son —aunque no sean conceptualmente idénticos, poniendo en marcha una doble garantía, objetiva y subjetiva— o protegen derechos fundamentales (la garantía del matrimonio y el derecho a contraer matrimonio del art. 32, la garantía y el derecho de *habeas corpus* del art. 17.4 y de *habeas data* del art. 18.4, la garantía y el derecho de fundación del art. 34.1, la garantía y el derecho de negociación colectiva del art. 37.1, la garantía y el derecho a la autonomía universitaria del art. 27.10 y los derechos de libertad académica). La opción del constituyente, que ha dado lugar a una regulación rica y compleja tanto en el interior de dicho Capítulo II como en sus relaciones con los demás capítulos en que el Título I se estructura, se explica por múltiples razones, no siendo la de menor importancia la de ordenación y conexión temática. Concurren los cinco capítulos del Título I a definir el sistema

constitucional de derechos fundamentales, comenzando por la titularidad de los derechos fundamentales de los españoles y los extranjeros. El Capítulo I lleva por título «De los españoles y los extranjeros». El Capítulo III contiene «Los principios rectores de la política social y económica». Se destina el Capítulo IV a la regulación «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», mientras que el Capítulo V y último de este Título se ocupa «De la suspensión de los derechos y libertades».

De la importancia de este Título dan cuenta su colocación en la sistemática de la Constitución, que sigue inmediatamente al Título Preliminar, que contiene las decisiones políticas básicas o «bases institucionales» del Estado social y democrático de Derecho en que España se constituye (art. 1.1); su extensión, que es la más larga, con diferencia, de todos los Títulos de la Constitución (arts. 10 a 55); y el grado de detalle y afán de perfeccionamiento de su regulación, fruto del elevado consenso que presidió el debate constituyente en esta parte y explicable como reacción frente al régimen dictatorial anterior. Pero sobre todo la fuerza normativa de sus preceptos que proclaman derechos o libertades fundamentales, de aplicación y efectos inmediatos, y su contenido, que, como ha dicho la jurisprudencia constitucional, expresa la totalidad de las representaciones de valor alcanzadas por la sociedad en un determinado momento de su desarrollo cultural con pre-

tensión de operar en el ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran. Su valor material determina su formalización como derechos fundamentales y su «especial fuerza vinculante» en expresión habitual de la jurisprudencia constitucional; se imponen incondicionadamente a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1) y, con «matizaciones» en las relaciones entre privados pues, como dijo la STC 18/1984, «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social» (FJ 6). Todos los poderes públicos están obligados a respetarlos, tutelarlos y reparar satisfactoriamente sus lesiones, pues «el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución [...]» (STC 245/1991, FJ 4). Tampoco consiente la especial eficacia de los derechos fundamentales factores de disuasión o desaliento de su ejercicio que, como tales, son «indeseables» en el Estado democrático (SSTC 297/2000, 127/2004, 151/2006, 104/2011, 112/2016 o 12/2018).

La configuración constitucional del recurso de amparo como garantía jurisdiccional última de la integridad y eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 30 ha dado lugar a una abundante jurisprudencia constitucional que se ha convertido en el referente inexcusable del entendimiento de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales a lo largo de estos cuarenta años de vida de la Constitución. En este tiempo el legislador ha desarrollado la práctica totalidad de los derechos fundamentales, con la excepción notable del derecho de huelga (art. 28.2), cuya regulación preconstitucional sigue en vigor (el RDL 17/1977, de 4 de marzo), aunque decisivamente afectada por la STC 11/1981, que declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos e interpretó otros de conformidad con la Constitución (continuada esa decisión en la

jurisprudencia constitucional posterior); y del derecho de asociación empresarial (art. 22), todavía regulado en la Ley preconstitucional 19/1977, de 1 de abril de 1977, sobre el «derecho de asociación sindical», a la que remite la Ley Orgánica 2/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, sin perjuicio de su carácter supletorio. También en este tiempo se han producido dos reformas de la Constitución, pero solo la primera de ellas ha afectado a uno de los preceptos contenidos precisamente en este Título I, en su Capítulo I: el art. 13.2. La Reforma se produjo el 27 de agosto de 1992 por la vía del art. 167 de la Constitución por causa y con carácter previo a la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea (hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992) de acuerdo con las previsiones del art. 95 y la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio. El Tribunal Constitucional declaró que el futuro art. 8. B), ap. 1, del Tratado Constitutivo de la entonces Comunidad Económico Europea, reformado por el art. G. C del Tratado de la Unión Europea, se oponía al art. 13.2 de la Constitución, al atribuir el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión no nacionales españoles en elecciones municipales. Tras la Reforma el art. 13.2 de la Constitución ha incorporado el derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales, junto al activo que ya figuraba en el texto inicial, remitiendo su reconocimiento a los extranjeros a «lo que pueda establecerse» por los tratados o a la ley, atendiendo a criterios de reciprocidad.

La Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, admitió la coincidencia de los derechos fundamentales de nuestra Constitución con los que proclamaba el malogrado Tratado por el que se instituyó una Constitución para Europa (Roma, 2004), oponiendo precisamente la garantía de aquellos como uno de los límites materiales implícitos de la operación de cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización internacional como la Unión Europea autorizada por el art. 93 de la

Constitución, y de la integración consiguiente del ordenamiento de la Unión en nuestro ordenamiento constitucional. Producida esa integración, la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino los Tratados, si bien la Constitución exige que el ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos (FJ 2).

2. El reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales es parte o contenido esencial de la Constitución. Los derechos fundamentales instrumentan jurídicamente la libertad de la persona y su estatuto jurídico frente al Estado, su condición de sujeto de derechos y del ordenamiento jurídico, y no de mero objeto, y fijan límites a los poderes públicos. Sin esa parte no hay una verdadera Constitución, y sin Constitución no hay derechos fundamentales, de modo que aquella y estos son indisolubles (como también lo han sido en el constitucionalismo histórico, no obstante el diferente valor jurídico de los derechos fundamentales y de las Constituciones del Estado liberal: F. TOMÁS Y VALIENTE, «Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español», en *Códigos y Constituciones*, Alianza, Madrid, 1989). Se trata de la parte que algunos autores denominan sustancial o material de la Constitución, en la que la supremacía formal de la Constitución es también supremacía material. En una Constitución como la española de 1978 que «constituye» a España en un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.1), el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales proporciona a aquella «su más profunda justificación democrática, en razón no ya del procedimiento y raíz (poder constituyente democrático), sino de su contenido material» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución; escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1995).

Fuera de su división en capítulos, el Título I arranca con un precepto de alcance general, el art. 10, con dos apartados de contenido bien diverso.

El ap. 1, siguiendo, como modelo más próximo el de los arts. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949), otorga a los derechos fundamentales la condición de fundamento del orden político y de la paz social a partir de la dignidad de la persona, que no es en la Constitución un derecho subjetivo, sino un valor superior (un «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»: STC 53/1985, FJ 11), sustento de la libertad personal y fundamento, a su vez, de los derechos fundamentales, que adquieren sustantividad propia en el sistema de valores y principios consagrados en la Constitución. De ahí la doble condición de los derechos fundamentales, sostenida ya por la primera jurisprudencia constitucional (a partir de la STC 25/1981) y mantenida a lo largo de los años, como derechos subjetivos, expresión de la dignidad humana con la que todos los derechos fundamentales se relacionan en mayor o menor grado de intensidad («le son inherentes») y a la que todos los derechos fundamentales sirven para, sin abandonar esa relación insuprimible con la dignidad de la persona, permitir el «libre desarrollo de la personalidad» y la participación en los distintos ámbitos de la vida social, y como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica [...]», «siendo decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas» como «elemento unificador», por lo que al Estado corresponde la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (art. 149.1.1.^ª CE). De ahí también, y de la afirmada condición de «inviolables» de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, «la posición preferente» de que gozan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional (a partir de la STC 114/1984), del que son su esencia misma y su «fin», por cuanto «persiguen la efica-

cia en la realización de sus objetivos, lo que les vincula con la realidad del poder, aunque surjan para limitarlo, con un poder institucionalizado», capaz de asumir los valores morales que fundamentan los derechos y convertirlos en «valores políticos, objetivos o fines» de ese poder político (G. PECES BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004), lo que compete especialmente al legislador democrático, que recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas» (STC 181/2000, FJ 8). Enlaza ello con la denominada «dimensión positiva» de los derechos fundamentales orientada a su plena efectividad tanto frente a los poderes públicos como en las relaciones entre privados, convirtiéndose así la ley en el complemento indispensable de los mandatos que la Constitución incorpora (SSTC 119/2001, FJ 5; 16/2004, FJ 3; 150/2011, FJ 5, 173/2011, FJ 3), y con el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en sentido (más) favorable a esa efectividad, esto es, restrictivo de los límites a su ejercicio, exigido el mayor favor de la interpretación para los derechos de participación política del art. 23 por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político.

En su condición de elementos esenciales del ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales sustantivos adquieren, ha dicho el Tribunal Constitucional, una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, bien de los procedimientos de creación de normas jurídicas, bien de los de su aplicación, de modo que ninguno de ellos será constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o los menoscaba o vulnera en sus conclusiones (SSTC 81/1998, 239/1999). Consecuentemente, su defensa y protección es base fundamental de la organización del Estado social y democrático de Derecho.

El ap. 2 del art. 10 establece la conexión entre nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades y la Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios y tratados in-

ternacionales sobre los mismos ratificados por España, instrumentos internacionales que han sido, por lo demás, inspiradores directísimos de la Constitución, expresando así el constituyente la voluntad de la Nación española de incorporarse al orden internacional de valores que los derechos fundamentales y su protección y defensa representan.

Sin otorgar rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los textos internacionales —con las consecuencias que ello conlleva en el sistema de justicia constitucional: su presunta vulneración no puede fundamentar aisladamente pretensión alguna ante la jurisdicción constitucional, ni de inconstitucionalidad ni de amparo—, el art. 10.2 obliga a interpretar los preceptos de la Constitución sobre derechos fundamentales de acuerdo con aquellos textos internacionales, con lo que, como viene señalando el Tribunal Constitucional, «en cierto modo» el contenido de los derechos proclamados internacionalmente se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades del Capítulo II. De ese modo, también los textos internacionales establecen límites al legislador de los derechos fundamentales; y, por tanto, al legislador de los derechos fundamentales de los extranjeros en España (art. 13.1; STC 236/2007); y, naturalmente, a su aplicación judicial. Ello no impide la existencia de diferencias que, si se dan, son puestas de manifiesto: el derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18.1 no comprende un «derecho a la vida familiar» como el que reconoce el TEDH al interpretar el art. 8.1 del CEDH y el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, ha señalado la jurisprudencia constitucional. Pero ello no significa que la vida familiar carezca de protección en nuestro sistema constitucional, aunque no como derecho fundamental [en los principios de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE)] (SSTC 186/2013, FJ 7; 131/2016, FJ 6), y no podría dejar de subrayarse, además de la coincidencia sustancial

de los órdenes, internacional y constitucional, de reconocimiento de los derechos, la influencia cierta de los tratados y acuerdos internacionales y de la interpretación efectuada por sus propios órganos de garantía en la determinación del sentido de los derechos fundamentales y libertades constitucionales por su intérprete más autorizado o «supremo» (LOTIC, art. 1.1). Es sabido que la jurisprudencia del TEDH, a la que corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo, ha ejercido una influencia de primer orden en la del Tribunal Constitucional, hasta el punto de motivar en algún caso la modificación de su inicial interpretación constitucional [en la definición de los derechos a un proceso con todas las garantías, y entre ellas la garantía de inmediación en el proceso penal, y sin dilaciones indebidas, a la vida y a la integridad física, a la privacidad o vida privada, esto es, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal, o a la libertad de expresión de los arts. 24.2, 15, 18.1, 3 y 4, y 20.1.a) de la Constitución, por citar ejemplos especialmente significativos], sin entrar ahora en el problema de los efectos «obligatorios» y «vinculantes» de las Sentencias del TEDH declarativas de la violación de un derecho reconocido por el CEDH en el orden interno (SSTC 245/1991, 240 y 313/2005, 197/2006). También ha seguido la jurisprudencia constitucional los criterios del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (a propósito del derecho a la revisión judicial de una condena penal o «derecho a la doble instancia penal» del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: SSTC 70/2002 y 116 y 136/2006).

El art. 10.2 ha constituido también una importante vía de penetración del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que, como es conocido, ha reconocido como principios generales del Derecho de la Unión los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y por las tra-

diciones constitucionales comunes de los Estados miembros, tal como hoy proclama el art. 6.3 del TUE. Además, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Estrasburgo, 2007), que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.2 del TUE), aunque los derechos de la Carta se dirigen a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1). La jurisprudencia constitucional ha ensanchado la cláusula de apertura del art. 10.2 para atribuir ese cualificado valor interpretativo también a las normas del llamado Derecho derivado, bien que no sean tratados o acuerdos internacionales. La huella de la eficacia interpretativa del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE es igualmente visible en la jurisprudencia constitucional (en la definición del derecho a la prohibición de discriminaciones, directas e indirectas, del art. 14 de la Constitución, particularmente por razón de sexo femenino, por recurrir de nuevo a un ejemplo bien conocido).

Además, el Tribunal Constitucional, reconociéndose como «órgano jurisdiccional» en el sentido de lo dispuesto en el art. 267 del TFUE, ha planteado cuestiones de prejudicialidad al TJUE sobre normas de Derecho de la Unión Europea que protegen derechos fundamentales y regulan la orden europea de detención y entrega, respondidas en la STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*. Con la interpretación del TJUE sobre los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el art. 6 del CEDH, interpretado por el TEDH, el Tribunal Constitucional ha revisado su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que despliega eficacia *ad extra*, y cuya lesión por las autoridades extranjeras determina su vulneración indirecta por parte de los poderes públicos españoles (STC 26/2014).

Numerosas son las decisiones de la jurisprudencia constitucional sobre la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por la decisión de los jueces y Tribunales españoles de inaplicar el Derecho de la Unión Europea y de no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE y por la falta de motivación de esa decisión (SSTC 145/2012, 232/2015, 135/2017, 22/2018).

3. La división interna del Capítulo II en dos secciones, la primera para recoger «los derechos fundamentales y las libertades públicas», y la segunda dedicada a «los derechos y deberes de los ciudadanos», dio lugar a una importante controversia doctrinal sobre el valor normativo de los preceptos constitucionales y su posible jerarquización y en relación con el concepto mismo de derechos fundamentales. Esa división interna se proyecta inmediatamente sobre «las garantías de las libertades y derechos fundamentales», contenido de su Capítulo IV, y, en concreto, sobre su decisivo art. 53. El art. 53.2 dota a los derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1.^a [arts. 15 a 29; lo que reitera el art. 161.1.b) al determinar la competencia del Tribunal Constitucional] de una específica y propia protección jurisdiccional, en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, recurso que extiende a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. Afecta también la división del Capítulo II a otros preceptos de la Constitución, incidiendo en el sistema de producción normativa. El desarrollo directo de los derechos de la Sección 1.^a se sujeta a la reserva específica de ley orgánica (art. 81.1), no siendo posible la delegación legislativa para regular esos derechos (art. 82.1). Por último, su reforma, que se equipara a la «revisión total» de la Constitución, debe encauzarse a través del procedimiento reforzado del art. 168, que otorga un alto grado de rigidez, una gran resistencia a la reforma constitucional, a los preceptos constitucionales que consagran estos «derechos fundamentales y libertades públicas».

Pero aun teniendo en cuenta estas especificidades del régimen jurídico constitucional de

los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto, que revela palmaria-mente la trascendencia que el constituyente les ha atribuido al dotarles de una protección constitucional reforzada o cualificada, ni el texto de la Constitución ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque otra cosa pudiera parecer en alguna de sus sentencias, han establecido una relación de jerarquía entre los preceptos constitucionales —ni entre los derechos fundamentales, como veremos— y, en la misma, de superioridad en favor de los preceptos de la Sección 1.^a —y de los derechos fundamentales en ella comprendidos—. La jurisprudencia constitucional interpreta la Constitución como un todo, como un sistema coherente y armónico en el que todos los preceptos tienen el mismo rango, alcanzando cada uno de ellos valor y sentido en función de los demás (SSTC 206/1992, 12/2008). Los propios preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales y estos mismos, reposando sobre el sustrato axiológico de los arts. 1.1, 9.2 y 10.1, integran una unidad sistemática.

La división de los derechos y deberes fundamentales en las dos citadas secciones no tiene consecuencias, en cambio, en la regulación constitucional de su suspensión, en que la técnica que utiliza el art. 55 consiste en relacionar los derechos reconocidos en determinados preceptos constitucionales, con independencia de su ubicación en la correspondiente sección, para autorizar su suspensión cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (art. 116). Esos derechos son los reconocidos en los arts. 17 (libertad personal, garantías de la detención preventiva, información de derechos y de las razones de la detención, asistencia de abogado, procedimiento de *habeas corpus*, garantías de la prisión provisional), 18.2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de la comunicaciones), 19 (libre elección de residencia y de circulación por el territorio español, libre entrada y salida de España), 20.1.a) y d) y 5 (libre información y libre ex-

presión y garantía judicial del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información), 21 (reunión y manifestación), 28.2 (huelga) y 37.2 (adopción de medidas de conflicto colectivo por los trabajadores y los empresarios). La Constitución llama a la ley orgánica para determinar la forma y los casos en los que los derechos de los arts. 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos «de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario [...] para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», añadiendo que la utilización «injustificada o abusiva» de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica dará lugar a responsabilidad penal «como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes» (art. 55.2). Ciertamente que esos derechos pertenecen en su mayor parte a la Sección 1.^a (solo el derecho del art. 37.2 se contiene en la Sección 2.^a). Pero este hecho no impide concluir que la Constitución no ha recurrido en este caso —no podía hacerlo a la vista de la finalidad de la regulación contemplada— a la fórmula de diferenciar esos derechos en virtud de las secciones a las que están respectivamente acogidos.

Tampoco atiende la Constitución a la división en secciones de los derechos fundamentales para: a) establecer límites materiales al dictado por el Gobierno de decretos-leyes, que no pueden «afectar [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I [...]» (art. 86.1); b) definir la función institucional del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, de defensa de los derechos comprendidos en el Título I (art. 54); c) exigir la previa autorización de las Cortes Generales a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios cuando dichos tratados o convenios «afecten [...] a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I» [art. 94.1.c)], y d) atribuir competencia exclusiva al Estado para regular «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» (art. 149.1.1.^a). Ni tampoco, cuestión verdaderamente esencial, para afirmar la vinculación de todos los poderes públicos a «los derechos y libertades reconocidos» en el Capítulo II del Título I, la reserva legal general que recae sobre la regulación de su ejercicio, que «solo» puede efectuarse por la ley, y la sujeción del legislador al respeto de «su contenido esencial», sometido en ello al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional [art. 161.1.a), al que remite el art. 53.1].

Esta es la razón de que los derechos reconocidos como tales en el Capítulo II respondan a la categoría de derechos fundamentales. Preexisten y vinculan al legislador en su contenido esencial («son resistentes, en su contenido esencial, a la acción legislativa»), diferenciándose los reconocidos en la Sección 1.^a en su régimen reforzado de protección constitucional y de garantías jurisdiccionales. Y esta es también la razón de que «los principios rectores de la política social y económica» del Capítulo III no sean derechos fundamentales, pese a que en ocasiones se formulen como tales derechos en el lenguaje constitucional (caso de los derechos a la protección de la salud, al acceso a la cultura, a un medio ambiente adecuado, a una vivienda digna y adecuada de los arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47; son «derechos aparentes»: J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999), pues «solo» pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección constitucionales informen «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3).

La primera jurisprudencia constitucional, a propósito de los derechos reconocidos en los arts. 28.2 y 37.2, efectuó su contraposición a partir de su colocación respectiva en la Sección 1.^a, «que versa sobre los derechos funda-

mentales», y en la Sección 2.^a, «que habla simplemente de los derechos de los ciudadanos», calificando el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo del art. 37.2 de la Sección 2.^a como desprovisto de «aquella categoría» (STC 11/1981, FJ 22). La concepción estricta de los derechos fundamentales, circunscrita a los reconocidos por los preceptos de la Sección 1.^a, está también en la doctrina sobre la prohibición constitucional de la prueba obtenida con causa ilícita, esto es, con vulneración «de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución», construida como garantía de estos derechos y consecuencia obligada de la nulidad radical de todo acto, público o privado, que los vulnere, y sobre su posición «preferente» en el ordenamiento (STC 114/1984). Y aunque en la expresión de la jurisprudencia constitucional se encuentre en ocasiones la calificación de «derechos constitucionales», y no de derechos fundamentales, referida a los reconocidos en preceptos de la Sección 2.^a (a propósito del derecho a contraer matrimonio del art. 32.1, por ejemplo), reservándose la calificación de derechos fundamentales para los dotados del máximo nivel de protección constitucional, tales calificaciones cobran sentido en la definición del ámbito objetivo del recurso de amparo en la que es frecuente que la jurisprudencia constitucional niegue a los derechos de dicha Sección 2.^a —o a los valores y principios consagrados en el Título Preliminar o en el art. 10— su configuración como fundamentales «en el lenguaje constitucional a los efectos de una protección más intensa» (SSTC 166/1993 y 28/1994, FJ 1) mediante la exigencia de ley orgánica para su desarrollo y una más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal específico ante la jurisdicción ordinaria y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Volviendo a las relaciones entre los derechos a la adopción de medidas de conflicto colectivo y de huelga, las posteriores SSTC 123/1992 y 33/2011 dirán que la Constitución ha desgajado de aquel genérico derecho un derecho específico, el derecho de huelga, para colocarlo en lugar pre-

ferente, el art. 28, confiriéndole —como a todos los de su grupo— una mayor consistencia, que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal *ad hoc* en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo constitucional (arts. 53, 81 y 161 CE). Su singular preeminencia deriva, pues, de su más intensa protección constitucional. Cabe, pues, decir que la opción divisoria del constituyente ha sido reconducida hacia la concepción sustantiva de los derechos fundamentales en la que, siendo su contenido esencial expresión positiva de la supremacía normativa de la Constitución, se impone al legislador y supone un límite infranqueable a su poder de disposición o configuración normativa según el libre juego de opciones políticas e ideológicas que representen las mayorías que en cada momento encarnen el poder legislativo. En palabras de la célebre Sentencia del Tribunal Supremo americano (caso *Departamento de Educación de Virginia del Oeste v. Barnette*, de 1943), los derechos fundamentales reconocidos o creados por la Constitución no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna votación.

En definitiva, una y otra Sección integran con igual supremacía normativa los derechos y libertades fundamentales cuando sus preceptos —atendiendo a sus términos— reconocen derechos fundamentales, desde el momento en que tienen la triple condición que les dispensa el art. 53.1: a) regulación de su ejercicio reservada a la ley; b) respeto de su contenido esencial por su regulación legal, y c) vinculación a todos los poderes públicos. Lo que no significa desconocer la singular configuración constitucional de los derechos fundamentales de la que forma parte su respectiva incardinación en las dos secciones de del Capítulo II del Título I, esto es, la superior protección constitucional y jurisdiccional de los derechos de la Sección 1.^a, su habitual consideración por la jurisprudencia constitucional como «núcleo especialmente protegido», protección a la que la jurisprudencia constitucional reconoce la

importancia que merece en nuestro sistema constitucional, pues las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son igualmente capitales en el Estado social y democrático de Derecho.

La colisión entre derechos acogidos a las diferentes secciones —los derechos reconocidos en preceptos de la Sección 2.^a pueden acceder al recurso de amparo si la denuncia de su lesión acompaña a la de derechos a la igualdad en la ley y en su aplicación y a la no discriminación consagrados en el art. 14 o en preceptos de la Sección 1.^a como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 o el derecho de libertad sindical del art. 28.1—, o a la misma Sección —1.^a, de plantearse el problema por la vía del recurso de amparo; no si la colisión de derechos se suscita en otros procesos constitucionales—, se resuelve en cada caso por el Tribunal Constitucional a través de un juicio de ponderación —que lo es, en esencia, de proporcionalidad— del que son criterios básicos que, no siendo ningún derecho fundamental ilimitado pese a su natural vocación expansiva, ninguno de ellos quede privado de contenido —criterio exigido por el principio de unidad de la Constitución y por el valor mismo de los derechos fundamentales que no admiten restricciones tan intensas que sean intolerables para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho— a la luz del contenido esencial que define y les garantiza la Constitución, interpretado en su caso de acuerdo con las normas internacionales llamadas por el art. 10.2, y atendiendo a su doble significación complementaria: a su grado de vinculación con la dignidad personal (dimensión subjetiva del derecho) y con los valores y principios esenciales del orden democrático representativo, pluralista y participativo al que los derechos fundamentales son consustanciales (dimensión objetiva del derecho).

A una lógica diferente, aunque próxima por cuanto se asienta en las relaciones entre la Constitución y la actividad legislativa de ordenación de los derechos fundamentales,

responde la concepción doctrinal de los denominados derechos fundamentales de configuración legal. Son derechos fundamentales cuya delimitación, de su contenido y perfiles concretos, se encomienda a la ley (y, en su caso, a los reglamentos parlamentarios). Los derechos de participación política reconocidos en el art. 23 (en particular, en el art. 23.2), los derechos de los asociados (y afiliados a partidos políticos y a sindicatos) frente a la asociación (y al partido y al sindicato) de los arts. 22 y 28, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las garantías procesales del art. 24, a los que se añade el derecho a la justicia gratuita garantizado por el art. 119, el derecho a la autonomía universitaria del art. 27.10, los derechos adicionales de los integrantes del contenido esencial del de libertad sindical del art. 28.1, o el derecho a la negociación colectiva laboral del art. 37.1 (SSTC 119/2014 y 8/2015), pertenecen a este tipo de derechos, categoría a la que también responden los derechos *constitucionales* de los extranjeros en España (art. 13.1; no, obviamente, los derechos de atribución legal a los extranjeros en España cuando la Constitución lo permite: SSTC 107/1984, 115/1987, 236/2007 y 259/2007, 17/2013, 155/2015; DTC 1/1992). La «función creadora» del legislador en la delimitación misma del contenido de estos derechos y de las condiciones de su ejercicio, sujeta necesariamente al respeto de su contenido constitucional indisponible, no impide la función que corresponde al Tribunal Constitucional de control de su configuración legislativa y, en su caso, de su interpretación judicial a través del recurso de amparo, aunque los planos de la constitucionalidad y de la legalidad, de alcance siempre controvertido, desenvuelvan aquí sus relaciones, reconociendo el Tribunal Constitucional ese mayor margen de libertad de configuración del legislador, pero advirtiendo acerca de la naturaleza fundamental de los derechos. Al Tribunal Constitucional le está reservada, con autoridad suprema, la delimitación de su propia jurisdicción y la fijación de los límites entre la constitucionalidad y la legalidad (art. 4.1 LOTC).

4. Conviene detenerse brevemente en los principios rectores de la política social y económica, técnica de reconocimiento con ese valor de principios, que no de derechos fundamentales, de los derechos económicos y sociales, derechos «débiles» en los textos internacionales tradicionales, que acostumbran a separar, dotando de valor y garantías diferenciadas, los derechos civiles y políticos «fuertes», aplicables y ejercitables judicialmente (justiciables) de manera directa e inmediata a partir de su propio contenido constitucional o esencial y consagrados de antiguo en las Constituciones de países democráticos, de estos últimos, de difícil contenido oponible a todo legislador e insusceptibles de aplicación y de defensa judicial sin ley que los desarrolle, aunque puedan ser considerados como condición previa para el goce de aquellos. Es el caso, en el seno del Consejo de Europa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950, de un lado, y de la Carta Social Europea de 1961, de otro; y de los Pactos de Naciones Unidas de 1966, uno de derechos civiles y políticos y otro de derechos económicos, sociales y culturales, si bien Naciones Unidas proclama en sus textos, como debe ser, la indivisibilidad e interdependencia de estos dos conjuntos de derechos, que aparece ya con claridad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque esta distingue entre derechos y principios, alegables estos últimos ante un órgano jurisdiccional a través de los 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, en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos (art. 52.5). Por su parte, nuestra Constitución reconoce como derechos fundamentales, en el núcleo especialmente protegido que significa la Sección 1.^a, algunos que acostumbran a calificarse como económicos y sociales en los instrumentos internacionales y en la cultura de los derechos (por ejemplo, los derechos a la educación o el derecho de huelga).

Enuncian estos principios rectores, esenciales en el Estado social y democrático, deberes de los poderes públicos, y de manera señalada mandatos al legislador, garantías que han de ser tuteladas por aquellos, pero no de derechos subjetivos. Obviamente, su vulneración por las leyes que los desarrollen está también abierta al recurso de inconstitucionalidad, aunque el ap. 3 del art. 53 de la Constitución no contenga una remisión expresa al art. 161.1.a), como en cambio contiene su ap. 1. Es la consecuencia del carácter de norma suprema de la Constitución, predicable de todos sus preceptos sin excepción, y también en consecuencia de los de este Capítulo III, que no son «meras normas sin contenido» (STC 95/2000, FJ 5), sino que tienen la virtualidad interpretativa de las restantes normas constitucionales y de las leyes, estatales y autonómicas, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos que les atribuye el art. 53.3, si bien la naturaleza de los «principios rectores» imprime alguna singularidad al juego de los procesos de control de la constitucionalidad de la ley, como la de «hacer improbable» —no imposible, como demuestra la STC 45/1989— la consideración de inconstitucionales por omisión de las normas legales que desatiendan el mandato en que esos principios en su caso se concretan. La jurisprudencia constitucional sobre este extremo es abundante a partir de la citada STC 45/1989. También lo es la que relaciona estos principios con los derechos fundamentales: con los derechos a la vida y a la integridad física del art. 15.1 (el derecho a la protección de la salud del art. 43; SSTC 62 y 160/2007, 37/2011); con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 en su manifestación de derecho a la obtención de una resolución fundada en Derecho y provista de una motivación justificada y razonable, que no lo será si en su interpretación de la legalidad desconoce cualesquiera normas constitucionales sobre derechos fundamentales y realiza valores contrarios a los constitucionales (SSTC 95/2000, 192/2003, 3/2007, 92/2008 corregida por la STC 173/2013); con el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1, resultando

imprevisible por axiológicamente irrazonable una interpretación de los tipos sancionadores desconocedora de estos principios constitucionales; y, singularmente, con el derecho a la igualdad, tanto en su vertiente de igualdad en la ley como en la aplicación de la ley, y con el derecho a la prohibición de discriminaciones del art. 14, precisados para su efectividad del cumplimiento por los poderes públicos del deber de establecer medidas para alcanzar la igualdad real (art. 9.2), dado que varios de esos principios rectores tienen precisamente como función, según advierte el Tribunal Constitucional, la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección en su condición de grupos históricamente desfavorecidos: menores y madres (art. 39), personas con discapacidad (art. 49), mayores (art. 50). Pues bien, estas referencias constitucionales específicas a determinados colectivos personales no solo permiten, sino que imponen en ocasiones, el establecimiento de tratamientos diferenciadores, positivos o favorables (acciones afirmativas o positivas), acogidos al art. 9.2, que no se oponen a las exigencias de igualdad del art. 14, aunque impliquen desigualdad (SSTC 190 y 274/2005, 12/2008, 13/2009, 40/2011).

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido y tiene relevancia suma en la interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales y en la delimitación de sus titulares (españoles, extranjeros, personas jurídico-privadas; excepcionalmente, personas jurídico-públicas). Y aunque esa jurisprudencia se ha sentado a través de los distintos procedimientos de que conoce el Tribunal Constitucional, y en concreto de los de control de la ley, no puede dejar de reiterarse que el recurso de amparo ha constituido un instrumento procesal decisivo para esa interpretación. A lo largo de treinta y ocho años de jurisprudencia constitucional el Tribunal Constitucional ha definido el contenido esencial de los derechos fundamentales y libertades públicas, haciendo real el Estado social y democrático de Derecho y viva la norma suprema que lo ha fundado y regula. A través

del recurso de amparo el Tribunal Constitucional ha constitucionalizado la vida pública, y también la «vida social», extendiendo la eficacia y aplicación directas de ciertos derechos fundamentales, sin necesidad de ley que los desarrolle, a los sujetos privados y a las relaciones entre ellos, y su defensa y protección mediante el recurso de amparo a través del acto interpuesto de un poder público, normalmente el judicial (art. 44 LOTC). Ello es patente en los conflictos entre los derechos a la libre información y expresión del art. 20.1.a) y d) y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal del art. 18.1 y 4; y entre los derechos fundamentales de los trabajadores y los empresarios en las relaciones laborales.

El principio de igualdad, rasgo en sí mismo definitorio, según determinados entendimientos, del concepto mismo de derecho fundamental, que, para ser tal, ha de corresponder a todas las personas o, en su caso, a todos los ciudadanos, o a grupos de personas o ciudadanos caracterizados por determinadas particularidades, en condiciones de igualdad, ha adquirido una importancia capital también para la definición del contenido mismo y disfrute de los derechos fundamentales. El de igualdad es un valor superior del orden constitucional (art. 1.1) que exige la proyección universal de ciertos derechos al reclamarlo así la dignidad de la persona en su condición radical de ser racional igual y libre, de suerte que a su proyección universal se añade el necesario contenido igualitario de tales derechos (atendiendo al tipo abstracto de cada derecho y a los intereses protegidos; a su naturaleza y contenido constitucional); para otros derechos, la noción de igualdad es consustancial al estatuto de ciudadanía. El derecho a la igualdad formal que el art. 14 de la Constitución reconoce en su cláusula general a los españoles —sin que ello signifique que la desigualdad de trato entre españoles y extranjeros o entre estos según su estatuto jurídico administrativo sea en todo caso constitucionalmente legítima— y se traduce en que

las situaciones iguales han de ser igualmente tratadas, sin diferencias irrazonables o arbitrarias, se conecta con el mandato de igualdad real o sustancial del art. 9.2 y con el valor superior de igualdad del art. 1.1, que, junto con los de libertad, justicia y pluralismo político, caracterizan la forma de Estado social y democrático de Derecho (STC 216/1991). Esa igualdad sustancial, efectiva, que supera su visión estrechamente formalista, actúa en beneficio de la equiparación material, aboca en su caso a la producción de un Derecho diferente y es un elemento definidor de la noción de ciudadanía (STC 12/2008), se añade a la prohibición de discriminaciones por las causas proscritas —en lista no cerrada— en el art. 14 que representan diferencias históricas arraigadas causantes a determinados colectivos sociales de desigualdades intolerables por contrarias a la dignidad personal (por causa de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», como la orientación sexual, la discapacidad o la enfermedad en determinadas circunstancias: SSTC 41/2006, 62/2008) y opera con igual finalidad equiparadora. En suma, el mandato constitucional de trato igual de los iguales y la prohibición de discriminaciones se completan con el de trato desigual de los desiguales, sin el que la igualdad real se hace imposible. Afecta ello decisivamente a las mujeres, colectivo históricamente discriminado, que el propio Derecho antidiscriminatorio oculta al referirse a la prohibición de discriminación genérica por sexo, y no por sexo femenino, causa de discriminación tradicional y extendida de virtualmente la mitad de la población, que suele entrecruzarse con otras prohibidas (origen étnico, edad, discapacidad...), dando lugar a discriminaciones múltiples de las mujeres.

6. El reconocimiento de los derechos fundamentales es cerrado en la Constitución, en concreto en el Capítulo II de su Título I, sin perjuicio del derecho a la gratuidad de la justicia de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar del art. 119 y de la integración en aquellos preceptos de los contenidos

de otros preceptos constitucionales. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha permitido progresivamente entendimientos sistemáticos y nuevos de los preceptos constitucionales sobre estos derechos, y en relación con otros preceptos de la Constitución situados fuera de los citados Capítulo y Título, para construir el sistema unitario de derechos fundamentales y atender realidades que no fueron expresamente previstas por ella. Sin hacer una relación exhaustiva, el derecho a la revisión por un Tribunal superior de una condena penal afirmado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y considerado por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental contenido, entre otros, en la referencia del art. 24.2 de la Constitución a «todas las garantías» del proceso penal (SSTC 42 y 51/1982, 171/1991), la inserción del derecho a no ser sancionado dos veces (*bis*) por lo mismo (*idem*) en el contenido del art. 25.1 (STC 1/2003), la extensión del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 al derecho a permanecer en su desempeño (a partir de la STC 5/1983), la inclusión del derecho a la «garantía de indemnidad» frente a represalias por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1, en las relaciones laborales y funcionariales, como derecho sustantivo en el seno de ese mismo precepto constitucional (desde la STC 7/1993), la delimitación de los diferentes derechos integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión del propio art. 24.1 y la incorporación a ese mismo precepto del derecho a la asistencia jurídica gratuita garantizado por el art. 119 como derecho instrumental al de acceso a la jurisdicción (STC 117/1998), así como la construcción del derecho fundamental a la protección de datos personales frente a la informática o «derecho a la libertad informática» en el art. 18.4 (STC 290/2000), son de obligada cita. También lo es la interpretación integradora que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional para comprender en el contenido esencial del derecho de libertad sindical del art. 28.1 el libre ejercicio de la actividad de los sindica-

tos (art. 7) con la correspondiente «garantía de indemnidad» derivada de ese ejercicio (a partir de las SSTC 38/1981 y 70/1982), así como los derechos de negociación colectiva y de adopción de medidas de conflicto colectivo del art. 37.1 y 2 cuando son ejercidos por los sindicatos, o incluso, en ciertos casos y siempre con el presupuesto de su ejercicio por sujetos sindicales, la participación en la empresa que el art. 129.2 se limita a ordenar promover a los poderes públicos, derechos que han accedido de este modo a la protección del recurso de amparo (SSTC 4 y 118/1983, 191/1996, 203/2015).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de manifiesto la capacidad de la Constitución, ciertamente de su Título I, para las nuevas cuestiones de nuestro tiempo, como la incidencia en los derechos fundamentales de los riesgos surgidos de una sociedad tecnológicamente transformada (SSTC 119/2001, 281/2005, 115/2013, 199/2013) y la inmigración, regular e irregular, en su irrupción masiva también ante la jurisdicción constitucional (STC 236/2007), por señalar fenómenos socia-

les relevantes y notorios. El Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), define y redefine el contenido constitucional de los derechos fundamentales, nunca de manera irreversible y normalmente en el marco de una jurisprudencia evolutiva que, garantizando la vida estable de la Constitución, ofrece nuevos elementos en su interpretación para acomodar las normas constitucionales a las exigencias de su tiempo, pero siempre con el límite de la reforma de sus enunciados y contenidos normativos que solo corresponde al poder de revisión constitucional. La Constitución no admite más reformas que las operadas por los cauces de su Título X. De ahí la necesidad de reforma de los textos constitucionales cuando su capacidad de respuesta y de solución a nuevos problemas políticos y socio-económicos no puede llevarse a término por el Tribunal Constitucional. La garantía de la Constitución que significa la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional se ejerce, como no podía ser de otra manera, dentro de la Constitución y con sometimiento a la misma, que es su canon o parámetro de actuación.

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 materias ratificados por España.

Sumario general:

Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española, por **JAVIER JIMÉNEZ CAMPO**

La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2), por **ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ**

ARTÍCULO 10.1

Sumario: I. Consideraciones generales. 1. Cuestiones de legitimación, de valores y de principios. 2. Facticidad sin normatividad: «orden político» y «paz social». 3. Retórica de los principios constitucionales. Usos enfáticos y usos resolutorios. II. La dignidad de la persona. 1. Entendimiento formal o sustantivo. 2. Empleo jurisdiccional del principio. A) Algunas máximas jurisprudenciales. B) El fundamento de lo fundamental. C) El criterio definidor, poco definido, de los derechos fundamentales de los extranjeros y de los límites iusfundamentales de la extradición. III. Los derechos inviolables e inherentes. IV. El libre desarrollo de la personalidad. 1. Las tres posibles proyecciones del principio y su ocasional mención en la jurisprudencia. 2. Su postulada relación con la llamada «dimensión positiva» de los derechos fundamentales.

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El lenguaje de extrema vaguedad de este precepto pone al intérprete ante algunos dilemas, bien conocidos, abiertos siempre por las cláusulas generales de toda Constitución. Valga la simplificación: o se renuncia a ver en elevadas indeterminaciones de este género nada que no sea el cortejo retórico del contenido constitucional en verdad vinculante; o, peor aun, se admite que lo que hay en ellas es, sin más, un yacimiento de recursos verbales para el arbitrio (para el arbitrio de los jueces, muy en primer lugar); o se emprende, en fin, la tarea de construir su posible sentido preceptivo de manera compatible con lo que sea propio a la democracia constitucional. Que esto último no es un empeño por entero ilusorio lo acredita, por ejemplo, la identificación, hoy comúnmente aceptada, de lo que impone el principio general de igualdad (primer inciso del art. 14 CE), enunciado con palabras no más precisas, desde luego, de las que se leen en el art. 10.1 y formalizado o racionalizado al cabo, pese a ello, en términos que aspiran a ser coherentes, mal que bien, con las **funcio-**

nes respectivas de legislación y jurisdicción. En todo caso, una aproximación crítica a la jurisprudencia constitucional sobre este exordio, de algo fatigosa lectura, al Título I no debiera perder de vista que lo que aquí aparece comprometido o en juego no es solo la preservación del carácter normativo de la Constitución, sino también la de aquella diferenciación funcional, y la del consiguiente **equilibrio institucional, entre el legislador y sus jueces.** Del mantenimiento de dicho equilibrio depende que la jurisdicción de la Constitución sea garantía autolimitada, más que constricción pura y simple, de la democracia constitucional (sobre el asunto, AHUMADA RUIZ, 2005, págs. 126 y ss.).

1. Cuestiones de legitimación, de valores y de principios

Un equilibrio ya desde el inicio en riesgo por la frecuencia con la que no solo en alguna doctrina, sino también en la jurisprudencia constitucional, se identifican sin más como «valores», con cierta desenvoltura, los enun-

ciados del art. 10.1 (entre otras muchas, y como simple ejemplo, STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6: «valor superior de la dignidad humana»). Más allá de la constatación banal de que toda norma jurídica realiza un determinado «valor», lo inquietante viene a ser aquí que la errónea equiparación, en principio inocua, entre **valores y normas** pueda abrir la vía a la generalización de usos lingüísticos que acaben, imperceptiblemente, por llevar al vaciado normativo del precepto, abandonado así, en el caso extremo, al voluntarismo de la subjetividad. «Realizar» y «proclamar» valores son, en el mundo deóntico, acciones, sin embargo, por completo diversas y solo en el primer caso cabe hablar de una prescripción jurídica, esto es, de una prescripción objetivable a través de argumentos susceptibles de algún control racional. Es del todo evidente, por contraste, que el mandato de que el ordenamiento jurídico español ha de ser, valga el ejemplo, «justo» (art. 1.1 CE) tiene un carácter solo político, no jurídico, como político es su destinatario, y también lo es que equiparar a estos «valores superiores» los contenidos del art. 10.1 supondría la anticipada renuncia a su comprensión como principios constitucionales, esto es, como normas que, pese a su enunciado abstracto y general, pueden por sí solas o, más a menudo, en interacción con otras, aportar criterios mensurables para el juicio. Ninguno aporta «valores» como el mentado, por solemne que su declaración sea y pese al notable aplomo con el que, en ocasiones, la jurisdicción apela a unas «pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; en iguales términos, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12) que solo lo son (incontrovertibles) porque, para decirlo al modo de las ciencias positivas, su «falsabilidad» queda excluida.

El derecho del art. 10.1 CE es, en todo caso, un derecho de principios, y así se desprende, sin más ambigüedades que las reseñadas, de la práctica y de la jurisprudencia constitucionales. Cuestión ya distinta es **si estos principios constitucionales han de ser concebidos de un modo sustantivo o, por el**

contrario, formal. En el primer entendimiento —por el que se decanta muy claramente, como se dirá, la práctica del Tribunal Constitucional—, el principio informaría o condicionaría el contenido mismo de las reglas o actos jurídicos por él afectados; para una comprensión formal de los principios constitucionales (cuyo modelo está, por ejemplo, en los de «legalidad» o de «igualdad»), la función de estas normas no es, sin embargo, predeterminar los contenidos de reglas y actos subordinados, sino condicionar o limitar, más bien, las potestades para adoptar unas y otros. Que estemos —ya en otro orden de cosas— ante un elenco de principios, cada uno carente, por su generalidad y abstracción, de supuesto de hecho definible es lo que impide, precisamente, presentar a cualquiera de ellos, en ningún sentido significativo, como «derecho fundamental» (nada dice a estos efectos, desde luego, el objeto protegido por el recurso de amparo constitucional): no hay derecho subjetivo, en efecto, sin una relación inscrita en un ámbito vital mínimamente acotado y los principios, constitucionales o no, lo que aportan son, más bien, pautas, criterios o máximas para la ordenación de cualesquiera ámbitos concebibles (en la jurisprudencia constitucional, la **cuestión de si el art. 10.1 enuncia o no derechos**, por más que nunca fueran «amparables», ha recibido un tratamiento elusivo: STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 4; en alguna ocasión, la voz «derecho» sí se desliza en la argumentación: STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7, resolución esta última en la que, por lo demás, los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad tienen acceso al recurso de amparo constitucional en relación con el derecho fundamental enunciado en el art. 24.1 CE; más recientemente, en fin, la STC 92/2013, de 23 de abril, FJ 9, se refiere al libre desarrollo de la personalidad como «derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE»).

Ni que decir tiene, en fin, que de la comprensión del precepto como derecho, y no como expresión de un insondable «orden de valo-

res», se habrían de seguir, desde luego, consecuencias institucionales de relieve, como relevantes son, según se sabe, algunos de los debates, comunitarios y procesales, en los que se ha hecho, y cabe presumir se seguirá haciendo, invocación del precepto (disposición sobre la propia vida, interrupción voluntaria del embarazo, etc.).

Las prevenciones y consideraciones anteriores no impiden, como es obvio, reconocer que en el art. 10.1 está también presente, más allá de sus singulares prescripciones, un designio general de **legitimación del ordenamiento** en su conjunto o, si se prefiere, de justificación (casi contractualista, por cierto) del deber de obediencia al derecho. En relación con ello se ha de entender la muy temprana mención general que el Tribunal Constitucional hizo del precepto, en el que quiso ver la plasmación del llamado a veces, en la literatura académica, «**doble carácter**» de los **derechos fundamentales** (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5). Sin duda, pues, que el «orden político» y la «paz social» se fundamentan en el respeto y protección de los bienes aquí mencionados también en términos de cultura política y no solo jurídicos. Aunque estos últimos son los únicos términos que aquí interesan.

2. Facticidad sin normatividad: «orden político» y «paz social»

El enunciado asertórico del precepto, conforme al cual los bienes que enuncia «son» fundamento del orden político y de la paz social, no ha de confundir sobre el **sentido necesariamente prescriptivo de la norma**: tales bienes «deben ser» respetados y protegidos para que tanto el orden político como la paz social puedan ser considerados, uno y otra, como fundamentados del modo que la Constitución pretende. Un resultado, claro está, siempre en riesgo, como corresponde a cualquier determinación normativa. Se sigue de ello, con claridad plena, que los dos sintagmas con los que, un poco abruptamente, el precepto concluye no pueden ser concebidos,

so pena de privar a la disposición de toda normatividad, como alusivos a realidades que sean ya, en sí mismas, «bienes» constitucionales de tipo alguno. Las realidades así mentadas han de ser vistas, por el contrario, como ámbitos existenciales en los que los bienes constitucionales que la norma cita (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) buscan, polémicamente, realizarse. En suma, «**orden político**» y «**paz social**» vienen a ser, en la economía del precepto, tan solo una perífrasis, de sorprendente crudeza, para referirse al «ordenamiento jurídico» (art. 1.1 CE) y carecen en sí mismos, como carece este, de la **condición de «bien» constitucional**; una condición que solo adquirirán, y esto es lo que en cada caso estará en tela de juicio, si realizan, y en la medida en que lo hagan, los diversos bienes que la Constitución sí proclama. Desconocer esto en cualquier juicio de constitucionalidad (sobre normas o sobre aplicaciones de normas) supondrá, como bien se comprende, hacer supuesto de la cuestión: la norma o resolución a enjuiciar es siempre, en todo caso, un fragmento del «orden político» o, según se mire, un singular modo de mantener la «paz social» que no puede, sin incurrir en autorreferencia, ser tomado, a la vez, como medida del juicio. Crítica que merecen algunas resoluciones del Tribunal que han visto en la «paz social», precisamente, un bien constitucional en atención al cual cabría llegar a limitar, incluso, derechos fundamentales (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 7, sobre privación al preso incomunicado del derecho a la libre elección de abogado; en términos análogos, STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 11).

En todo lo demás, el art. 10.1 ha de ser visto como un elenco de principios, cada uno de los cuales demandaría —tal es la presunción de partida— el respeto o protección de un bien constitucional cuya determinación, desde luego, no debiera despacharse por el intérprete mediante el recurso a sobreentendidos o, lo que no mejoraría las cosas, a retóricas

edificantes. Incluso así ha de ser para los principios en apariencia más obvios, como el que aquí proclama «**el respeto a la ley**», una máxima, por cierto, que conserva su pleno sentido pese a que también la ley deba, a su vez, respetar la Constitución y, muy en particular, los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), que no podrán ser limitados, por tanto, con la mera invocación de este principio: las leyes pueden, de conformidad con el precepto constitucional recién citado, delimitar tales derechos, pero nunca —sin hacer, una vez más, de la cuestión supuesto— sobre la sola base del respeto que para sí reclaman (véase, sin embargo, la STC 17/2013, de 31 de enero, FF. JJ. 5 y 6, sobre todo). Tal sujeción a la Constitución, en todo caso, ni relativiza el sentido de este inciso del art. 10.1 CE ni debilita en nada, por lo mismo, la fuerza de obligar de la norma legal mientras la misma no sea objeto, por los procedimientos en cada caso previstos, de un juicio adverso de constitucionalidad y así debiera ser obvio. La preocupante facilidad con la que en nuestro tiempo se invoca la propia conciencia para justificar un imposible derecho de veto individual frente a la legislación impide, por una vez, llamar a la obviedad impertinencia.

3. Retórica de los principios constitucionales. Usos enfáticos y usos resolutorios

Con razón se ha escrito que «la capacidad de las expresiones jurídico-públicas para engendrar retórica huera es directamente proporcional a la complejidad de las categorías que designan y al cuadrado de la dignidad ética que a tales categorías se les atribuye o se les supone» (RUBIO LORENTE, 1995, pág. VIII). Alguna cumplida muestra de ello no faltará, desde luego, en la doctrina y en la jurisprudencia que han hecho consideración o cita de este precepto, tan sugestivo para la vanilocuencia, por lo demás, como en otros ordenamientos han acreditado serlo, en ocasiones, normas con el mismo aire de familia (en nuestro art. 10.1 se quiso hacer, en definitiva, una re-

fundición parcial de los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana). Puede que sea inevitable que los discursos legitimantes y decisorios —el judicial retine ambos rasgos— busquen de vez en cuando engalanarse de este modo, mediante una retórica practicada como arte más de ornamentación que de argumentación. Judiciales o no, el perjuicio de disertaciones de este género no está solo en la reducción a la insignificancia del lenguaje del que se abusa. Este es un daño que lleva a otro, ya de carácter político. El que se produce siempre que se da a entender que los conflictos en los que el Derecho vive pueden ser reducidos, aliviados o de alguna manera mejorados con el más primitivo de los recursos, a través del manejo de palabrería de apariencia balsámica.

La contraposición aludida entre retórica, de una parte, y argumentación razonada, de la otra, no necesariamente coincide, por lo demás, con la diferencia que importa ahora apuntar entre unos **usos solo enfáticos** y **otros ya resolutorios de la norma**. Del primer carácter son las apelaciones al precepto, ya se verá que frecuentes, que no parecen tener más sentido que el de prestar rotundidad, o cierta impostada gravedad de tono, a un resultado decisorio ya alcanzado, o en todo caso alcanzable, mediante el recurso a otros preceptos. Los principios del art. 10.1 aparecen entonces invocados como pórtico o conclusión de decisiones fundamentadas en normas diversas; algo que está en verdad muy a la mano, si se repara en la posición del precepto, cabecera del Título I, y sobre todo en las conexiones de sentido que el Tribunal Constitucional ha creído ver entre cada uno de los derechos fundamentales, de una parte, y los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, de la otra (uno y otro principio serían «la base de nuestro sistema de derechos fundamentales»: STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5). De estos usos solo enfáticos es preciso distinguir aquellos otros (resolutorios) en los que el precepto, con argumentación o sin ella, se invoca, en cualquiera de sus determinaciones, como norma única o principal de la decisión.

II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

«Dignidad» es palabra tan excesiva que solo el silencio estaría a su altura, aunque algo es preciso decir sobre ella cuando la Constitución y los jueces la pronuncian. La descripción y valoración del uso de esta noción en la jurisprudencia constitucional ha de hacerse por referencia tanto a su imagen general, por así decir, como a sus concretas aplicaciones. Todo parece aquí inseguro, hasta la identificación misma, a estos efectos, de la «**persona**» de la que la dignidad se predica (no lo es, muy obviamente, el embrión humano; véanse, con ambigüedades, SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 5, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 11).

1. Entendimiento formal o sustantivo

La dignidad es «valor jurídico fundamental [...] reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, sobre despenalización parcial del aborto consentido); en otras palabras, un «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (*ibidem*, FJ 8). Manifestaciones análogas se encuentran, hasta el presente, en la jurisprudencia constitucional: «*minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, sobre alimentación forzosa a reclusos en huelga de hambre); interdicción de todo trato que «contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno» (STC 192/2003, FJ 7); y, de nuevo, «cualidad consustancial inherente» a la persona (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2). De manera tan

lapidaria como enigmática, en fin, «profesión de fe en el hombre» (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2).

La apariencia es, pues, que las adherencias morales y antropológicas de la idea de «dignidad» se reintroducen en la argumentación jurídica y dan lugar a la invocación, más que a la exposición, de una **noción sustantiva o material** de aquella; cifra, se diría, de nuestro umbral de intolerancia ética. **La jurisprudencia constitucional, en definitiva, mostraría un entendimiento sobre todo material del principio**, que aportaría así criterios para la imposición o la interdicción de determinados contenidos en reglas y actos jurídicos. El problema es, muy evidentemente, que tal determinación de contenidos es un imposible lógico, pues presentaciones verbales como las que se han transcrito son siempre, y así es inevitable, circulares o tautológicas (la dignidad exige un trato acorde con la dignidad), de modo que la búsqueda, desde el Derecho, de una noción sustantiva de lo que sea la «dignidad de la persona» conduce paradójicamente a la desustancialización de la idea, a una noción sin concepto, como no puede dejar de ocurrir cuando, como aquí pasa, se manejan en el discurso jurídico, sin formalización alguna, categorías externas al Derecho, a la Constitución en este caso. Es imposible, en suma, no coincidir con declaraciones generales como las citadas, pero la coincidencia es estéril: a partir de ella no cabe llegar a acuerdos ni a desacuerdos argumentados sobre si, en el caso, la dignidad padece o se mantiene, algo que sí es hacedero, por contraste, con conceptos constitucionales alusivos a un ámbito vital determinado (la dignidad sería, sin embargo, ubicua) y mensurables, por ello, a partir de referencias susceptibles de alguna objetivación (el «honor» del art. 18.1 CE, por ejemplo, se mide desde los usos y las convenciones). La infecundidad de una aproximación sustancialista de este género no es, desde luego, su mayor tacha. Más grave es el riesgo de incurrir en lo que cabría llamar una paradoja moral (quien se atreve a definir la digni-

dad del otro define también su indignidad) y muy severa asimismo la amenaza, en lo que ahora más importa, de que la indefinición de la noción la convirtiera, sin réplica posible, en instrumento «contramayoritario» en manos de una jurisdicción instituida en clase redentora.

Un concepto sustantivo de lo que exija la dignidad de la persona es, pues, inalcanzable, de modo que solo la **formalización del principio** lo dotaría de significado, si se pudiera ver en él —como se apuntó más arriba— no una norma sobre los contenidos de las normas, sino sobre la potestad de crearlas. El trato desacorde con la dignidad sería, dicho ahora de manera muy sucinta, aquel que distinguiera entre los individuos no por su situación o por su conducta objetivas, sino por su identidad misma, personal o de grupo, lo que se ha llamado una «**discriminación primaria**»: «aquella que se presenta precisamente cuando se admite que existe una diferencia previa de valoración de los seres humanos» (TUGENDHAT, 1997, pág. 358). Así entendido, el principio impondría la interdicción absoluta de un cierto tipo de diferenciación, históricamente orientada a la *separación*, y no se confundiría, por tanto, con lo que la igualdad constitucional impone (los criterios expresamente mencionados en el art. 14 son, como se suele decir, solo «sospechosos»: STC 69/2007, FJ 5, por ejemplo). En la jurisprudencia constitucional no faltan alusiones a este posible modo de ver las cosas: SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8 (sobre ofensas al pueblo judío), y 147/2002, de 15 de julio, FJ 5 (declaración de incapacidad y «derecho a la personalidad jurídica del ser humano»; asimismo, STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2). Tampoco faltan, por cierto, algunas ocasiones que cabría calificar, a estos efectos, de desaprovechadas: STC 13/2001, de 29 de enero, sobre controles policiales aleatorios según criterio racial, y STC 59/2008, de 14 de mayo, en punto al distinto «desvalor» de determinado ilícito penal según el sexo de sus sujetos activo y pasivo.

2. Empleo jurisdiccional del principio

Una idea prepositiva y, por tanto, sobrentendida de la «dignidad» es, seguramente, lo que explica que la jurisprudencia constitucional se decante aquí, como se ha dicho, por un entendimiento sobre todo sustantivo del principio. Queda en la indefinición (en lo informe) el principio mismo y por ello en la vecindad de lo anodino o de lo apodíctico, algunas veces, sus aplicaciones.

A) Algunas máximas jurisprudenciales

El Tribunal Constitucional ha creído posible deducir del principio determinados criterios o directrices para la interpretación y también, hay que entender, para la limitación de la legislación. Máxima no poco ambiciosa es, ante todo, la que impondría la **no instrumentalización de la persona**, invocada por vez primera en la STC 53/1985, FJ 11, en referencia a la interrupción de su embarazo por la mujer víctima de una violación («[...] la dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse como mero instrumento») y retomada en estos términos por la STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13: «[...] la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo». Declaraciones de este género (análoga es la de que la persona no ha de ser «mero objeto del ejercicio de los poderes públicos»: STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7) se quieren vincular, muy evidentemente, al **idealismo moral ilustrado**: «obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (*Fundamentación de la metafísica de las*

costumbres, pág. 67, Madrid, 2003, traducción de GARCÍA MORENTE). Aquellas meditaciones en Königsberg, como se ve, alcanzarían así su soñado designio de convertirse en legislación; incluso en legislación universal, si se repara en que los dos pasajes últimos provienen de sentencias que condicionan la extradición al respeto por el Estado requirente del **contenido «absoluto» de los derechos fundamentales** (cfr. *infra*, apartado II.2. C). No parece, en verdad, poca cosa, aunque quizá quepa dudar de que semejante ideal moral, apenas conciliable con la heteronomía, aporte criterios definidos para el Derecho, al margen, claro está, de lo que no ya como principio, sino como taxativa legislación constitucional, se proscribe en el art. 15 CE. Emparentada con esta interdicción de la instrumentalización parece estar, por lo demás, la conexión entre **dignidad de la persona y principio de culpabilidad penal** (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4) y también entre aquella y la **función del recurso de revisión penal** (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6, y 123/2004, de 13 de julio, FJ 3). Entronca, en fin, con la misma idea la interdicción, ocasionalmente advertida, de toda **«patrimonialización» de la persona**, de incierto significado (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 8).

También el Tribunal, al margen ya de lo anterior, ha derivado de este principio constitucional una cierta exigencia de suficiencia económica en dos ámbitos muy diferentes: fijación legal de **límites a la embargabilidad** a fin de no «sacrificar el mínimo vital del deudor» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3) o, en otras palabras, su «nivel económico mínimo de subsistencia» (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 4); y, en lo que se refiere a las **indemnizaciones por muerte o daño a la integridad física**, la exigencia de que se fijen unas «pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 9). Estas conexiones entre dignidad de la persona, de una parte, y suficiencia de sus recursos vitales o de la repara-

ción económica a percibir, de la otra, alimentarían la especie de que el principio aportaría algún criterio para valorar las respectivas cuantías, pero es patente que así no es, vista la circularidad, de nuevo, de la argumentación (la dignidad exigiría que aquellas cuantías a preservar o a recibir fuesen acordes a la dignidad misma). La estadística puede siempre cifrar, como es lógico, umbrales vitales mínimos, pero la dignidad parece que tendría menos que ver con la subsistencia que con su superación, y para valorar esta última no es concebible una pauta jurídica. Tampoco aquí, en definitiva, el recurso a un concepto que se supone «absoluto» logra empañar la evidencia de que estamos en el espacio de lo relativo; de lo relativo, precisamente, a las diferentes opciones políticas que pueden llegar a convertirse, sin límite constitucional discernible, en ley.

Del mismo principio constitucional, por último, ha deducido la jurisprudencia la norma que requeriría, en el ámbito penal, **proporcionalidad entre el ilícito y su castigo** (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8, y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). Una exigencia que quizá entroncaría, más bien, con la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3).

B) El fundamento de lo fundamental

Una idea material o sustantiva de la dignidad como la que, sin definición posible, maneja la jurisprudencia constitucional es inevitablemente tributaria, según ya se dijo, de algunos rasgos sobrentendidos sobre el **«valor» prejurídico de la dignidad**, a comenzar por su carácter fundante del edificio todo de la Constitución y, muy singularmente, del **sistema, en su integridad, de los derechos fundamentales**. En términos políticos o históricos nada hay que objetar a una consideración de este tipo, pero *de Constitutione lata* la cosa es diferente, pues si la dignidad de la persona no fuera sino el cimiento invisible de los derechos fundamentales, la norma que la

enuncia perdería sentido propio y, de otra parte, la violación o infracción de un determinado derecho se habría de presentar siempre como conculcación, al tiempo, de aquel principio constitucional, una demasiado simple traslación de la lesión frente a la que ya advirtió la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4 (no cabría aceptar que toda restricción de un derecho fundamental provoque «un estado de indignidad»).

Al considerar la jurisprudencia constitucional sobre titularidad por extranjeros de determinados derechos fundamentales se verán los efectos de este empleo, algo acrítico, de la dignidad de la persona como base o soporte de tales derechos, que, por ser expresión suya, también la garantizarían [por todas, STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5: «El derecho a la propia imagen (...) contribuye a preservar la dignidad de la persona»]. Ahora basta con reseñar que, casi sin excepción, los derechos de la Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I han sido puestos, en unos casos y otros, en esta **relación recíproca, de fundamentación y de preservación**, con el principio que se considera. La idea es común, aunque las expresiones varíen: «derivación de la dignidad de la persona» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3), «íntima conexión» con ella (STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5), «plasmación singular» del principio (STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3), etc.; y la relación misma se ha extendido, en ocasiones, a los principios rectores del Capítulo III (STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 7, para el mandato del art. 39.3 en orden a la investigación de la paternidad). En definitiva, y con carácter general, los derechos fundamentales serían «proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona» (STC 194/1994, de 23 de junio, FJ 4), su «traducción normativa» (STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 6). Vista esta relación de generación o de reflejo, no extrañará que alguna vez citar la dignidad haya sido, incluso, citar de modo implícito y suficiente el derecho fundamental para el que se busca amparo a efectos de la exigencia de previa invocación prevista en la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2).

Sin perjuicio de lo que en el punto que sigue se dirá, esta **conexión genética entre dignidad y derechos** ha dado lugar, por lo común, a unos usos del principio más enfáticos que resolutorios, en el sentido antes señalado. La dignidad, en otras palabras, se invoca como refuerzo retórico de una solución alcanzada, o alcanzable al menos, mediante la interpretación del derecho fundamental en cada caso considerado, ya en sí mismo ya en su eventual colisión con otros de igual valor. Bastarán algunos ejemplos: la cita que del principio se hace parece ociosa para concluir en que los apelativos formalmente injuriosos no están amparados por la libertad de expresión (STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4) o para sostener que en el ejercicio del derecho de huelga no cabe ejercer coacciones sobre terceros (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 3) o para justificar, en fin, la regla legal que prohíbe a las asociaciones una denominación que contenga expresiones contrarias a las leyes o a los derechos fundamentales (STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 7). En todos estos casos es el derecho fundamental, en conexión, si procede, con otros derechos y normas, el que constituye criterio del juicio, sin que la cita del principio de referencia aporte nada, fuera de una supuesta solemnidad. El derecho fundamental, en otras palabras, se vale por sí mismo, incluso emancipándose, en algún caso, de la tutela del principio [STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, sobre negación o justificación de los delitos de genocidio: «(...) nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana»].

Hay algunas ocasiones, con todo, en las que el principio se emplea con un alcance jurídico propio, para la **interpretación de las normas declarativas de derechos fundamentales**: afirmaciones de la efectividad de estos en las relaciones laborales (STC 99/1994,

de 11 de abril, FJ 5), exclusión de la titularidad de determinado derecho fundamental por personas jurídico-públicas (STC 239/2001, de 18 de diciembre, FJ 3) o, en fin, limitación de la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones a los procesos de transmisión de mensajes (no, por tanto, a los paquetes postales: STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3). Todos estos pronunciamientos vienen a fundamentarse, con unas palabras u otras, en el **carácter de los derechos fundamentales como títulos a favor, tan solo, de la persona, cualquiera que sea su situación**. No falta, con todo, alguna aparente inconsecuencia (STC 139/1995, FJ 6: una entidad mercantil puede ser titular del derecho al honor pese a que «este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con dignidad de la persona»).

C) *El criterio definidor, poco definido, de los derechos fundamentales de los extranjeros y de los límites ius-fundamentales de la extradición*

No sabemos bien, en definitiva, qué sea la dignidad de la persona en la Constitución, aunque sí que los derechos fundamentales, basados en ella, serían su realización y garantía. No es gran cosa, ciertamente, para la hermenéutica de la Constitución y puede que por ello el empleo del principio en la práctica del Tribunal haya sido sobre todo, como ya se ha dicho, de acompañamiento enfático a otras determinaciones constitucionales. La STC 236/2007, de 7 de noviembre, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), hizo, sin embargo, un uso ya resolutorio, y de radical importancia, del principio que se considera. Enfrentado el Tribunal a la cuestión de **qué derechos fundamentales habrían de corresponder en todo caso a los extranjeros, pese a la irregularidad de su estancia en el país**, la Sentencia adoptó como criterio para tal determinación la no-

ción misma de dignidad humana, luego de reconocer que tal criterio «ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados» a ella. La dificultad, como enseguida se ve, no habría de ser insuperable, pues para el Tribunal lo que «resulta decisivo es el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho», en el entendido de que el legislador «goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»» (FJ 3, la cita interna proviene de las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 99/1985, de 30 de septiembre).

No es de este lugar, desde luego, el comentario de la STC 236/2007, aunque sí es preciso hacer al respecto un par de consideraciones. La primera, que la utilización de la noción de «dignidad» para discernir qué derechos corresponderían siempre a los extranjeros, pese al dictado del art. 13.1 CE, proviene de la STC 107/1984, recién citada, que reconoció «una completa igualdad entre españoles y extranjeros [...] respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana [...] tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.» (FJ 3). A partir de esta Sentencia, el criterio de la «dignidad de la persona» (acaso hubiera sido preferible invocar, sin salir del art. 10.1, la noción de «derechos inviolables» e «inherentes») para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los extranjeros no vuelve a tener, con la excepción de la STC 99/1985, ya citada, un empleo significativo, hasta el punto de que el criterio como tal se omite por completo en la primera sentencia sobre la regulación general de derechos y libertades de los extranjeros en España (STC 115/1987, de 7 de julio).

La STC 236/2007 retoma, más de veinte años después, este criterio y lo hace —esta es la segunda observación— sin que en el entretan-

to la noción constitucional de «dignidad de la persona» hubiera alcanzado en la jurisprudencia, como ya se dijo, una mínima delimitación y sí solo algunas versiones perifrásticas de dudosa eficacia. Se sigue de ello que la noción misma que aquí se considera no podía, desde su indefinición, definir cosa alguna, de tal modo que es difícil admitir que su invocación para determinar qué derechos, por inseparables de la dignidad, corresponderían a toda persona (también, por tanto, al inmigrante irregular) aporte, en realidad, criterio alguno objetivable al respecto: los derechos, se dice, tienen su fundamento en la dignidad y esta se realiza en aquellos, pero, carente la dignidad misma de todo perfil definido, e inescrutable, por ello, su realización en los derechos, la interacción interpretativa entre estos y la dignidad muestra lo mismo que cualquier juego de espejos enfrentados, si ninguna figura se interpone: cada uno refleja en el otro el vacío respectivo. La esforzada búsqueda que emprende la STC 236/2007 para reconocer el alma de la dignidad en el cuerpo de los derechos no conduce, cabe temer, a parte alguna, porque la indagación, como tal, a falta de criterio definido, no puede siquiera iniciarse. Al final, los derechos conexos con la dignidad de la persona vienen a ser los «importantes», sin más, como con alguna abundancia la Sentencia expone, derechos tales, en el caso, como los de reunión, asociación y sindicación, aunque estas identificaciones concretas ilustran solo, vista la argumentación, sobre un genuino *numerus apertus*: con el recurso a una noción preconstitucional de la dignidad, como la que aquí se muestra, no hay derecho fundamental alguno que no tenga conexión con aquella, sin que al efecto aporte matiz alguno inteligible el criterio del «**grado de conexión**», una escala cuyos criterios y señas de reconocimiento la Sentencia ni da ni, en rigor, podría dar. La pregunta por la relación con la dignidad de un cierto derecho es de las que lleva ya implícita, por tanto, su respuesta siempre positiva, lo que autoriza el pronóstico de que la cláusula del art. 13.1 CE («Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente

Título en los términos que establezcan los tratados y la ley») tiene muy contados ya sus días como mandato para la configuración legal de la titularidad y contenido concreto de tales derechos: al final del proceso así iniciado, la **originaria tricotomía de derechos de los extranjeros** (aquellos que no tienen en absoluto *ex art. 13.2*; aquellos otros que tendrán según ley o tratado *ex art. 13.1*; y aquellos, en fin, que corresponderían sin más y por igual a cualquier persona) devendrá, o ha devenido ya, por reducción, un simple dualismo: derechos políticos, solo de los españoles con las excepciones conocidas, y todos los demás derechos, correspondientes ya a los extranjeros, incluso con arreglo al contenido esencial de cada uno de ellos, y cualquiera que sea la regularidad de su entrada y permanencia en España. En pobre cosa queda la libertad del legislador, calificada de «notable» por el Tribunal, que parecía garantizar el art. 13.1 CE.

Un razonamiento análogo al de la STC 236/2007 ha sido empleado por el Tribunal para determinar en qué casos el poder público español (el judicial, específicamente) incurriría en una «vulneración «indirecta» de los derechos fundamentales (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 14) al acceder sin condiciones a la **extradición de una persona cuyos derechos, en el Estado reclamante, han sido o se presume que puedan ser vulnerados**. Entiende el Tribunal que la proclamación por el art. 10.1 CE de los principios de dignidad de la persona y de respeto a sus derechos inviolables e inherentes expresa «una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables» (*ibidem*, FJ 7), lo que conduce a una proyección exterior de tales criterios de validez, en el sentido de que el juez español, antes de acceder a la extradición, ha de valorar si las autoridades del país requirente han incurrido o pueden incurrir en lesión de lo que la Sentencia llama «**el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona** (que) puede alcanzar

proyección universal» o «núcleo absoluto de los derechos fundamentales» (FJ 8). Estas consideraciones han sido reiteradas, en lo sustancial, por la STC 181/2004, de 2 de noviembre. Se trata de una doctrina que merecería observaciones como las apuntadas a propósito de la STC 236/2007 y que, por lo demás, ha sido expresamente revisada por el Tribunal en la STC 26/2014, de 13 de febrero, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013 (asunto *Melloni*), recaída en cuestiones prejudiciales planteadas por el propio Tribunal Constitucional. Esta STC 26/2014 sigue sirviéndose, con todo, de la noción de contenido «absoluto» de los derechos fundamentales (en el caso, derecho a un proceso con todas las garantías: art. 24.2 CE).

III. LOS DERECHOS INVOLABLES E INHERENTES

Son muy escasas las referencias en la jurisprudencia constitucional a este inciso del art. 10.1. La única significativa se encuentra en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que fue la primera resolución que sentó el criterio, en nuestro Derecho, de la **exclusión procesal de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales**. Acaso por entender que «inviolabilidad» de los derechos suponía, en el caso, tanto como rechazar cualquier eficacia ulterior de la violación sufrida, el FJ 4 de la sentencia advirtió que «[a] un careciendo de regla legal que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental [...]».

El inciso parece, por lo demás, enigmático, a comenzar por los dos predicados que atribuye a los derechos. «**Inviolables**», según el

enfoque que se adopte, son todos los derechos o no lo es ninguno. «**Inherentes**», de otro lado, parece remitir a un orden prejurídico («**derechos humanos**») que aportaría, quizá, legitimación política a la Constitución. No sabemos, de otra parte, si estas ambiguas calificaciones se aplicarían a todos los derechos (fundamentales, es de suponer) o solo a algunos de entre ellos. Conviene, en todo caso, dejar aquí las cosas.

IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

La tensión, a la que ya se ha hecho referencia, entre **cláusulas generales**, de una parte, y **principio de juridicidad**, de la otra, está aquí también presente. Del todo claro es, en efecto, que **la libertad del sujeto en el ordenamiento no es libertad «natural», sino según Derecho** o, si se quiere, libertad en el «respeto a la ley», como se cuida de recordar el propio art. 10.1 CE. Solo así se entiende el sentido mismo de la Constitución y, de manera singular, el sistema de los derechos fundamentales, garantizadores, cada uno, de ámbitos de libertad al margen de los cuales la Constitución no preservaría ya la autonomía del sujeto, sino la del legislador democrático. Este proclamado «libre desarrollo de la personalidad» no puede ser concebido, en consecuencia, como una fuente de legitimación del propio arbitrio, al margen del Derecho. Pero si ha de ser visto —esta es la presunción— como principio constitucional, algún significado jurídico habría de tener, más allá del que corresponde al resto de determinaciones constitucionales y del que es propio, vale reiterar, a las normas declarativas de libertades y derechos. Desde luego que el principio tiene un primer **sentido político**, como referencia, de honda raigambre, disponible para su invocación en la deliberación legislativa (la fórmula «libre desenvolvimiento de la individualidad» está ya en John Stuart MILL: *Sobre la libertad*, pág. 127, Madrid, 1979, trad. de P. DE AZCÁRATE); pero esto aquí importa menos. Su condición, ya jurídica, de **principio inter-**

pretativo de la Constitución y de las leyes parece también innegable, aunque queda abierta, a partir de ello, la cuestión de si existe aquí, además, algún tipo de límite para la ley. Tal limitación, en su caso, habría de ser más tendencial que taxativa, como corresponde a un **principio abierto**, que solo en conexión y equilibrio con otros principios y reglas podría llegar a condicionar la legislación.

1. Las tres posibles proyecciones del principio y su ocasional mención en la jurisprudencia

A) La primera manifestación del libre desarrollo de la personalidad queda cifrada en la vieja máxima *silentium legis libertas civium*, de conformidad con la cual la propia libertad comienza allá donde acaban las prohibiciones legales. A este espacio libre de impedimentos normativos se ha referido con alguna frecuencia el Tribunal Constitucional mediante el sintagma **«principio general de libertad»** y con cita tanto del art. 10.1 como de la «libertad» que el art. 1.1 define como «valor superior del ordenamiento» (entre otras, SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11, y 107/1996, de 12 de junio, FJ 9). Se trata, en definitiva, de la libertad que nace de la no prohibición o de la «libertad a secas», como se dijo en la STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2, y para la cual la expresión «principio general de la libertad» parece enfática en exceso, si se tiene presente que aquí estamos ante una libertad residual, a merced del avance o retroceso de la legalidad, siempre que por tal se entienda, ante todo, ley formal (BELADÍEZ ROJO, vertiente del principio, lo que no descarta, desde luego, la existencia de una diversidad de problemas en su aplicación concreta).

El enunciado «principio general de libertad» sí parece más apropiado para referirse a otros criterios que cabe inducir de la práctica del Tribunal Constitucional. El primero de ellos avalaría una **interpretación restrictiva de**

los límites legales, aun con fundamento constitucional, de la libertad negativa garantizada, también, por cada concreto derecho fundamental (STC 107/1996, de 12 de junio, FJ 4, sobre libertad negativa de asociación y asociaciones de creación legal y de adscripción obligatoria) y justificaría, asimismo, **un entendimiento cuando menos estricto de las normas constitucionales que configuran deberes positivos de los ciudadanos y, sobre todo, que remiten a la ley para su creación** [el art. 31.3 CE contempla, sin mayor precisión, la posible creación «con arreglo a la ley» de «prestaciones personales (...) de carácter público», posibilidad sobre cuyo entendimiento no expansivo llamó la atención la STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 32]. Un segundo criterio quizá podría denominarse de **exclusión o limitación de la dominación jurídica en las relaciones entre particulares**, entendiéndose ahora por «dominación» una situación de sujeción general en virtud de la cual un sujeto quedaría jurídicamente habilitado para determinar, incluso, los márgenes de «libertad» del otro en el seno de relaciones o instituciones jurídicas. Que el ordenamiento difícilmente puede garantizar, sin condiciones, situaciones de ese género es algo que vienen a señalar las SSTC 192/2003, ya citada, y 46/2001, de 15 de febrero, dictada la primera en el **ámbito del contrato de trabajo** y afectante la segunda a los límites sobre la **libertad religiosa** del principio que se considera (en su FJ 11 la resolución previene sobre «actuaciones concretas de determinadas sectas o grupos que, amparándose en la libertad religiosa y de creencias, utilicen métodos de captación que pueden menoscabar el libre desarrollo de la personalidad de sus adeptos»). No puede desconocerse, con todo, que esta posible versión del principio se habría de cohesitar con el respeto a lo que es propio a determinadas asociaciones, precisamente religiosas, que tienen también en la Constitución el reconocimiento implícito de su autogobierno. El libre desarrollo de la personalidad excluye asimismo, en fin, que pudieran los poderes públicos, de manera imperativa, jurificar

sin límite las relaciones entre quienes hayan decidido, con libertad e igualitariamente, convivir según sus reglas propias y al margen del Derecho (al respecto, STC 93/2013, de 23 de abril).

B) Si más allá de las prohibiciones legales expresas fuera siempre reconocible, como se ha dicho, la libertad del sujeto, sería quizá posible vincular también a este principio una cierta **directriz para la legislación, de conformidad con la cual los debates «morales» no habrían de ser transferidos al procedimiento judicial para su resolución, sino abordados de modo deliberativo y con publicidad en el procedimiento legislativo.** Bien se comprende, en efecto, que las remisiones por la ley a la «moral» (o a las «buenas costumbres») apenas son compatibles, o no lo son en absoluto, con una mínima certeza del individuo sobre el espacio de libertad que las normas abren, inseguridad tanto mayor desde el momento en que la **libertad ideológica y el pluralismo de la sociedad** (arts. 16.1 y 20.3 CE) son bienes reconocidos por la Constitución y ampliamente realizados en la comunidad. Si esto fuera de atender, habría argumentos constitucionales para censurar todo abuso legislativo de remisiones indeterminadas de este género, por arraigadas que estén en la tradición de nuestro Derecho (cfr., por ejemplo, arts. 1255 y 1275 del Código Civil). No hay eco alguno de esto que se apunta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que muestra, por el contrario, algún ocasional **recurso a la «moral» como posible límite de los derechos fundamentales** que merece, seguramente, una consideración crítica, si se repara en que la Constitución no hace referencia alguna a tal supuesto límite (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2, y 176/1995 de 11 de diciembre, FJ 5).

C) Queda por considerar, en fin, si del principio constitucional de referencia cabe derivar un criterio para la interpretación, y quizá también para la **limitación, de la legislación constrictiva que pretenda funda-**

mentarse exclusivamente en consideraciones de paternalismo moral. Dicho de manera positiva, si el libre desarrollo de la personalidad impone, de principio, un respeto a las **opciones autorreferentes del sujeto** (aquellas sin daño para terceros), a no ser que bienes constitucionales expresamente reconocidos consintieran, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada. Al menos en tres casos, el Tribunal Constitucional ha dado argumentos, en ocasiones *obiter*, para la posible identificación de tal dimensión del principio: 1) «**la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos** como manifestación de la libre autodeterminación de la persona» (STC 120/1990, ya citada, FJ 11; esta misma resolución, en su FJ 7, dice de la disposición sobre la propia vida que es «manifestación del *agere licere*» y excluye que del art. 15 CE derive «**el derecho a la propia muerte**»); 2) la «[...] **libertad de procreación**, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad» (STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, sobre previsión legal de esterilización de incapaces) y, en fin, 3) la exclusión de que la opción del sujeto por una **convivencia *more uxorio*** pudiera conllevar consecuencias negativas de tipo alguno (en el caso, pérdida de la pensión de viudedad con causa en un anterior matrimonio: STC 126/1994, de 25 de abril, FJ 6). La posible identificación de una máxima de este género a partir de pronunciamientos como los citados nada dice, desde luego, sobre la cuestión más ardua aquí comprometida, es decir, sobre la ponderación entre el criterio mismo y los bienes, reconocidos por la Constitución, que pudieran llegar a limitar o a excluir su aplicación.

2. Su postulada relación con la llamada «dimensión positiva» de los derechos fundamentales

El ordenamiento se fundamenta en el respeto al libre desarrollo de la personalidad, por más que **este compromiso constitucional, como se ha dicho, no garantiza a nadie ámbitos concretos de libertad**, cometido

que corresponde, en su caso, a cada uno de los derechos fundamentales enunciados en el Título I. Estamos, vale repetir, ante un principio que, como tal, aporta solo criterios para la interpretación de las normas, constitucionales y legales, y quizá también, según igualmente se apuntó, algunas máximas o directrices para el condicionamiento o limitación de la potestad legislativa en determinadas circunstancias. Que no sea posible reconocer en este principio garantía para ninguna de las múltiples e innominadas proyecciones del «libre desarrollo» que la Constitución proclama supone también, como es obvio, que del poder público no cabe reclamar más **acción positiva a favor de la realización de este bien constitucional** que la de conformar un orden general de Derecho que no entorpezca innecesariamente tal libre despliegue de la personalidad, incluso en las relaciones jurídico-privadas, siempre que la acción del sujeto no entre, desde luego, en colisión con otras normas, constitucionales o legales. Lo que la Constitución ha convertido aquí en «bien» es la libertad en el desarrollo de la personalidad, no el desarrollo en sí mismo.

Parece, por lo anterior, cuando menos equívoco algún pasaje de la argumentación de la STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4, dictada en conflicto positivo de competencia, resolución que vincula al libre desarrollo de la personalidad, entre otros principios, la existencia de un determinado sistema de becas para el estudio. Tal nexo sí puede ser patente con el «**pleno desarrollo de la personalidad humana**» al que se refiere, para ordenar el derecho a la educación, el art. 27.2 CE; pero aquí se trata, sin juegos de palabras, no del desarrollo «pleno», sino del «libre desarrollo» (de la libertad negativa, no de la positiva, por decirlo con la dualidad clásica de Isaiah BERLIN). La legalidad en su conjunto es, por lo que al libre desarrollo de la personalidad se refiere, límite a la vez de la acción del sujeto y del poder público, aunque, como se dijo en el apartado anterior, no quepa excluir por completo la posibilidad de que ciertas normas legales merezcan ser examinadas, en determinadas

circunstancias, a la luz del principio de referencia. Lo que ya no cabe en modo alguno es presumir que toda norma jurídica quede afectada por el libre desarrollo que aquí importa, ya porque se la vea como posible «obstáculo» para la efectividad de aquel, ya porque, correlativamente, se le requiera una acción de promoción a estos efectos. La norma, por definición, interpone siempre un obstáculo, o impone una renuncia, al despliegue irrestricto de la personalidad, nada de lo cual es enjuiciable con arreglo al principio en examen por la muy sencilla razón de que lo que se juzgaría entonces sería, no la conformidad de una norma legal a la Constitución, sino, antes aún, la justificación de su ser norma, algo que queda extramuros de toda consideración jurídico-positiva. Que esto sea así es lo que permite entender, por ejemplo, los reiterados pronunciamientos del Tribunal que niegan que el libre desarrollo de la personalidad resulte impedido o coartado por el hecho de que la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho, libremente elegida, una pensión de viudedad, reconocimiento que puede y quizá deba hacerse en términos de política legislativa, pero que no viene impuesto por el principio que se considera ni tampoco por el de igualdad (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; en términos análogos, STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; esta doctrina, por lo demás, ha de ser puesta en relación con la de la STC 69/2007, de 16 de abril, sobre matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos, y contrastada con la STC 199/2004, de 15 de noviembre, sobre matrimonio canónico no inscrito). En la genealogía del principio que aquí importa puede que esté, junto a otras viejas fuentes, *the pursuit of happiness* que como «derecho» para cuyo aseguramiento se instituirían los gobiernos proclamó la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 (DÍEZ-PICAZO, 2005, pág. 69). Un derecho a perseguir o buscar «la felicidad» que caería en la contradicción más plena y, desde luego, en su propia degradación si se le quisiera presentar como pretensión a obtenerla, directa o indirectamente, del poder público. El desarrollo «libre» de la perso-

nalidad que la Constitución ampara es, por tanto, aquel del que es responsable el individuo, no el Estado.

Se diría que lo anterior ha quedado en parte oscurecido por cierto pasaje de la fundamentación de algunas sentencias del Tribunal Constitucional a las que conviene, por ello, hacer ahora referencia. Todas estas resoluciones, dictadas siempre en recurso de amparo, presentan dos rasgos en común. El primero es el ensanchamiento notable que unas y otras deparan en el ámbito de determinados **derechos fundamentales de libertad o de inmunidad**. El segundo elemento compartido es la fundamentación con la que en todas ellas se justifica, de manera abreviada o concentrada, semejante operación de llevar más lejos de lo hasta ahora conocido el contenido de los respectivos derechos.

La primera es la STC 119/2001, de 24 de mayo, dictada por el Pleno en un recurso de amparo en el que, por simplificar y en lo que importa ahora, se aducía la negligencia o pasividad de un determinado Ayuntamiento para poner fin a la «contaminación acústica» sufrida en su domicilio por la actora, dejación que habría provocado la lesión, entre otros derechos, de los enunciados en los aps. 1 y 2 (intimidad e inviolabilidad domiciliaria) del art. 18 CE. Lo de menos es que este recurso de amparo fuera al final desestimado, luego de que el Tribunal asumiera expresamente el planteamiento jurídico-constitucional de la actora. Importa aquí destacar tanto la aceptación de esa posible conexión entre los derechos invocados («intimidad domiciliaria», la denomina el Tribunal) y la llamada «contaminación acústica», como la fundamentación que para justificarlo la Sentencia expuso: «[...] debemos señalar que estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos [...], se hace imprescindible

asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (FJ 5; véase también, en términos análogos, la STC 150/2011, de 29 de septiembre). Las demás sentencias que importa aquí mencionar constituyen ya una serie. Todas examinan quejas con invocación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) por supuestas lesiones, actuales o potenciales, que se habrían producido o por la denegación de una prórroga de licencia por enfermedad (STC 220/2005, de 12 de septiembre) o por el rechazo tácito de un cambio de puesto de trabajo más apto y seguro para la funcionaria embarazada (STC 62/2007, de 27 de marzo) o, en fin, por la orden dada a la trabajadora de incorporarse a un puesto de trabajo bajo la dependencia de un jefe de servicio a quien había denunciado por determinadas irregularidades (STC 160/2007, de 2 de julio). En todas, sin variaciones significativas, se incorpora el pasaje recién transcrito de la fundamentación de la STC 119/2001, esto es, la yuxtapuesta mención a la «**dimensión positiva**» de los derechos, al «**libre desarrollo de la personalidad**» y a la «**plena efectividad**» de aquellos, incluso frente a los «riesgos» que pudieran sufrir en lo que se sigue llamando «sociedad tecnológicamente avanzada» (información, esta última, de incierta pertinencia en el contexto).

Todas estas resoluciones, ni que decir tiene, intentan justificar que lo controvertido y quizá digno de amparo son siempre posibles lesiones en los derechos fundamentales citados (arts. 15 y 18.1 y 2 CE), no los **principios rectores de la política social y económica** (Capítulo III del Título I) en conexión, al menos, con unas quejas y otras: arts. 43.1 (derecho a la protección de la salud) y 45 (derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado). No es una justificación, seguramente, que logre sacar al lector de su perplejidad, aunque esto es ahora lo de menos. Lo único que tiene aquí algún interés es apuntar unas someras consideraciones sobre lo que hay de nuevo y trascendente en estas sentencias.

Lo que hay de nuevo —ya se ha apuntado— es una notable ampliación del ámbito de unos derechos fundamentales (arts. 15 y 18) tenidos hasta el momento, sin mayor debate, por derechos de inmunidad o de libertad y que adquieren ahora no tanto una «dimensión positiva», cuanto, es de temer, una expansión sin límites discernibles, expansión cuyo mayor problema no está, con no ser esto leve, en el mantenimiento de la divisoria entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional de amparo, a través, sobre todo, de la interdicción, para la segunda, de conocer de los hechos ya probados ante la primera. El problema de mayor enjundia de esta singular manera de expandir los contornos de un derecho está en la posición en la que se deja al legislador frente al respectivo derecho fundamental. Pues si el derecho a la integridad física, por no buscar más lejos los ejemplos, incorpora también la defensa frente a cualesquiera amenazas «graves» para la salud, de suyo va que toda la legislación que en ella incida (apenas se sabría decir cuál no lo hace) quedaría sometida a la cualificada sujeción que impone el **respeto al contenido esencial** (art. 53.1 CE). Algo que no está claro que hubiera que celebrar como un éxito para la democracia constitucional, a no ser que se creyera, como por lo común se cree en las religiones del Libro, que «todo está en la Constitución». Es patente, sin embargo, que tal hipotético mandato de respetar el contenido esencial resulta por completo ilusorio siempre que la acción legislativa sobre el supuesto derecho deba articularse en políticas orientadas a objetivos, pues el criterio de control en tales casos no lo puede dar una norma de Derecho, sino un principio de efectividad o, si se quiere, de coherencia entre medios y fines (al respecto, DE OTTO, 1987, págs. 43-44; REQUEJO PAGÉS, 1995, pág. 4162). De ahí la decisión constituyente de que los principios rectores de la política social y económica quedaran desvinculados de esta exigencia. Se sigue de ello que el hipotético enjuiciamiento constitucional de tal legislación no podría nunca dejar de reconocer los amplísimos márgenes de oportunidad que existen para su adopción, reconocimiento tan

necesario como inconciliable con el control para el que fue concebido el concepto de «contenido esencial». Si, por lo tanto, persistiera la idea de que la regulación legal del derecho a la salud (art. 43.1), por seguir con el ejemplo, es regulación también del ejercicio del derecho a la integridad física (art. 15) y quedara, por ello, tal legislación sujeta nominalmente a lo que exige el art. 53.1 ya citado, iríamos a muy buen paso hacia la paradójica relativización de cualquier derecho fundamental en sus contenidos más propios y quedaría confirmada, con ello, la elemental observación de que, **en punto a la garantía de los derechos fundamentales, intensidad y extensión de la protección son, por necesidad, valores contrapuestos**. Quien extiende difumina.

Ya se ve que no son de corto alcance los efectos que pueden seguirse de esta jurisprudencia, para cuya justificación da muy pobre apoyo, ninguno en realidad, la mención de un libre desarrollo de la personalidad que hasta ahora habíamos visto invocado y comprometido en reivindicaciones un poco diferentes a las de licencias por enfermedad, cambios de puestos de trabajo o medición de decibelios. Quizá no sea poca cosa para un principio constitucional, pero sí es claro que este es poco apoyo para semejante ampliación, camino de la desfiguración, del contenido de algunos derechos. Lo que parece ha conducido a esto es algo, en fin, sencillo de expresar: se ha confundido la cuestión del contenido típico de un derecho fundamental, de cualquier derecho, con la de su ámbito existencial de realización, conceptos, sin embargo, del todo diferentes. Un derecho ha de ser tipificado, lo que nunca es fácil, y ello solo puede lograrse acotando en una relación determinada acciones y facultades concretas frente a amenazas también específicas. En cierta medida, **todo derecho fundamental es la racionalización normativa de la historia de los atentados sufridos** y cuando se pierde esto de vista y se cede al aparente beneficio de aplicar, sin más, su régimen propio de protección a derechos de otro carácter se llega, inevita-

blemente, a la pérdida de identidad del genuino derecho y al consiguiente debilitamiento de su protección. Por supuesto que si se discute ante la jurisdicción una multa de tráfico, no se busca amparo para el derecho «a circular por el territorio nacional» (art. 19) y que si se controvierte la legalidad del derribo administrativo, por razones urbanísticas, de un templo no se defiende ni está comprometida la libertad religiosa (art. 16.1). Tampoco la

discusión sobre la regulación de las indemnizaciones por accidentes de tráfico con daño para la vida o la integridad física tiene por objeto determinar el respeto o transgresión de los correspondientes derechos (a los que llama bienes «de la personalidad» la STC 181/2000, de 29 de junio, cuyo enfoque interpretativo está, en cierto modo, en el origen de las resoluciones de las que aquí se ha dado cuenta).

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA RUIZ, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

BELADÍEZ ROJO, M., «La vinculación de la Administración al Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000.

CHUECA, R. (Dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Mandato al legislador», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1995.

RUBIO LORENTE, F., «Prólogo» a la obra de RUBIO LORENTE, F., y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.

TUGENDHAT, E., *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997 (trad. de L. R. RABANAQUE).

ARTÍCULO 10.2

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Sumario: I. El artículo 10.2 de la Constitución: las razones y un balance. II. Los derechos sobre los que se proyecta la interpretación internacionalmente conforme. III. Los tratados y acuerdos internacionales «sobre las mismas materias» ratificados por España. 1. La práctica del Tribunal Constitucional. 2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3. El Derecho de la Unión Europea y la Carta de los derechos fundamentales de la UE. IV. La interpretación de conformidad: contenido y manifestaciones. 1. El recurso a los tratados internacionales, indisponible por el intérprete. Una obligación de resultado. 2. La interpretación conforme como ausencia de contradicción. 3. La interpretación como integración de los derechos fundamentales mediante los tratados internacionales. A) Los tratados y la jurisprudencia internacional como ejemplo y como modelo. B) La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ

CATEDRÁTICO JEAN MONNET DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

I. EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN: LAS RAZONES Y UN BALANCE

Transcurridos cuarenta años desde la entrada en vigor de la Constitución, no creo que resulte exagerado afirmar que su art. 10.2 ha resultado ser **una de las disposiciones más emblemáticas** de aquel texto. Si el precedente portugués, que alude a la interpretación e integración de los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales «en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos» (art. 16.2 de la Constitución de 1976), inspiró a los autores de la Constitución Española, la **remisión abierta que se contiene en el art. 10.2 CE a los tratados internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales** ha sido a su vez emulada en algunas Constituciones europeas (como la rumana de 1991,

art. 20.1) y americanas (como la de Colombia, también de 1991, art. 93.2).

La remisión al Derecho internacional de los derechos humanos propiciada —o más precisamente, obligada— por el precepto ahora analizado, se ha comportado como un novedoso argumento interpretativo (auténtica **regla sobre la interpretación y, también, de interpretación**) en el discurso judicial, no solo del Tribunal Constitucional, que ha provocado una notable sintonía entre la lectura nacional de los derechos y el entendimiento internacional, singularmente europeo, de los mismos. Así puede explicarse, aunque no es ni mucho menos la única razón, que el Reino de España sea uno de los Estados parte del Convenio de Roma de 1950 con un número de demandas porcentualmente más bajo atendiendo tanto a la población como al total de casos ingresados en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esa misma cláusula de apertura sirve también para explicar decisiones parlamentarias de adecuación del desarrollo legislativo de los derechos a estándares internacionales.

En la praxis constitucional española de estos años, la **interpretación internacionalmente conforme de los derechos fundamentales** ha resultado de capital importancia, contribuyendo decisivamente a la **identificación del significado de unos enunciados normativos caracterizados casi sin excepción por la naturaleza controvertida de sus contenidos, por su vaguedad e indeterminación**, por todos los atributos, en suma, predicables de las disposiciones que proclaman derechos.

Aunque los **debates constituyentes** demuestran un primer rechazo mayoritario en el Congreso a la atribución de efectos interpretativos a los tratados internacionales, al final, curiosamente, la incorporación en el Senado de tal previsión al texto constitucional, superándose así de la noche a la mañana las muchas objeciones que inicialmente se habían formulado en el Congreso de los Diputados, no fue más que la salida a una escaramuza que perseguía cerrar la polémica en torno al tratamiento constitucional del derecho a la educación, pretendiéndose equivocadamente por los proponentes que una lectura del mismo a tenor de los convenios internacionales sirviera para garantizar contenidos que la Constitución no explicitaba.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la remisión a la Declaración Universal y a diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España «como criterio interpretativo de los derechos fundamentales [] 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. Por eso, des-

de sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio, que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)» (STC 91/2000, FJ 7.º). Más recientemente, en sentido muy similar, STC 31/2018, FJ 4.º (a).

La apertura al Derecho internacional de los derechos humanos que provoca el art. 10.2 CE no supone la incorporación al Derecho interno de los acuerdos internacionales que tengan por objeto los derechos de la persona, un resultado que, como para cualesquiera otros convenios, con independencia de su objeto, se obtiene a tenor de cuanto prevé el art. 96.1 CE. De lo que ahora se trata es de adecuar la actuación de los intérpretes constitucionales a los contenidos de aquellos tratados, que poseen así una nueva y singular eficacia. En cierto modo puede afirmarse que la Constitución asume y hace suyos aquellos contenidos a modo de **reenvío móvil**, esto es, por referencia a las regulaciones presentes y futuras y, también, a las que resulten de la interpretación que de tales tratados puedan llevar a cabo sus órganos (no políticos) de garantía. En este sentido, la STC 198/2012, FJ 9.º, se ha referido acertadamente al art. 10.2 CE como una «regla de interpretación evolutiva».

Por este motivo, la disposición aquí analizada **expresa con claridad meridiana la radical**

alteración que se ha producido en el terreno de los derechos humanos en la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional (constitucional, en este caso), habiendo pasado este último de influir a ser influido; de condicionar, en aras de la defensa de la soberanía estatal en un sector particularmente sensible para la misma como son las relaciones entre los ciudadanos y sus poderes públicos, a ser condicionado. Desde la Constitución Española se impone el reconocimiento del papel del Derecho internacional, completando, en el sentido más amplio del término, la ordenación de los derechos fundamentales.

II. LOS DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PROYECTA LA INTERPRETACIÓN INTERNACIONALMENTE CONFORME

Al fijar el ámbito de la interpretación de conformidad con los acuerdos internacionales, el art. 10.2 CE alude «a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce». Aunque puede haber buenos argumentos para sostener que **los derechos aludidos en el art. 10.2 CE son todos los del Título I** [en este sentido, STC 198/2016, FJ 2.º (b)], el Tribunal Constitucional, sin embargo, parece haberse inclinado por una lectura estricta del significado atribuible a aquella referencia, acotándola al **Capítulo II del Título I CE**.

Si se estudia la jurisprudencia constitucional no resulta difícil concluir que el ámbito preferente de la interpretación internacionalmente adecuada es el de los derechos fundamentales protegibles en amparo. Algo perfectamente explicable si se tiene presente lo que el recurso de amparo supone en la actividad del Tribunal y, también, que es precisamente en el terreno de los derechos de libertad donde mayor intensidad y perfección ha alcanzado la colaboración internacional mediante tratados en materia de derechos humanos. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el art. 10.2 CE se proyecta, además,

sobre los arts. 30-38 CE, al declarar que aquella disposición obliga a interpretar los preceptos constitucionales «de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución» (STC 36/1991, FJ 5.º). Por su parte, la STC 199/1996, FJ 3.º, puede ponerse como ejemplo de admisión implícita del empleo del canon hermenéutico de lo internacional en la interpretación del Capítulo III del Título I CE; se trata de un caso aislado que viene a confirmar la proyección de los efectos del art. 10.2 al ámbito del Capítulo II de aquel mismo Título. Algo similar en cuanto a su carácter único podría decirse de la STC 38/2011, que limita los efectos del art. 10.2 a los arts. 14 a 30 CE.

El art. 10.2 CE se refiere a los derechos «que la Constitución reconoce», con lo que puede concluirse que **no consiente la incorporación de nuevos derechos al catálogo constitucional**. El debate sobre los límites de esta disposición se planteó con toda claridad en la STC 150/2011. La polémica, en aquella oportunidad, se podría expresar en los siguientes términos: ¿la protección frente al ruido ambiental que dificulta la vida en el propio domicilio resulta de los dos primeros apartados del art. 18 CE o es la consecuencia, en los términos del magistrado Aragón, de un nuevo y no fundamental derecho subjetivo «al silencio» o «derecho frente al ruido»?

Para Aragón, el art. 10.2 CE no es una «cláusula aditiva», es decir, «no permite ampliar el listado de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española [] ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance». Afirmar, prosigue este magistrado, «como se hizo en las SSTC 119/2001 y 16/2004 y de nuevo se hace en la Sentencia de cuya fundamentación jurídica discrepo [STC 150/2011], partiendo de la aludida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en

relación con el art. 8.1 CEDH, que el ruido ambiental puede lesionar los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), incurre en un grave error conceptual, pues implica una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional [] o, cuando menos, una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los arts. 18.1 y 2 CE» (ap. 3 del voto particular concurrente).

No creo que resulte difícil compartir que en esta oportunidad el criterio del Tribunal Constitucional, siguiendo al de Estrasburgo, implica una «radical alteración del contenido» de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, pero resulta mucho más complicado aceptar que la mayoría de los integrantes del Tribunal incurren «en un grave error conceptual» decidiendo como lo hacen.

Otro ejemplo de esta misma polémica interna en el Tribunal Constitucional, siempre en torno al derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) y sus contenidos diferentes al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), se encuentra en la STC 11/2016. En este supuesto, para la mayoría de los miembros de la Sala la pretensión de una madre de disponer para su despedida e incineración de los restos resultantes del aborto por ella padecido, «se incardina», a la «vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales», en el «ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar» (FJ 3.º). Para el discrepante Pérez de los Cobos, «el criterio interpretativo prescrito en el art. 10.2 CE no puede conducir a integrar el contenido del derecho a la intimidad *ex* art. 18.1 CE mediante una traslación automática e indiscriminada de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar a que hace referencia el art. 8.1 del Convenio de Roma. El art. 10.2 CE ciñe su mandato

a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce».

Partiendo de una premisa incuestionable, a saber, no hay derechos fundamentales fuera de la Constitución, ha de reconocerse que la labor de conformación o concretización de los contenidos constitucionalmente declarados de los derechos fundamentales a través —en lo que aquí interesa— de **la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional puede suponer** (y en la práctica ha supuesto) **la incorporación a los mismos de facetas o dimensiones no explicitadas en la Constitución**, de manera que se hacen encajar en el ámbito de aquellos facultades o posiciones jurídicas a las que solo el silencio constitucional impide etiquetar como auténticos derechos fundamentales, de los que, tras su identificación por el Tribunal, poseen, tal y como apuntó Rubio Llorente, todas las características excepto la de su inmediato tratamiento (*nominatim*) en la Norma básica. La diferencia entre unos (los derechos fundamentales que la Constitución proclama) y otras (las facultades que se encajan en alguno de tales derechos) acaba por residir únicamente en el *nomen iuris*. Un buen ejemplo de cuanto se acaba de dejar escrito resulta ser el derecho al recurso de toda persona condenada penalmente, que, ausente del art. 24 CE, el Tribunal Constitucional incorporó en sus primeros años al derecho a la tutela judicial efectiva (en unas ocasiones) o al derecho a un proceso con todas las garantías (en otras, las más) desde el art. 14.5 PIDCP y alguna otra fuente *internacional* (en este sentido se expresa también el magistrado Ortega en el voto particular discrepante, al que se adhieren Gay y Pérez Vera, a la STC 150/2011, ap. 4.º).

El (eventual) contraste entre el derecho constitucional a la intimidad y el derecho convencional a la vida privada se ha convertido en el terreno en el que de modo más evidente se expresa la discusión sobre las fronteras del art. 10.2 CE. El Tribunal ha reiterado que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos

en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH» (SSTC 236/2007, FJ 11.º; y 60/2010, FJ 8.º), y que «es jurisprudencia constitucional reiterada... que el «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* art. 18.1 CE» (STC186/2013, FJ 7.º). Aunque, como hemos visto en las líneas precedentes, no faltan ya aproximaciones a un entendimiento más convencional de nuestra intimidad. En mi opinión, los arts. 10.1 y 39.1 CE avalan la interpretación estrasburguesa del art. 18.1 CE, y aunque son evidentes las «diferencias normativas» que existen entre la Constitución Española y el Convenio de Roma (en estos términos SSTC 119/2001, FJ 6.º; 16/2004, FJ 3.º) el aplicador de la Constitución no puede ignorar el mandato de interpretación conforme para adecuar el significado de la primera al contenido del segundo.

En fin, no puede dejar de reconocerse que el amplio catálogo de derechos presente en la Constitución hace difícil la hipótesis de la existencia de un derecho reconocido en un tratado ratificado por España que no tenga su correspondiente constitucional o que, de acuerdo con cuanto se acaba de decir, no pueda vincularse o atraerse a alguno de estos, por lo que, en teoría, resulta poco imaginable el supuesto del derecho totalmente nuevo o desconectado por completo de aquel catálogo.

III. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES «SOBRE LAS MISMAS MATERIAS» RATIFICADOS POR ESPAÑA

1. La práctica del Tribunal Constitucional

El art. 10.2 CE remite, como ya sabemos, a la DUDH y a los **tratados sobre derechos** fundamentales ratificados por España. Rechaza-

da en las Cortes Constituyentes la enumeración de los acuerdos más relevantes en la materia, aquella referencia puede entenderse en un **sentido formal** o, alternativamente, en un **sentido material**. En virtud del primero, solo los tratados cuyo objeto directo fuera el reconocimiento y tutela de derechos podrían ser empleados en la interpretación de los presentes en el Título I CE; de acuerdo con el segundo, sería posible la utilización con fines hermenéuticos de cualesquiera tratados que, de uno u otro modo, incidieran en o afectaran a «las mismas materias».

Con una actitud difícilmente reprochable, el Tribunal Constitucional ha optado por este último criterio, no limitando sus referencias a los solos acuerdos internacionales de cuya denominación y contenido se deduzca con claridad una explícita vocación reguladora de derechos. Además, y en consonancia con esta lectura material de los tratados aludidos en la disposición constitucional ahora estudiada, el alto Tribunal se ha servido también en la interpretación de los derechos fundamentales de otros textos o documentos producidos en el seno de organizaciones internacionales de las que España forma parte y carentes algunos de ellos de fuerza vinculante. A continuación me referiré a algunas de las fuentes *iusinternacionales*, también de *soft law*, más frecuentemente citadas por el Tribunal Constitucional, con especial atención al CEDH y al Derecho UE.

Así, por ejemplo, y en el caso de la **Organización Internacional del Trabajo**, además de a los Convenios elaborados en su seno (que tienen a todos los efectos la consideración de tratados internacionales, también a la luz del art. 10.2 CE, SSTC 38/1981, FJ 5.º y 119/2014, FJ 3.º) el Tribunal Constitucional se ha referido a las **recomendaciones** (entre otras, SSTC 38/1981, FJ 4.º, y 184/1990, FJ 4.º; en ambos casos reconociendo la ausencia de «eficacia vinculante» y su no alusión «directa» en el art. 10.2 CE) y en alguna ocasión a los **informes** (no siempre citados por su nombre) del **Comité de Libertad Sindical** (por ejemplo, SSTC 37/1983, FJ 2.º, y 147/2001, FJ 3.º).

El Tribunal se ha servido también de **Convenciones de Naciones Unidas**, como por ejemplo la Convención contra la tortura (STC 120/1990, FJ 9.º), la referida a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (STC 12/2008, FJ 2.º), la Convención sobre los derechos del niño (por todas, STC 36/1991, FJ 6.º), y la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (entre otras, STC 3/2018, FJ 5.º). Junto a estos textos de Derecho internacional pacticio, que cada Estado miembro de la ONU decide libremente si incorpora al propio ordenamiento conforme a sus reglas constitucionales, el Tribunal ha mencionado también diversas **Resoluciones aprobadas por la Asamblea General**, carentes de fuerza de obligar (principios rectores, declaraciones o reglas mínimas) y respecto de las que ha precisado su limitado valor (por ejemplo SSTC 36/1991, FJ 5.º, y 215/1994, FJ 2.º).

Cuanto acaba de dejarse escrito sirve, *servata distantia*, para el **Consejo de Europa**. También aquí el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre los **Convenios**, producidos en el interior de la organización (entre los que se cuentan el CEDH o la Carta Social Europea), y algunas manifestaciones de *soft law*, como las **Resoluciones** y las **Recomendaciones**, que emanan de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros. Poco utilizados unos y otras —con la salvedad, lógicamente, del CEDH, del que algo se dirá más adelante—, en alguna ocasión, sin embargo, han tenido un peso notable en el discurso motivador del Tribunal. Así ocurrió, en particular, en la STC 254/1993, en la que el art. 18.4 CE se relleno de contenido desde el Convenio sobre protección de las personas frente al tratamiento informatizado de datos de carácter personal, y en las SSTC 15/1982, FF. JJ. 6.º y 7.º, 160/1987, FJ 5.º, y 161/1987, FJ 5.º, en las que diversos textos no vinculantes sirvieron para configurar el derecho a la objeción de conciencia. Puede verse también la STC 37/2011, en la que para la interpretación del art. 15 CE (en lo relativo al consentimiento informado) resultó relevante el Convenio para la protección de

los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (FF. JJ. 4.º y 5.º),

La lectura muy poco formalista que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo del art. 10.2 CE se refuerza, además de por el empleo de instrumentos de Derecho institucional de los que acabo de poner algunos ejemplos, y cuyos efectos interpretativos serían en principio mucho más limitados que los del Derecho pacticio, por un doble dato adicional. El primero de ellos alude al hecho de que en ciertas decisiones el Tribunal Constitucional ha utilizado **tratados aún no ratificados y que, por lo mismo, no forman parte del ordenamiento jurídico español, siendo así incapaces de desplegar efecto alguno (tal y como el propio Tribunal reconoció en su STC 57/1982, FJ 10.º).**

Sucedió con el Protocolo VII al CEDH, firmado por España a finales de 1984 pero no ratificado hasta septiembre de 2009. El Tribunal Constitucional se refirió al art. 2 de dicho Protocolo, acompañado siempre del art. 14.5 PIDCP, a propósito del derecho al recurso en el orden jurisdiccional penal; en unas ocasiones, recordando la ausencia de ratificación (por ejemplo STC 64/2001, FJ 5.º), en otras, sorprendentemente, sin dejar constancia de dicha realidad (así, STC 48/2008, FJ 2.º). Este mismo Protocolo no ratificado, ahora su art. 4 (que garantiza el *ne bis in idem*), ha sido decisivo en la interpretación del art. 25.1 CE, en concreto del derecho a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos con el mismo fundamento (STC 2/2003, precisando la ausencia de ratificación). El Tribunal Constitucional también hizo uso, siempre *ad abundantiam*, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso antes de su proclamación formal (STC 292/2000, FJ 8.º), y esperando cinco años desde la misma para aclarar su condición no vinculante (STC 138/2005, FJ 4.º).

El segundo de los datos a los que aludía más arriba tiene que ver con el **desconocimiento por el Tribunal de la reserva puesta por**

España al ratificar el CEDH a la aplicación de los arts. 5 y 6 CEDH al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, interpretando *de facto* el derecho fundamental implicado a la luz de la norma internacional aun después de reconocer que la existencia de la reserva en cuestión impedía el uso del art. 10.2 CE. Para comportarse de este modo el Tribunal Constitucional aludió a los derechos fundamentales como decisión constitucional básica que ha de informar el ordenamiento todo y que responde a un sistema de valores y principios de alcance universal (SSTC 21/1981, FJ 10.º, y 44/1983, FJ 1.º). La reserva, en la práctica, se tuvo por no formulada (sobre los efectos en el tiempo de dicha reserva, véase la STC 73/2010, FJ 5.º).

Aunque los ejemplos que se han dado a lo largo de las líneas precedentes sirven para acreditar que el Tribunal Constitucional no se ha limitado a un entendimiento literal del art. 10.2 CE, no puede desconocerse que han sido efectivamente la DUDH y los acuerdos internacionales de los que España es parte, y cuyo objeto inmediato es la proclamación y tutela de derechos, los textos muy mayoritariamente empleados en la lectura de los derechos presentes en el Título I CE. A continuación, llevaré a cabo un repaso de los principales instrumentos internacionales utilizados por el Tribunal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el único texto internacional aludido *nominatim* en la Constitución. Estamos en presencia de una Resolución [217 (III)] votada por la Asamblea General de la ONU, *soft law* en el mejor de los casos, de un gran valor simbólico en su condición de auténtico documento fundacional del Derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional ha hecho una utilización más bien modesta de la DUDH, y aunque no faltan las referencias a la misma en medio centenar de sentencias, el valor atribuible a aquellas es más bien modesto. La ausencia de un órgano específico de garantía jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de la Declaración provoca la

falta de interpretaciones evolutivas o adecuadoras de un texto votado en 1948, circunstancia esta que explica en gran medida, en mi opinión, la escasa relevancia interpretativa de la DUDH a los efectos del art. 10.2 CE.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y **el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Los Pactos de Nueva York de 1966, ratificados por España en 1979, han jugado un papel muy diferente en la jurisprudencia constitucional española.

El PIDESC ha desempeñado un papel meramente accesorio: se ha citado en muy pocas ocasiones (treinta aproximadamente), solo para la interpretación de los arts. 27, 28 y 35 CE, y siempre acompañado de otros documentos internacionales (DUDH, CEDH, Convenios OIT, Carta Social Europea). La trascendencia de las remisiones al PIDESC puede calificarse de prácticamente nula. Una excepción a cuanto se acaba de dejar escrito resulta de la STC 31/2018 (FJ 4.º), en la que a propósito de la compatibilidad con el art. 14 CE de la educación diferenciada por sexos, el TC remite en numerosas ocasiones al PIDESC y a una «observación general» del **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, a la que expresamente reconoce el mismo valor que a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, en ambos casos órganos de garantía de los derechos presentes en los dos Pactos de Nueva York.

El PIDCP aparece en la argumentación de algo más de doscientas sentencias constitucionales. Su catálogo de derechos es en buena medida coincidente con el de los tutelables en amparo *ex art.* 53.2 CE, y en algún caso incorpora previsiones ausentes —por no explicitadas— de nuestro texto constitucional. Singular importancia ha revestido el art. 14.5 PIDCP, del que por la vía del art. 10.2 CE el Tribunal ha traído a las garantías constitucionales del proceso penal el derecho al recurso de toda persona condenada (desde la STC 42/1982, FJ 3.º). La previsión de una instancia cuasi-juris-

diccional de tutela de los derechos (el **Comité de Derechos Humanos**), que resuelve mediante dictámenes las quejas que pueden presentar los particulares (Protocolo Facultativo Primero al PIDCP), y elabora comentarios generales sobre las disposiciones del Pacto, hace posible además la formulación de doctrina en la interpretación de los derechos por el órgano de garantía del propio PIDCP.

El Tribunal Constitucional no se refirió al Comité (en concreto a un comentario general de este) hasta la STC 46/2001, FJ 4.º, y mantuvo inicialmente una cierta prevención frente a la cita sus dictámenes (véase, en particular, STC 70/2002, FJ 7.º). Más adelante reconoció, insistiendo en que los dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, y aclarando que no resulta posible su equiparación con las sentencias del TEDH, que esto «no implica que carezcan de todo efecto interno». Al tiempo, y reiterando su propia doctrina, precisaba que la interpretación a la que alude el art. 10.2 CE no puede prescindir de la que llevan a cabo los órganos de garantía presentes en los tratados internacionales de derechos humanos (STC 116/2006, FJ 5.º). En la STC 141/2012 el Tribunal consideró «fuente interpretativa válida» las resoluciones del Comité.

Esta actitud inicialmente dubitativa del Tribunal Constitucional no deja de sorprender si se tiene presente que en su momento no se planteó ningún problema a la hora de acudir, para citarlas, a las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuyas similitudes con el Comité de Derechos Humanos son frecuentemente puestas de relieve por todos los estudiosos del Derecho internacional de los derechos humanos.

2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio de Roma de 1950 es, con gran diferencia, el texto internacional más empleado por el Tribunal Constitucional. De acuerdo con los datos que resultan del buscador exis-

tente en la página web del Tribunal Constitucional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es citado en los fundamentos jurídicos de 216 Sentencias (239, coincidentes solo en parte con las anteriores, si se busca CEDH), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo es en 668 (116, si los términos de la búsqueda son TEDH). En todos los casos para el período enero 1981-abril 2018, y con las prevenciones que han de observarse cuando se manejan estas cifras no depuradas.

El ámbito europeo del Convenio, la coincidencia de contenidos entre su articulado y el de los Protocolos adicionales de carácter sustantivo (todos ellos ratificados por España) con los derechos presentes en el Capítulo II del Título I CE (en particular, en la Sección 1.ª), y, sobre todo, la existencia de un órgano jurisdiccional de garantía para su interpretación y aplicación, son las principales razones que avalan la generosa utilización que el Tribunal Constitucional hace del Convenio de Roma de 1950.

La actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una fuente permanente de identificación de contenidos en los derechos convencionales (así se reconoce en la STC 34/2008, FJ 6.º) y de definición de criterios interpretativos de estos, que muchos órganos judiciales nacionales, también los españoles, asumen en su doctrina. En nuestro caso, la importación de la jurisprudencia del TEDH tiene fundamento interno en el art. 10.2 CE, en virtud de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denominó «doble reenvío»: de la Constitución al Convenio y de este al TEDH para todo lo relativo a su aplicación e interpretación (art. 32.1 CEDH). En un hipotético ranking de Tribunales de Estados europeos, el Tribunal Constitucional español se situaría, sin lugar a dudas, en uno de los primeros lugares en cuanto a la utilización del *case-law* de Estrasburgo en las propias sentencias. Ya en un estudio publicado en 1990 por M. A. EISEN, el Tribunal español ocupaba uno de los primeros lugares, tras el Tribunal Federal suizo y el Constitucional austriaco. Quede ahora aclarado que la acti-

tud de apertura que demuestra el Tribunal Constitucional español hacia el Convenio y su órgano de garantía no supone una total sintonía; de hecho, cada vez que España es condenada en Estrasburgo *puede* haber una desautorización del Tribunal Constitucional que, en la mayoría de las ocasiones, habrá conocido del caso (inadmitiéndolo o desestimándolo) antes de su registro en el TEDH.

En ciertas ocasiones, el distanciamiento de la jurisprudencia convencional por parte del Tribunal Constitucional al desestimar el amparo impetrado convierte a sus sentencias en crónicas de condenas anunciadas por el TEDH. Así, por ejemplo, STC 177/2015 (quema de fotos del Rey) y STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera v. España*; STC 205/2013 (condena, tras una absolución en la instancia, sin oír a los acusados y fruto de una nueva valoración de pruebas personales) y STEDH *Atutxa Mendiola y otros v. España*; STC 186/2013 (expulsión de extranjera condenada a pena privativa de libertad sin valorar las circunstancias personales: hijo menor de edad, padre igualmente en prisión), en este caso se llegó a un arreglo amistoso con el Gobierno español que evitó la condena, *G. V. A. v. España*.

Por otra parte, nuestro más alto Tribunal se ha encargado de precisar, en lo que puede considerarse como una defensa de la propia posición y un rechazo de su condición de órgano de ejecución de las condenas dictadas por el Tribunal Europeo, que «el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o de control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal» (STC 245/1991, FJ 2.º) (después de la LO 7/2015, que incorpora un nuevo art. 5 bis a la LOPJ, el recurso extraordinario de revisión ante el Tribunal Supremo se ha convertido en

el cauce reparador, cumplidas ciertas condiciones, de las violaciones declaradas por el TEDH).

En alguna ocasión, y al tiempo que se declaraba consciente (*sic*) del valor de la doctrina del TEDH «como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales», el Tribunal Constitucional ha precisado «que ello no supone una traslación mimética» de la misma (en el supuesto concreto, del precedente López Ostra, STC 119/2001, FJ 6.º).

Solo el art. 10.2 CE y una decidida opción por parte del intérprete supremo de la Constitución en favor de la jurisprudencia del TEDH pueden explicar la importancia que esta última posee en la actividad del Tribunal Constitucional. Junto a su valor como criterio interpretativo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del TEDH «también resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento» (ATC 27/2017, FJ 2.º, que cita la STC 303/1993, FJ 8.º). El Tribunal Constitucional reconoció tempranamente que la interpretación del Convenio que lleva a cabo su Tribunal resulta «de decisiva relevancia en el caso español por la remisión contenida en el art. 10.2 de la Constitución» (STC 22/1981, FJ 3.º), tanto es así que cuando respecto de una materia ha faltado el previo pronunciamiento del órgano jurisdiccional de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional lo ha hecho notar, como para dejar clara la razón de la falta de referencia (STC 53/1985, FJ 6.º).

En su momento, tal y como ya se ha recordado, el Tribunal hizo uso también de decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos (suprimida mediante el Protocolo XI, entrado en vigor en 1998), casi siempre en ausencia de sentencias del TEDH sobre el particular (STC 53/1985, FJ 11.º) y en alguna oportunidad con notable trascendencia en la motivación de la solución dada al caso (STC 2/1987, FF. JJ. 2.º-4.º). Por el contrario, y con buen criterio a la luz de la condición diplomática del órgano, se ha rechazado que la inter-

pretación llevada a cabo por el Comité de Ministros sea «relevante» a los efectos del art. 10.2 CE (STC 114/1984, FJ 3.º).

3. El Derecho de la Unión Europea y la Carta de los derechos fundamentales de la UE

El obligado punto de partida para el conocimiento del papel que el canon del art. 10.2 CE ha jugado (en detrimento del art. 93 CE) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales implicados en actuaciones de los poderes públicos que entran en el campo de aplicación del Derecho de la Unión Europea lo constituyen las dos Sentencias que, sin lugar a dudas, pueden considerarse como auténticos *leading-cases* en la materia, es decir, las SSTC 28/1991 y 64/1991. En ambos casos, y tras el inicial precedente de la STC 132/1989 (FJ 12.º), el (entonces) Derecho comunitario, originario y derivado, recibió el mismo trato que los convenios internacionales a los efectos de su empleo con fines interpretativos de los derechos fundamentales. Se evitaba de este modo aceptar que la integración supranacional a la que se refiere el art. 93 CE supone una *vinculación más fuerte* para los derechos fundamentales (y una minoración del papel del Tribunal Constitucional como su intérprete más autorizado) que la resultante de la interpretación conforme a los tratados internacionales impuesta por el art. 10.2 CE. Este panorama no ha cambiado después de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, momento en el que adquirió el «mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 TUE), la Carta no pasaba de ser técnicamente una declaración interinstitucional desprovista de fuerza para obligar, aunque durante los casi diez años que transcurrieron desde su solemne proclamación en Niza se observó por las instituciones de la Unión y en algunos casos también se empleó por las autoridades nacionales. Hasta aquella

fecha, el Tribunal Constitucional la citó en siete sentencias, siempre con nula relevancia en el razonamiento, sin explicitar su naturaleza jurídica y en algunas ocasiones sin aclarar que se trataba de un texto no vinculante.

A día de hoy, **el fundamento constitucional de la utilización en España de la CDFUE**, a saber, **el art. 10.2 CE** o, alternativamente, **el art. 93 CE**, sigue resultando polémico. Este último habría de ser el fundamento cuando la autoridad nacional actúa aplicando el Derecho de la Unión, porque en ese caso se encuentra plenamente sometida a la CDFUE, a tenor de su art. 51.1. Entonces, entraría en juego el principio de primacía que, en su formulación canónica, obliga a dar preferencia aplicativa al Derecho europeo (es decir, la Carta) frente a cualquier norma nacional incompatible, cualquiera que sea su rango o posición en el sistema interno de fuentes del Derecho. Fuera de dicho ámbito de aplicación, esto es, cuando la autoridad nacional interviene en una materia ajena por completo a la competencia de la Unión, la CDFUE se comportará como uno más de los textos de producción internacional que el intérprete de los derechos ha de manejar a la búsqueda de la conformidad impuesta por el art. 10.2 CE. Las consecuencias de la utilización de la Carta son obviamente diferentes en uno y otro supuesto: como parte del Derecho de la Unión (art. 93 CE) desplazaría en caso de conflicto a la norma *iusfundamental* constitucional; como parte del Derecho internacional de los derechos humanos vinculante para España (art. 10.2 CE), la Carta habría de ser tomada en consideración para hacer posible la conformidad en el significado del derecho a interpretar.

La importante DTC 1/2004 (FJ 6.º), insistió en los (solos) efectos interpretativos del Derecho de la Unión. Para responder a la pregunta sobre «la eventual contradicción con la Constitución» de la CDFUE, el Tribunal Constitucional partió del reconocimiento de que, tras su integración en el ordenamiento español, la Carta sería pauta para la lectura de los dere-

chos fundamentales que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE), pero lo hizo sin dejar de insistir «en su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro *ex art. 93 CE*». Sin embargo, esta última condición, es decir, la Carta como un texto de Derecho primario de la UE, está ausente en el discurso motivador de la respuesta que se ofreció a aquella pregunta.

El Tribunal aclaró que el «valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo art. II-112 [] operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo». El Tratado, precisa el Tribunal Constitucional, «asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos», y las que resulten, concluye, se solventarán en el respectivo proceso constitucional del que pueda conocer el Tribunal Constitucional.

La DTC 1/2004 se esfuerza por espantar el fantasma del doble estándar de los derechos fundamentales, dentro y fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. La combinación de la Carta, el CEDH y la Constitución, teniendo como referente común al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede, a juicio del Tribunal Constitucional, evitar la aparición de distintas medidas de los derechos. A salvo siempre, recuerda el alto Tribunal, del nivel de protección superior que «en su respectivo ámbito de aplicación» permite la Carta a las Constituciones nacionales y al

Convenio de Roma (actual art. 53 CDFUE). Pero, ¿qué sucede si la Carta, tal y como la interpreta el Tribunal de Justicia, y teniendo en cuenta su naturaleza como Derecho de la Unión (es decir, como Derecho de aplicación preferente por disponer de primacía) entra en contradicción con la Constitución en un ámbito de competencia europea?

La respuesta vendría de la mano de la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el conocido como caso *Melloni* (C-399/11) resolviendo la cuestión prejudicial elevada precisamente por el Tribunal Constitucional español. Para este, de acuerdo con cuanto resultaba del Auto de planteamiento (y de la precedente DTC 1/2004), el art. 53 CDFUE autoriza a que un Estado aplique su estándar constitucional de derechos fundamentales cuando sea más elevado que el resultante de la Carta, pudiendo así oponerle a la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión. Sin embargo, el criterio en sentido contrario del Tribunal de Luxemburgo, fue contundente: «No puede acogerse esa interpretación del art. 53 de la Carta», que «menoscararía el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado».

Una vez conocida la respuesta al reenvío prejudicial, la STC 26/2014 decidió el amparo planteado por el Sr. Melloni con una clara voluntad de devaluar el valor de la sentencia de Luxemburgo y en defensa de la propia posición *frente* al Derecho de la Unión. Para el Tribunal Constitucional, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia, interpretando el art. 6 CEDH y los arts. 47 y 48.2 CDFUE respectivamente (a propósito de las condenas dictadas *in absentia*, que ese era el objeto litigioso), «operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos» (FJ 4). **La Carta y su lectura por el Tribunal de Luxemburgo recibe el mismo trato que el CEDH: se tra-**

ta de criterios de interpretación, incluso cuando el derecho fundamental implicado entra en juego por la aplicación del Derecho de la Unión. Una respuesta continuista, plenamente compatible con los propios precedentes y que es denunciada por los dos votos particulares concurrentes firmados cada uno de ellos por una de las Magistradas del Tribunal Constitucional.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por lo tanto desde que la Carta adquirió un valor jurídico equivalente al Derecho primario de la Unión, el Tribunal Constitucional la ha mencionado en poco menos de veinte Sentencias. Exceptuando la que resolvía el asunto *Melloni*, nada relevante resulta de la utilización dada a las concretas disposiciones aludidas en dichas Sentencias. La Carta ha sido siempre un instrumento más a los fines del art. 10.2 CE. Véanse, por ejemplo, las SSTC 41/2013 (FJ 2.º) y 61/2013, de la que se reproduce una parte de su FJ 5.º: «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 en el art. 93 CE” (por todas, Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4; o STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5). Ahora bien, también hemos declarado que el Derecho de la Unión Europea “no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate incluidos, en su caso, los Tratados de la

Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea” (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 2; o SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4). En relación con este último aspecto, y según ha señalado asimismo este Tribunal (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12), tanto los tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir “valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, valor que se atribuye con fundamento en el art. 10.2 CE, a cuyo tenor, y según hemos destacado en otros pronunciamientos, “las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales” (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; o STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa».

Las relaciones entre la Constitución y la Carta o, más en general, entre aquella y las disposiciones *iusfundamentales* del Derecho de la Unión merecerían desde la jurisprudencia constitucional una explicación diferente. Sin dejar de ver en el texto de la CDFUE una fuente relevante a los efectos de la interpretación conforme impuesta por el art. 10.2 CE, resultaría necesario asumir también el valor de la Carta, en el terreno que de acuerdo con su art. 51 le corresponde, como una norma con el mismo valor que los Tratados frente a la que solo puede alzarse la

Constitución en supuestos amparados por el art. 4.2 TUE. Unos supuestos que, por otra parte, podrían encajar también en un entendimiento estricto de los límites a la integración que el Tribunal Constitucional identificó en la DTC 1/2004 cuando estableció que la organización supranacional y el Derecho por ella producido han de ser «compatibles con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional», entre los que los «derechos fundamentales adquieren sustantividad propia» (FJ 2.º).

IV. LA INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD: CONTENIDO Y MANIFESTACIONES

1. El recurso a los tratados internacionales, indisponible por el intérprete. Una obligación de resultado

¿Ha de acudir necesariamente a los acuerdos internacionales al interpretar los derechos fundamentales o, por el contrario, corresponde decidir al intérprete cuándo hacerlo? En mi opinión, la pauta *ex* art. 10.2 CE, **única cláusula interpretativa** presente en toda la Constitución [tal y como el Tribunal Constitucional ha recordado en algunas ocasiones, SSTC 198/2012, FJ 2.ºb), y 140/2016, FJ 5.ºb)], **no se encuentra a disposición del intérprete**, que está vinculado en todo caso a la atribución de un significado a las disposiciones constitucionales que enuncian derechos, conforme con los tratados ratificados por España. En el bien entendido de que se trata de una **obligación de resultado**, sin que sea necesario que en la motivación se explicita el empleo del referente internacional.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que el recurso a las fuentes internacionales es obligatorio, aunque en ocasiones ha podido dar la sensación de que no le atribuía tal carácter. Como ejemplos de la primera actitud pueden

citarse, entre otras, las SSTC 341/1993, FJ 5.º («impone acudir a los tratados»); 140/1995, FJ 6.º y 199/2013, FJ 6.º (que aluden al «mandato» presente en el art. 10.2 CE); 95/2003, FJ 5.º («exige» interpretar de conformidad), 123/2005, FJ 3.º (donde se alude a los convenios internacionales en la materia como «instrumento hermenéutico insoslayable»), y 92/2014, FJ 4.º («han de servir de fuente interpretativa»). Muestras de un compromiso menos contundente con el imperativo constitucional («se interpretarán») se encuentran, por ejemplo, en las SSTC 36/1984, FJ 3.º (donde puede leerse que el art. 10.2 CE «autoriza y aun aconseja acudir» a los tratados implicados); 206/1997, FJ 5.º (que alude al «claro» valor interpretativo de los acuerdos internacionales), 292/2000, FJ 3.º (ahora calificados de «valiosos criterios hermenéuticos»), y 140/2014, FJ 9.º («tomar en consideración»).

Esa obligación la ha predicado también el Tribunal del legislador, intérprete constitucional de la mayor dignidad democrática al que no es posible excluir del mandato de interpretación conforme: «Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios» (STC236/2007, FJ 5.º). Consciente de su obligación, el legislador ha fundado en alguna oportunidad su decisión normativa, desde el respectivo Preámbulo, en la necesaria adecuación a los estándares internacionales (a título de ejemplo, Leyes Orgánicas 7/1988, 2/2002, 13/2003, 6/2007, 5/2015 y 13/2015).

En ocasiones, el compromiso del Parlamento con el art. 10.2 CE se ha llevado innecesariamente mucho más lejos, reproduciéndose parcialmente su contenido en el texto de algunas leyes (así sucede en la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, art. 3.2, y en la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 3.2), como si la sola exigencia constitucional de interpretación conforme no fuera suficiente y aunque el Tribunal Constitucional

estableció hace ya tiempo que la interpretación de acuerdo con los tratados se refiere «no solo a las normas contenidas en la Constitución sino [a] todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental» (STC 78/1982, FJ 4.º).

Algo similar se hizo en la LO 1/2008, por la que se autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa, en cuyo art. 2 se reiteró el mandato interpretativo presente en el art. 10.2 CE para recordar que los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se reprodujo íntegramente en aquel art. 2 (no es posible valorar en esta sede una decisión como la que se acaba de recordar, justificada en la Exposición de Motivos de la LO 1/2008 en criterios de transparencia y de proximidad al ciudadano, que podría contribuir a desdibujar la naturaleza de la propia Carta como norma jurídica con un valor equivalente al del Derecho originario de la Unión).

Las razones que llevan a un órgano como el Tribunal Constitucional a explicitar la utilización del art. 10.2 CE (algo que sucede en torno al quince por ciento del total de sus Sentencias) solo pueden ser conocidas, en cada caso concreto, por el propio Tribunal. Entre tales razones se encontrarán, por ejemplo, la particular complejidad del caso a sentenciar; la falta de precedentes en la jurisprudencia constitucional y la existencia de los mismos en las decisiones de los órganos de garantía previstos en los tratados; el incremento de la persuasividad de la sentencia; el no reconocimiento como tal en la Constitución de un derecho (léase facultad, garantía, posición jurídica) presente en aquellos acuerdos internacionales; el hecho de que alguna de las partes implicadas en el proceso se haya referido en sus alegaciones a las fuentes de Derecho internacional, y, sin ánimo de agotar las posibilidades, la constatación de la coincidencia de la propia doctrina con la de otros

Tribunales u órganos internacionales de tutela de los derechos.

Aunque se trata de una pauta interpretativa indisponible por el intérprete constitucional, **su no utilización no supone una vulneración del art. 10.2 CE reparable a través del recurso de amparo** o, en su caso, de alguno de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. El desconocimiento de aquel mandato hermenéutico se proyecta sobre la norma constitucional que declara el derecho fundamental y cuya interpretación no resulta, por lo mismo, conforme a la fuente de Derecho internacional. «Cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso» (STC 36/1991, FJ 5.º). En este mismo sentido, SSTC 80/2010, FJ 4.º, y 198/2012, FJ 2.º (b). El Tribunal Constitucional no fiscaliza, «ni siquiera con base en la cláusula del art. 10.2 CE», si la ley infringe el CEDH [STC 140/2016, FJ 5.º (b)]; no corresponde al Tribunal «al conocer de un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia per se de textos internacionales que obliguen a España» (SSTC 138/2012, FJ 3.º; 126/2009, FJ 3.º, y en sentido muy similar, STC 44/2009, FJ 2.º).

2. La interpretación conforme como ausencia de contradicción

¿Qué significa interpretación conforme?
 ¿Cuál es la intensidad del vínculo que para el intérprete, en nuestro caso el Tribunal Constitucional, supone el criterio interpretativo que se analiza?

La conformidad puede ser entendida en un doble sentido: como mera compatibilidad o como conformidad *stricto sensu*. La primera vendría a significar ausencia de contradicción; la segunda, deducibilidad. En el primer caso, se adecuaría a la cláusula del art. 10.2 CE toda interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Constitución que fuera compatible, por no contradictoria, con los textos internacionales de derechos humanos; en el segundo, se debería entender que la conformidad solo se alcanza en los supuestos de plena identidad, esto es, siempre que el resultado de la interpretación lleve a otorgar a los derechos fundamentales un contenido lógicamente deducible de aquellos mismos textos internacionales.

En alguna ocasión, el Tribunal Constitucional ha explicitado el sentido atribuible a la «conformidad con» referida en el art. 10.2 CE, declarando que **con arreglo a esa disposición los derechos «no deben ser interpretados en contradicción»**, en el caso concreto, con el CEDH (STC 113/1995, FJ 7.º). **En otras, sin embargo, el Tribunal ha ido algo más lejos al afirmar que el contenido de los convenios en cuestión se convierte, en virtud de aquel mandato interpretativo, «en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución»** (STC 236/2007, FJ 5.º). Las diferencias entre una y otra lectura de la «conformidad» son evidentes. No creo que resulte del todo equivocado concluir que el Tribunal Constitucional evita vincularse a una *determinada* comprensión de la interpretación conforme, garantizándose así un margen de actuación para optar, en cada caso y de acuerdo con las circunstancias, por un mayor o menor grado de identificación de los contenidos del derecho desde el texto internacional. Se excluye en toda circunstancia, y no podría ser de otro modo, la contradicción con la fuente iusinternacional: no se puede, en definitiva, decir lo contrario de lo que esta dice o negar lo que ella afirma, salvo que la contradicción del tratado con la

Constitución sea literal, posibilidad harto improbable.

La «conformidad» resulta fácilmente asequible, en cualquiera de sus acepciones, cuando el tratado que se utiliza carece de órganos de garantía. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional se convierte de hecho en el intérprete autorizado del acuerdo internacional, de manera que su texto recibirá el significado que aquel le otorgue. Solo cuando la literalidad del tratado resulte indiscutible al reconocer un derecho o una facultad a su vez *no explicitados* en la Constitución, desaparecerá el amplísimo margen del que, en caso contrario, dispone el Tribunal. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con el ya mencionado art. 14.5 PIDCP.

Cuando, por el contrario, el tratado prevé la existencia de alguna instancia jurisdiccional (o equivalente) encargada de su interpretación, la conformidad a la que está vinculado el Tribunal Constitucional se extiende a las decisiones de aquel órgano; en tales casos, el contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta ya de la intervención del Tribunal Constitucional, sino de la del respectivo órgano de garantía, a cuya jurisprudencia «corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio» (por referencia al TEDH, STC 34/2008, FJ 6.º). Las «instancias propias de protección» de las normas internacionales que reconocen derechos han sido consideradas por el Tribunal Constitucional aptas para la «definición autorizada de su contenido y alcance» (DTC 1/2004, FJ 6.º). La importancia que el Tribunal otorga al papel que cumplen dichas instancias resulta también del hecho de que «un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE» es fundamento para justificar la **especial trascendencia constitucional** de un recurso de amparo, abriendo así las puertas a su admisión a trámite tras la reforma en 2007 de los arts. 49.1 y 50.1 (b) LOTC (STC 155/2009,

FJ 2.º). Por cierto que tras la STEDH dictada en el caso *Arribas Antón*, de 20 de enero de 2015, en el que el demandante cuestionaba la compatibilidad con el art. 6.1 CEDH (derecho de acceso a la jurisdicción) de la práctica del Tribunal Constitucional, que no identificaba el motivo de especial trascendencia constitucional cuando admitía a trámite un recurso de amparo, el alto Tribunal identifica ese motivo en sus sentencias, adecuándose así a la exigencia que resultaba de la STEDH. Un ejemplo más, que ahora afecta directamente a la aplicación de las reglas de un proceso constitucional, del seguimiento por el Tribunal de la jurisprudencia europea.

Aunque a veces es el propio Tribunal Constitucional el que descuida la utilización de resoluciones de órganos de garantía. Un ejemplo nos lo ofrecen dos sentencias que silenciaron las *Conclusions XX-3-Espagne-article 4-4*, de 5 de diciembre de 2014, del Comité Europeo de Derechos Sociales. Las citadas Conclusiones estimaban contrario al art. 4.4 de la Carta Social Europea el art. 4.3 de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que posibilita el despido sin preaviso durante el primer año en los contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Esta última disposición había sido considerada constitucional por el Tribunal Constitucional en su STC 119/2014, antes de la resolución del Comité. Después de publicada esta, el Tribunal se pronunció en dos ocasiones más, SSTC 8/2015 y 140/2015 (un recurso y una cuestión de inconstitucionalidad), sobre el mismo art. 4.3, sin tomar en consideración en ningún momento las *Conclusions*, que por su contenido podrían haber tenido un impacto en los nuevos juicios de validez de dicha disposición.

Para rechazar la idea de la conformidad en sentido fuerte, como deducibilidad lógica, puede aludirse al **art. 53 CEDH**, que impide la identidad a la baja: el Convenio no puede utilizarse para disminuir o rebajar el patrón nacional de los derechos. La STC 145/2015 podría ser un ejemplo de no empleo consciente por

parte del Tribunal del estándar convencional, que habría conducido a una interpretación menos densa del derecho fundamental, en aquel caso a la libertad ideológica (objeción de conciencia). Aceptar tal opción implicaría en la práctica, además, subvertir la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Norma fundamental, ya que solo lo sería formalmente si estuviera sometido en todo caso a la interpretación que llevara a cabo el Tribunal de Estrasburgo (o cualquier otro órgano de garantía de los derechos declarados en un tratado internacional). Más aún, el Tribunal Constitucional no podría declarar la contradicción con la Constitución de ningún acuerdo internacional en materia de derechos, ya que toda oposición, incluso flagrante, entre ambos habría de salvarse en beneficio de este último, del que deberían traerse los contenidos de los derechos presentes en la Constitución, que, de este modo, en la práctica, dejaría de ocupar la cabecera del ordenamiento.

La lectura de la conformidad que aquí se propone viene también avalada por el Derecho convencional. En el ámbito del CEDH se ha acuñado doctrinalmente la expresión «cosa interpretada» para aludir a la vinculación de los Estados partes a la jurisprudencia del TEDH. La razón para este efecto de las sentencias de Estrasburgo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha explicitado formalmente, se encontraría en los **arts. 1** (por el que los Estados reconocen a toda persona sometida a su jurisdicción los derechos convencionales), **19** (que crea el Tribunal para asegurar el respeto por los Estados de los compromisos que resultan del Convenio) y **32 CEDH** (que define la competencia del Tribunal afirmando que «se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos»).

La *res interpretata*, en definitiva, quiere poner en evidencia que los efectos de las sentencias del Tribunal, en particular de la interpretación que de los derechos lleva a cabo en las mismas, no se limitan al caso concreto y para el Estado demandado. El TEDH afirmó en una

de sus primeras decisiones, en el caso *Irlanda v. Reino Unido* de 1978, que **sus sentencias sirven para «aclarar, proteger y desarrollar las reglas instituidas por el Convenio»**, explicitando así su valor como instrumento para la concretización o desarrollo de unos enunciados normativos indeterminados, de modo que por esta vía interpretativa se generarían «nuevas» obligaciones a cargo de los Estados, que se encuentran vinculados al texto del CEDH, a los derechos allí declarados, tal y como los aclara y concreta el TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo se ha ocupado periódicamente de insistir en que sus sentencias ofrecen la «interpretación auténtica de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio», y que al ejercer su control «ha de considerar si las autoridades nacionales han tomado suficientemente en cuenta los principios que resultan de sus sentencias dictadas en asuntos similares, incluso cuando se refieren a otros Estados» (STEDH *Opuz v. Turquía*). Además, ha recordado que una de las finalidades del CEDH es la de extender «la jurisprudencia en materia de derechos humanos al conjunto de la comunidad de los Estados parte del Convenio» (STEDH *Rantsev v. Chipre y Rusia*).

Hay, en definitiva, pocas razones para dudar de la voluntad del TEDH al considerar su interpretación del Convenio de Roma como vinculante, o al menos orientadora, para todos los obligados por el texto convencional. También la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa [Resolución 1226 (2000)] ha otorgado un valor particular a la jurisprudencia del TEDH al reconocer que «el *case-law* del Tribunal forma parte del Convenio ampliando así su fuerza jurídica vinculante *erga omnes* (a todas las otras partes). Esto significa que los Estados no solo han de ejecutar las sentencias del Tribunal dictadas en casos en los que hayan sido parte, sino que también han de tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias dictadas en otros casos pueden tener para su propio sistema y práctica jurídicas».

La cosa interpretada no se debe entender como una vinculación absoluta, antes bien, el sistema europeo de protección de los derechos humanos incentiva el que se ha venido a denominar diálogo entre Tribunales a la búsqueda de soluciones en la interpretación de los derechos que sean el resultado de la actuación de (de la colaboración entre) todos los actores de aquel sistema, entre los que se cuentan, y de manera principal, los Tribunales Constitucionales nacionales. Los desacuerdos que suponen alejamiento del criterio estrasburgués son en no pocas ocasiones el fundamento del mencionado diálogo. Lo que con esto se quiere decir es que la conformidad como plena identidad ni siquiera es exigible desde el propio Convenio de Roma.

3. La interpretación como integración de los derechos fundamentales mediante los tratados internacionales

Uno de los aspectos que suscitó más polémica en el debate senatorial que condujo al art. 10.2 CE fue la previsión, en la enmienda *in voce* del senador centrista Jiménez Blanco, que puede considerarse el precedente inmediato de aquel, del carácter no solo interpretativo sino también integrativo de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales. La supresión de toda referencia a la integración del contenido de los derechos mediante el empleo de aquellos tratados facilitó la aprobación de la enmienda. Los senadores constituyentes parecían compartir muy mayoritariamente la idea de la interpretación como pura cognición del Derecho vigente, sin margen para el desarrollo, rellenado o concretización del texto normativo. Sin embargo, este entendimiento estrecho de la interpretación resulta difícilmente practicable, muy en particular, en el ámbito del Derecho constitucional.

Las disposiciones (los enunciados normativos) son solo el Derecho en potencia que mediante la actuación del intérprete deviene norma aplicable al caso concreto. Los márgenes

nes del proceso que mediante el razonamiento jurídico conducen de la disposición a la norma dependen en buena medida del modo en que la primera se encuentre formulada. Poco puede dudarse de que las Constituciones, sus enunciados normativos, y en particular los que declaran derechos, poseen normalmente unas características de apertura e indeterminación que los diferencian de las propias de otros sectores del ordenamiento. Se trata, en muchas ocasiones, de preceptos principialistas, carentes de un único sentido material; dotados de una generalidad y abstracción muy por encima de las que acompañan a los enunciados legislativos; unos enunciados que pueden poseer una notable carga ideológica y que por eso mismo son esencialmente controvertidos.

Si es cierto que la **amplitud, apertura y fragmentación definen el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales**, es decir, de las disposiciones de máximo nivel que los reconocen, ha de concluirse que el esfuerzo de aquellos senadores para suprimir la referencia a la integración de los derechos mediante los tratados internacionales fue en vano. **La interpretación de aquellas disposiciones implica integración, concretización del contenido de la Constitución, de modo que la actividad del intérprete no es solo explicativa, sino creativa, de relleno**, siendo así que el contenido del texto interpretado solo se completa con su interpretación.

Al proceder a la interpretación de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional fija su contenido constitucionalmente declarado, establece si las facultades, posiciones o garantías en juego en el proceso de que se trate caben, o no, en aquellos enunciados normativos. El Tribunal, en su condición de «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1 LOTC), declara, con carácter vinculante, su contenido: confirma o rechaza la adecuación de la actividad normativa del legislador al mismo o, cuando conoce de los recursos de amparo,

juzga sobre la conformidad con dicho contenido de la actuación de los poderes públicos. Al llevar a cabo esta tarea, el Tribunal no escribe la Constitución, pero la rellena o concretiza cada vez que de la indeterminación con la que está formulado un derecho extrae un conjunto de facultades en las que este se despliega. Es la suma de tales facultades, en su caso previamente identificadas en todo o en parte por el legislador, la que integra el derecho fundamental en cuestión, su contenido constitucionalmente declarado. Y es aquí donde, por mandato del constituyente, los tratados internacionales en materia de derechos humanos despliegan todos sus efectos.

A) *Los tratados y la jurisprudencia internacional como ejemplo y como modelo*

Los tratados y acuerdos de derechos humanos, así como la jurisprudencia emanada de sus órganos de garantía, pueden servir, a los efectos interpretativo-integrativos del art. 10.2 CE, **en una doble veste: como ejemplo y como modelo.**

La fuente de origen internacional se comporta como ejemplo cuando contribuye a la justificación de una decisión ya adoptada, es decir, **cuando sirve para reforzar el discurso argumentativo** del Tribunal, pero la solución que este da al caso sería exactamente la misma en ausencia del referente internacional. **Por el contrario, siempre que alguna de aquellas fuentes internacionales funda la decisión, esto es, cuando se comporta como instrumento principal (o incluso único) del razonamiento del intérprete**, que no habría de llegar necesariamente a la misma solución prescindiendo de ella, puede afirmarse que **el acuerdo internacional, la sentencia o la decisión de la instancia de garantía actúa como modelo.** En alguna ocasión no se percibe con claridad a partir de la fundamentación de la Sentencia cuál es la exacta relevancia del uso del canon hermenéutico *ex*

art. 10.2 CE en un caso concreto: si se limita a reforzar o sirve de manera principal para decidir (un ejemplo: STC 24/1993, FJ 4.º).

En la mayor parte de las sentencias en las que queda rastro del empleo de las fuentes internacionales en la interpretación de los derechos, estas se comportan como ejemplo. En tales casos, la mención a mayor abundamiento del texto internacional puede ser suficiente para dejar claro que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es conforme con el parámetro impuesto por el art. 10.2 CE.

Algunos ejemplos, de entre los muchos posibles, pueden servir para aclarar cuanto se acaba de dejar escrito. STC 67/1985, FJ 3.º, en la que tras remitir a una previa decisión del propio Tribunal, en la que ya se había establecido que el derecho de asociación comprende la libertad para no asociarse, se recuerda ahora idéntica previsión en el art. 20.2 DUDH; STC 55/1996, FJ 5.º, donde después de razonar sobre la ausencia en la Constitución de un derecho de los objetores de conciencia a negarse a realizar la prestación sustitutoria, se afirma que esta doctrina «converge» con lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos: SSTC 292/2000, FJ 8.º, 9/2010, FJ 5.º, 154/2002, FJ 9.º, y 20/2012, FJ 9.º, en las que se hace notar que las conclusiones alcanzadas por el Tribunal se «corroboran» (en las dos primeras) o se ven confirmadas (en la tercera y la cuarta), por distintos instrumentos internacionales. En la STC 66/2015, FJ 3.º, se apunta que la interpretación del Tribunal se «ve reforzada» de acuerdo con lo previsto en la CDFUE y en una STJUE; en la STC 133/2010, FJ 6.º, se sostiene que la conclusión del Tribunal se ve «apoyada», y en la STC 141/2016, FJ 4.º, su punto de vista se «reafirma», en ambos casos por diversas fuentes *iusinternacionales*.

No resulta nada difícil aceptar que **la trascendencia de la interpretación internacionalmente conforme se manifiesta con toda su intensidad cuando los tratados y**

la jurisprudencia internacionales se comportan como modelo. En tales supuestos, el contenido del derecho fundamental implicado viene condicionado, al menos en parte, por el que resulta de las fuentes a las que remite el art. 10.2 CE. Formalmente se dirá siempre que aquel contenido se encuentra en la Constitución; sin embargo, su afloramiento se habrá hecho posible mediante el recurso a los tratados internacionales, que despliegan así con plenitud sus virtualidades interpretativas. En definitiva, **la norma constitucional que se infiere de la disposición que declara el derecho se obtiene de manera principal desde la interpretación conforme del enunciado normativo con el tratado o con los textos internacionales a los que se haya acudido.** De hecho, para el repaso del empleo del canon internacional como modelo puede aquí diferenciarse entre el comportamiento del tratado o convenio, de un lado, y el de la jurisprudencia de los órganos de garantía previstos en el mismo, de otro.

El tratado como modelo. El comportamiento del acuerdo internacional como modelo tiene lugar cuando es su propia literalidad, en ausencia de toda interpretación imputable a órganos jurisdiccionales (o cuasi-jurisdiccionales) propios, la que sirve para concretizar o rellenar el derecho fundamental constitucionalmente declarado. En la jurisprudencia constitucional existen algunos ejemplos claros de actuación del tratado en esta condición.

El derecho al recurso ante un Tribunal superior de toda persona condenada penalmente, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva (en unas ocasiones) o en el derecho a un proceso con todas las garantías (en otras), se ha construido desde el art. 14.5 PIDCP, casi siempre con referencias simultáneas al art. 2 del Protocolo VII CEDH incluso, como ya sabemos, antes de su ratificación por España (por todas, SSTC 51/1982, 37/1988, y 70/2002). La conclusión de la jurisprudencia constitucional en la materia podría ser, en lo que aho-

ra interesa, la siguiente: forma parte del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías el derecho del condenado al doble grado de jurisdicción penal, mientras que el derecho a los demás recursos (en otros órdenes jurisdiccionales) es contingente, plenamente disponible por el legislador. Sostener que esta diferencia es solo posible gracias a la interpretación internacionalmente conforme del art. 24.2 CE, parece una consecuencia obligada de cuanto se acaba de decir, y así parece afirmarse expresamente en las SSTC 48/2008, FJ 2.º y 60/2008, FJ 4.º

En algunos momentos el Tribunal Constitucional ha acompañado sus decisiones en esta materia de citas, no siempre oportunas, al *case-law* de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (por ejemplo, STC 64/2001) y del Comité de Derechos Humanos (así, STC 116/2006); en ambos supuestos la importancia de estas referencias ha de considerarse muy menor.

En el mismo sentido, como integración del derecho constitucionalmente declarado desde las previsiones de algún convenio internacional, pueden citarse las SSTC 254/1993 (derecho de *habeas data* como parte del art. 18.4 CE desde el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal) y, entre otras, 5/1984 [derecho al intérprete de toda persona acusada que no comprenda el idioma utilizado en el Tribunal como parte del art. 24.2 CE desde los arts. 14.3.f) PIDCP y 6.3.e) CEDH].

La **jurisprudencia emanada de los órganos de garantía previstos en los tratados como modelo**. Ahora ya no es el texto del tratado —al menos no lo es solo— la medida de la que se sirve el Tribunal Constitucional en la interpretación-integración de los derechos fundamentales; antes bien, se recurre a la doctrina jurisprudencial que los órganos de garantía establecidos en el propio tratado han elaborado al proceder a su aplicación en los casos de los que han conocido.

En puridad de términos, los únicos órganos judiciales incorporados a los tratados a los que alude el art. 10.2 CE, tal y como lo ha leído el Tribunal Constitucional, son el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**. Las demás instancias de tutela de los derechos proclamados en aquellos tratados no pueden merecer esta misma consideración, aunque algunas, como la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos, se aproximen a la condición judicial y hayan recibido, como ya sabemos, el calificativo de cuasi-jurisdiccionales. Aunque ya hemos visto que no han faltado en las decisiones del Tribunal Constitucional algunas referencias a estos últimos órganos de garantía, han sido muchísimo más numerosas las citas de sentencias del Tribunal de Justicia y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al primero se ha remitido el Tribunal Constitucional en la interpretación del derecho fundamental a la igualdad (de manera muy notable en lo tocante a la no discriminación por razón de sexo), al segundo lo ha hecho en la de muchos de los derechos presentes en el Capítulo II del Título I CE, en particular, de su Sección 1.ª Veamos algunos ejemplos.

La interpretación de conformidad desde la jurisprudencia internacional se ha manifestado en un doble plano: el de los criterios interpretativos y el de los contenidos. En el primer caso, la aproximación a ciertos enunciados constitucionales se ha llevado a cabo desde conceptos, categorías o pautas formuladas por el Tribunal de Estrasburgo; en el segundo, la identificación de algún contenido presente en aquellos enunciados se ha hecho posible desde la directa incorporación de su equivalente convencional previamente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Un muy buen ejemplo de lo primero lo sería el test para la verificación de la existencia de dilaciones indebidas en un proceso (art. 24.2 CE): el Tribunal Constitucional español ha

«importado» de Estrasburgo los elementos que integran el referido test, que han servido desde mucho antes al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cada vez que se ha enfrentado a una demanda por vulneración del derecho a un «proceso en un plazo razonable» (art. 6.1 CEDH) (a título de ejemplo, STC 223/1988). También de este tipo de influencia puede considerarse expresión la atribución de significado al concepto de trato inhumano o degradante y la diferencia entre este y la tortura (en el marco de los arts. 15 CE y 3 CEDH) (entre otras, STC 120/1990, FJ 9.º). Sin pretensión de exhaustividad, añadiré que en el ámbito del derecho fundamental al juez imparcial (STC 69/2001, FF. JJ. 14-22) y del derecho a la asistencia letrada gratuita (STC 37/1988, FJ 6.º) puede también apreciarse esta directa influencia de criterios interpretativos procedentes del *case-law* del más cualificado intérprete del Convenio de Roma de 1950.

Algunos ejemplos de lo segundo, es decir, de construcción de contenidos desde la jurisprudencia internacional, pueden ponerse en derechos como el secreto de las comunicaciones (STC 49/1999), la integridad personal y la intimidad familiar en el ámbito domiciliario (entre otras, STC 119/2001, protección frente al ruido) y el *non bis in idem* (STC 2/2003). En una de las manifestaciones de las garantías del proceso (STC 167/2002, revisión de la valoración de la prueba en los recursos penales con intermediación y contradicción), el Tribunal Constitucional ha reconocido muy explícitamente que, «de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, hemos acogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto» (por todas, STC 153/2011, FJ 6.º) y, más adelante, que las «garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (STC 146/2017, FJ 7.º).

La jurisprudencia del TEDH sobre los contenidos de los derechos fundamentales puede tener también una **dimensión subjetiva inmediata**, tal y como sucedió cuando se estimó

un recurso de súplica del Ministerio Público (ATC 37/2005, de 31 de enero) frente a la providencia de inadmisión de un amparo muy poco tiempo después de que España fuera condenada en Estrasburgo en un caso (STEDH *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004) sustancialmente idéntico al que el Tribunal Constitucional había rechazado conocer en un primer momento. Tras la admisión a trámite, la STC 150/2011 desestimó (inexplicablemente) todas las pretensiones del demandante, que acudió a Estrasburgo. La STEDH *Cuenca Zarzoso*, de 16 de enero de 2018, condenó de manera más que previsible a España dando la razón al recurrente y remitiéndose en sus fundamentos jurídicos en nueve ocasiones a *Moreno Gómez*, recordando que ambos demandantes vivían a escasos metros en la misma zona acústicamente saturada y que los dos había acreditado suficientemente los efectos nocivos para la propia salud que les había provocado el ruido que padecían en el propio domicilio. La STC 150/2011 pasará a los anales de nuestra justicia constitucional como un buen ejemplo de ofuscamiento judicial, particularmente inexplicable una vez que el Tribunal corrigió su criterio inicial contrario a la admisión del amparo.

En algunas ocasiones **el Tribunal Constitucional hace una lectura del *case-law* estrasburgués** (o de otras fuentes internacionales) **que suscita diferencias de criterio en su propio seno**. Pondré algunos ejemplos. En la STC 167/2002, el discrepante García Calvo entiende de manera distinta a sus compañeros del Pleno la jurisprudencia del TEDH sobre la necesidad de contradicción e intermediación en la apelación penal interpretando el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. En la STC 136/1999, Jiménez de Parga se apoya en decenas de sentencias del TEDH para discrepar de la mayoría del Tribunal y, por su parte, Conde Martín de Hijas, achaca a la Sentencia que su argumentación se basa en «citas de jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos absolutamente descontextualizadas. Las Sentencias que se citan en su

inmensa mayoría no se refieren al problema planteado; y en las únicas recaídas en casos asimilables, a las que nos referimos antes, su *ratio decidendi* no es útil para avalar la solución a la que aquí se ha llegado, sino más bien para fundamentar la contraria». En la STC 188/2013 los discrepantes Valdés Dal-Ré y Asúa sostienen que «la Sentencia aprobada por la mayoría de la Sala Segunda pasa abiertamente por alto, a pesar de haber sido objeto del debate y resultar acusada su conexión con lo sustanciado en este proceso constitucional», reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que presenta «marcadas similitudes» con el asunto a resolver por el Tribunal Constitucional. En la STC 23/2014, los magistrados Asúa y Ortega reprochan al Pleno que no asuma todas las consecuencias que se derivan de la doctrina del TEDH. En la STC 140/2014, el voto concurrente de Ollero señala que la mayoría ha hecho una «alusión retórica», reduciendo a una «mera cita» una reciente STEDH que él estima de notable importancia para dar respuesta al amparo solicitado. En la STC 119/2014, el voto particular de tres magistrados critica a la mayoría por omitir un informe relevante del Comité de Libertad Sindical de la OIT. En fin, el ATC 196/2016 es un ejemplo hiriente de desconocimiento flagrante del canon del art. 10.2 CE por la mayoría de la Sección que inadmitió a trámite el amparo y que es ejemplarmente denunciado por la discrepante Asúa.

En otros casos, el Tribunal Constitucional pura y simplemente se equivoca al utilizar los referentes internacionales. Un buen ejemplo lo proporcionan las SSTC 64/2001 y 70/2002, a propósito del derecho al doble grado de jurisdicción penal de toda persona condenada, en las que se cometen algunos errores al valorar la actividad del Comité de Derechos Humanos, los efectos de las reservas al PIDCP, la jurisprudencia del TEDH, y al utilizar en la primera de ambas Sentencias, con relevancia en la motivación, la excepción presente en el art. 2.2 del Protocolo VII CEDH, que España no había ratificado en aquel momento y sin que en ningún momento se aclarara este extremo.

B) *La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos*

El art. 10.2 CE no modifica o altera la posición de los acuerdos o convenios a los que se refiere en el sistema interno de las fuentes del Derecho. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto es constante: los tratados, todos ellos, no pueden «erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad» (STC 142/1992, FJ 3.º). Y para los textos internacionales aludidos en **la disposición constitucional aquí estudiada** el alto Tribunal ya explicitó hace tiempo que la misma «**no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de la validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales**» (STC 64/991, FJ 4.º). Siendo cierto cuanto acaba de recordarse, no puede al tiempo negarse que el art. 10.2 CE atribuye a un cierto tipo de tratados, cualificado por razón de la materia, una función que los diferencia del resto, un efecto que va mucho más allá de cuanto para el común de ellos resulta del art. 96.1 CE: a la fuerza pasiva frente a la ley se añade su condición de parámetros interpretativos de la propia Constitución.

En ausencia del mandato presente en el art. 10.2 CE, el Tribunal Constitucional no estaría obligado a proceder en la interpretación de las disposiciones referidas a derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales; antes bien, podría pura y simplemente ignorar tales fuentes de producción externa al establecer el contenido constitucionalmente declarado de aquellos derechos. Es cierto que una interpretación sistemática de nuestra Constitución podría llevar a entender, tal y como ocurrió en Alemania, que la misma proporciona no pocos argumentos a favor de la apertura al Derecho internacional, y en particular al Derecho internacional de los derechos humanos, pero sería seguramente más difícil concluir que la referi-

da apertura podría significar para el Tribunal Constitucional la *obligación* de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con aquellos tratados.

Cuanto se acaba de dejar escrito, es decir, el vínculo que para el Tribunal Constitucional suponen los convenios internacionales (y, no se olvide, otros textos o decisiones) a los que se refiere el art. 10.2 CE, produce también algún efecto sobre el eventual control de la constitucionalidad de tales tratados, pudiendo afirmarse que el alto Tribunal es menos libre al fiscalizar su validez, ya que, salvo en los supuestos de incompatibilidad expresa, el parámetro utilizable, la Constitución, habrá de leerse en un sentido no contradictorio con aquellos, que gozarían así de una suerte de presunción de constitucionalidad reforzada.

Además, y aquí otra de las características singularmente predicables de los acuerdos *ex art.* 10.2 CE, el mandato interpretativo en él presente puede implicar que un texto internacional en materia de derechos fundamentales cuyas disposiciones no posean eficacia directa despliegue unos efectos, contribuyendo a la interpretación de la Constitución, próximos a los que resultarían de su eventual aplicación inmediata, y ello aun cuando esta no sea posible por carecer su contenido de las características necesarias (voluntad de los autores, carácter completo de sus normas) a juicio del órgano aplicador. De este modo, tienden a desdibujarse, en cierto grado, y solo en el específico ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos *self-executing* y los que no lo son. Este es el resultado de la jurisprudencia constitucional en materia de derecho al recurso penal, desde el art. 14.5 PIDCP (por sus efectos sobre la casación), y de contenido mínimo del derecho al *habeas data*, desde el convenio elaborado en el Consejo de Europa para la protección de los datos personales frente a la informática, al que sus autores privaron expresamente de eficacia directa (a ambos ya me he referido con anterioridad). Y este es

también el resultado que se produce cada vez que el Tribunal Constitucional asume jurisprudencia internacional que incorpora a algún tratado contenidos no explicitados en el mismo, algo relativamente frecuente en el caso del CEDH.

Aunque desde la teoría de las fuentes no parece que pueda singularizarse a los tratados en materia de derechos humanos, desde la teoría de la interpretación creo que la conclusión tiene que ser otra, como he intentado demostrar a la luz de la doctrina constitucional. **El comportamiento de los tratados internacionales en el ámbito del art. 10.2 CE puede explicarse en su condición de normas interpuestas en el juicio de constitucionalidad (o de amparo), en definitiva como parámetro o medida de la validez de las normas y actos de los poderes públicos españoles en el terreno de los derechos fundamentales. En efecto, los contenidos de tales fuentes subconstitucionales se comportan como límites para el legislador (más allá del art. 96.1 CE) y los demás poderes públicos, por expresa decisión del constituyente, de modo no muy diferente a como lo hacen, en lo que en su momento se vino a denominar el bloque de la constitucionalidad, otras fuentes de rango infraconstitucional al proceder al reparto territorial del poder político. Se podrá, o mejor, se deberá siempre reconducir el juicio de validez a una determinada disposición constitucional, pero si la norma que esta expresa recibe su contenido de las citadas fuentes de producción externa, en la práctica estas integrarán en última ratio el parámetro empleado.**

Bien puede entonces concluirse afirmando el carácter (permanentemente) inacabado del Título I CE, cuyo contenido, o más precisamente, el contenido de los derechos en él declarados será el resultado de la paulatina interpretación de las disposiciones que lo componen de conformidad con los tratados (y la jurisprudencia que de estos resulte) que se vayan incorporando al ordenamiento español.

BIBLIOGRAFÍA

- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014.
- BUSTOS GISBERT, R., «La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional», en SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Integración europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñate, 2006, págs. 211 y ss.
- «La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, págs. 333 y ss.
- FERRERES COMELLA, V., «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo», en SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Integración europea y Poder Judicial*, IVAP, Oñate, 2006, págs. 231 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Le recours à l'article 10.2 de la Constitution espagnole dans la jurisprudence récente du tribunal constitutionnel», en BURGORGUE-LARSEN, L. (Dir.), *Les défis de l'interprétation et l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue*, Pedone, Paris, 2017, págs. 111 y ss.
- LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V., *Constitución Española y Constitución Europea*, CEPC, Madrid, 2005.
- MONTESINOS PADILLA, C., *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ TREMPES, P., «El Tribunal Constitucional y las jurisdicciones europeas», Cap. VIII del libro del mismo autor, *Sistema de Justicia Constitucional*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2016, págs. 171 ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., «En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004.
- REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales», *Revista General de Derecho*, núm. 537, 1989.
- RIPOLL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007.

RUBIO LLORENTE, F., «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves*, núm. 75, 1997.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999.

- «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de *desafortunada* jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 5, 2003.
- «La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria: una visión desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en AA. VV., *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 51 ss.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, págs. 391 y ss.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOLL CARULLA, S., «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, págs. 105 y ss.

DE LOS ESPAÑOLES Y LOS EXTRANJEROS [ARTS. 11 A 13]

Artículo 11

1. *La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido en la Ley.*
2. *Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.*
3. *El estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una especial vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán nacionalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.*

Sumario: I. Introducción. 1. Concepto. 2. Nacionalidad y ciudadanía. 3. Unicidad. 4. Función constitucional. 5. Nociones similares. 6. Nacionalidad de las personas jurídicas. 7. Libertad del legislador. II. Fuentes reguladoras. 1. Derecho internacional. 2. Derecho interno: el problema del rango normativo de la disciplina de la nacionalidad. 3. Las reformas de la nacionalidad. III. Algunas determinaciones constitucionales. 1. Nacionalidad de origen y nacionalidad adquirida. 2. Doble nacionalidad.

MIGUEL ÁNGEL AMORES CONRADI

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto

1. En realidad, y fuera de consideraciones más bien extrajurídicas y/o puramente personales, **la nacionalidad no es mucho más que un punto de conexión. De gran importancia** en nuestro Derecho, sin duda, pero poco más. Por voluntad de nuestro constituyente, art. 13, es punto de conexión determinante de la plena titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en particular en cuanto al derecho de sufragio del art. 23.1 y a la igualdad que el art.

14 predica de «los españoles». Y por voluntad del legislador, es también punto de conexión determinante del estado civil de las personas físicas —art. 9.1 CC— y hasta de las jurídicas —art. 9.11 CC, no sin cierta impropiedad—, entre otras muchas situaciones y relaciones jurídicas. En ambas decisiones se expresa además la «*doble naturaleza*», jurídico-pública y privada, de la nacionalidad en nuestro ordenamiento, que expresa a la vez una determinada relación entre el individuo y el Estado y su estatus jurídico-privado. Y a ello hay que añadir que, desde el punto de vista del Derecho internacional, la nacionalidad es también la conexión a través de la cual el Estado de-

termina su propia competencia en el orden internacional *ratione personae*, más allá incluso de la que se deriva del principio de territorialidad del poder estatal (sobre la doble naturaleza y este último aspecto, FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 30 y 39).

2. Ciertamente, además, y a pesar de la más que notable oscuridad del concepto (DE CASTRO, 1961, 545 y ss.), la nacionalidad es **la condición de las personas que integran la Nación** (o la comunidad nacional, en términos de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1978, 546-547), que es el sujeto de la soberanía (art. 1.2 CE) y que el Preámbulo de la Constitución parece identificar con el constituyente. Pero, curiosamente, y como luego veremos, la Constitución no da indicación alguna sobre quiénes son tales sujetos que conforman la Nación («sobre ello, no le da —al legislador— la Constitución pauta material alguna», DTC 1/1992, FJ 5.º, 2.º pfo.). Con todo, cabe apreciar la coherencia entre quienes conforman el sujeto soberano y los que gozan en su plenitud de los derechos fundamentales y libertades públicas, y en particular de los únicos titulares del derecho de sufragio en las elecciones de mayor calado político: las que determinan la composición de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos. A ello cabe añadir, dentro de las normas del Título Preliminar y expresivas por tanto de algunas de las decisiones fundamentales del constituyente, las referencias a «los ciudadanos» en el art. 9, núms. 1 y 2, como «sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y destinatarios del deber de los poderes públicos de facilitar su participación en la vida política, económica, cultural y social.

3. Esta relevancia de la nacionalidad es **decisión del constituyente**. Exactamente igual que el punto de conexión determinante de la sujeción a las leyes fiscales españolas no es la nacionalidad, y lo mismo ocurre en general en materias jurídico-administrativas (el porqué, en VOGEL, 1962, *passim*), el constituyente hubiera podido optar por vincular la titularidad y ejercicio de los derechos y li-

bertades —incluso del derecho de sufragio, ejemplos no faltan incluso en España: por ahora, el voto de los *ciudadanos europeos* en las elecciones locales y europeas— a *otras circunstancias personales*, como, en particular, la residencia habitual y legal en España. Y en realidad, que no sea así no deja de causar cierta desazón desde el punto de vista del principio democrático: viven sometidos a nuestro ordenamiento jurídico-público algunos millones de sujetos que, sin embargo, carecen totalmente del más relevante, quizá, de los derechos políticos, el de sufragio; exactamente igual que residen fuera de nuestras fronteras cientos de miles, sino millones, de españoles titulares del derecho de sufragio respecto a España, pero que no padecen ni disfrutan de sus consecuencias, pues residen en el extranjero puede que desde hace generaciones (RUBIO-MARÍN, 2004, 20 y ss.). La relevancia constitucional de la nacionalidad española es, pues, y desde luego, opción del constituyente, tan posible como su contraria, exactamente igual que su determinante relevancia jurídico-privada es pura opción del legislador, ésta, además, francamente equivocada e impracticable —de hecho no practicada— en una sociedad en la que ya más del 10 por 100 de su población es extranjera.

2. Nacionalidad y ciudadanía

4. En nuestro Derecho interno, que no en otras perspectivas (el Derecho comunitario, p. ej.), **nacionalidad y ciudadanía son nociones coextensas** (en contra, FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 21-22, por referencia a que ciudadano sólo es el nacional que «se encuentra en plenitud de Derechos políticos», lo que no ocurre con los menores de edad; pero v. com. art. 11). Puede que en otro orden de cosas no sea así, y no faltan entre nosotros fecundos ejemplos de conceptualización de una y otra categorías (RUBIO-MARÍN, 2000, *passim*; ALÁEZ CORRAL, 2006, *passim*, y en particular 17-25; también CAAMAÑO, 2004, 104-109). Pero, guste o no —y, si a alguien le importa, a mí no me gusta nada—, en nuestro Derecho no hay más

ciudadano que el nacional español, ni más nacional español que el ciudadano. Éste es el entendimiento de la DTC 1/1992 en cuanto al sujeto titular de los derechos del art. 23.1 por imperativo del art. 13.2: si sólo los españoles son titulares plenos del derecho de sufragio y éste lo predica el art. 23.1 de «los ciudadanos», parece claro que no existen sujetos que no sean a la vez las dos cosas o ninguna de ellas; *tertium non datur*. Y negar la condición de ciudadano al menor de edad supone, a mi juicio, exagerar innecesariamente la afectación de su estatus como consecuencia de esa menor edad.

3. Unicidad

5. Y esta misma resolución, la DTC 1/1992, deja bien claro que **la nacionalidad española es única en su sentido y contenido constitucionales**: no es posible «acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc*», ni «fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos» (ambas citas en FJ 5.º, pfo. 2.º), o no por lo menos más allá de la distinción que el propio art. 11 establece, a doble efecto (núms. 2 y 3), entre los españoles de origen y los que no lo son, pues también es cierto que «no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales» (ibídem). Será, pues lícita, en términos constitucionales, la diferenciación entre españoles originarios y no originarios a efectos de regular la pérdida de esta condición y la doble nacionalidad, pero no con ninguna otra consecuencia. A diferencia, pues, de la multiplicidad de estatus distintos que esconde la noción de extranjero, y utilizando una terminología más bien arcaica, cabría afirmar que se es español «de una pieza»: se es o no se es, pero tampoco hay, en Derecho y según nuestro TC, un tercer término, y sobre ello volvemos inmediatamente (núm. 6). Sólo en Derecho, claro, pues es más bien evidente que, en la realidad material, la sujeción a nuestro ordenamiento y a los poderes públicos españoles de quienes, poseyendo nuestra nacionalidad, residen permanente-

mente fuera de nuestras fronteras, es tan laxa como estrecha resulta serlo la de los que, siendo extranjeros, desarrollan su vida social y económica entre nosotros.

4. Función constitucional

6. **Constitucionalmente hablando**, el contenido sensible de la noción de **nacionalidad**, único como sabemos, es el de la **igual titularidad y goce de los derechos y libertades**, como también de los deberes de esta naturaleza, aunque mucho habría que matizar en cuanto al deber de contribuir a que se refiere el art. 31.1 CE. De los españoles predica la igualdad el art. 14, y éste es, si alguno hay, el contenido sustancial de la noción de «ser español»: que se es constitucionalmente igual a otro español. La diferencia específica consiste, pues, en que sólo los españoles son constitucionalmente iguales entre sí; todos los demás, hasta los *ciudadanos europeos* no españoles, son constitucionalmente distintos. De éstos cabrá predicar unos u otros derechos, y unas u otras modalidades de ejercicio de los mismos, según se trate, p. ej., de ciudadanos europeos, iberoamericanos, residentes legales, etc., pero su estatus nunca podrá ser del todo idéntico al de los españoles, pues a éstos y sólo a éstos reserva el art. 13.2 la plena titularidad del derecho de sufragio y el art. 14 el de igualdad. La primera y principal función de la nacionalidad en términos constitucionales es, en definitiva, la de determinar quiénes son los que por igual gozan de los derechos fundamentales y las libertades públicas. No deja de ser una función de mera conexión, pero, por decisión del constituyente, lo es de mucha importancia, aunque tampoco deba exagerarse. En nuestra globalizada realidad social, afirmar que español es el igual a otro español *para el ordenamiento español*, tampoco parece asunto de vida o muerte; sin ir más lejos, español-ciudadano europeo es exactamente igual a letón-ciudadano europeo *para el ordenamiento europeo*; y otro tanto cabe decir del español-andaluz respecto a otro español-andaluz *respecto de los «dere-*

chos políticos» a que se refiere el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

7. Por lo demás, la condición de nacional o ciudadano aparece en **otros preceptos constitucionales** siempre vinculada a la titularidad o ejercicio de derechos o funciones públicas: constitucionalmente, sólo los españoles (i) tienen libertad deambulatoria y de residencia, así como a entrar y salir libremente de España (art. 19) dado que los ciudadanos europeos también, por lo menos las dos primeras (art. 18.1 TCE), ¿por qué hubo que reformar el art. 13 para atribuirles el derecho de sufragio local pasivo y no también el art. 19?; (ii) derecho de petición (art. 29.1); (iii) el derecho-deber de defender a España (art. 30.1); (iv) el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 35.1); (v) Seguridad Social (art. 41, lo que no deja de ser problemático); (vi) derecho a una vivienda digna (art. 47); (vii) a la suficiencia económica durante la tercera edad (art. 50, igual de problemático); (viii) pueden ser regente (art. 59.4); (ix) elector y elegible para el Congreso de los Diputados (art. 68); (x) participar en un referéndum (art. 92.1), y (xi) formar parte del Jurado y ejercer la acción popular (art. 125). La igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (xii), es ámbito material que atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de sus condiciones básicas (art. 149.1.1.^a).

5. Nociones similares

8. Pero esta importancia de la nacionalidad como punto de conexión en nuestro Derecho, no debe hacernos olvidar que **otras nociones**, similares o no necesariamente, **cumplen funciones, por lo menos, parecidas** también en nuestro Derecho. Así, como antes apuntamos, ni siquiera la ecuación nacional = titular del derecho de sufragio es del todo cierta entre nosotros, como por ahora ocurre en el ámbito local y europeo para los *ciudadanos europeos* (art. 19 TCE, núms. 1 y 2,

añadidos por el TUE en 1992, y no sólo en cuanto al derecho de sufragio, sino de cualesquiera otros previstos en el Tratado, ente los que destacan las libertades de circulación y residencia, art. 18), aunque para ello hubiera que reformar la Constitución, como es sobradamente conocido. En sentido similar, p. ej., la *condición política de vasco, catalán, o andaluz* (art. 7 de los Estatutos vasco y catalán, art. 5 del de Andalucía) es el punto de conexión utilizado en nuestro Estado autonómico para referir el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas, y otros variados «derechos políticos» en el caso de los Estatutos catalán y andaluz tras su última reforma. No menos relevante es la *vecindad administrativa* a efectos del derecho de sufragio en las elecciones locales, como asimismo la *vecindad civil* a efectos de la sujeción al Derecho civil que seguimos llamando común o a los forales o especiales, que cada vez son menos esto último, por lo menos en Cataluña. Y en otro orden de cosas, el *domicilio fiscal* determinará la posible sujeción a la Hacienda española o a la vasca o navarra, exactamente igual que el *domicilio* en una determinada Comunidad Autónoma implicará para las Cajas de Ahorro la sujeción a la tutela administrativa de una u otra Comunidad. Y pocas dudas caben en nuestra sociedad, de que para un porcentaje ya significativo de nuestra población, y en crecimiento, lo único realmente importante es la *legalidad de la residencia* en España y la titularidad de un *permiso de trabajo*. Hay más ejemplos, pero lo que queremos dejar claro es que *el ordenamiento utiliza una pluralidad de circunstancias personales para, sobre la base de ellas, predicar la aplicación de uno u otro régimen jurídico*; entre esas circunstancias, sin duda, la nacionalidad es importante, tanto a efectos constitucionales como puramente civiles, pero no es ni mucho menos la única, y ni siquiera la más relevante a según qué efectos o para quién. Baste referirse al tráfico económico privado para convencerse de ello: la contratación, la responsabilidad, las titularidades jurídico-reales, no dependen en su régimen jurídico de la nacionalidad de nadie, ni la mucha

relevancia del «lugar de situación», totalmente ficticio, de unos valores anotados en cuenta ha dado lugar, que se sepa, a guerras centenarias o pasiones desbordadas, aunque puede que sí a menos violentas formas de competencia en el mercado. Aceptar con naturalidad que la nacionalidad no es sino una de las múltiples circunstancias de que dependerá la aplicación de uno u otro régimen jurídico concreto, puede ayudar a comprender la escasa sensatez de las pasiones que suelen acompañarla. En cierto sentido, queremos así recoger las agudas observaciones de ALÁEZ CORRAL (2006) sobre la diferencia conceptual entre nacional —el sustrato personal del Estado, dotado de cierta permanencia— y ciudadano, pues esta noción permite ser construida en diferentes grados que implican la mayor o menor integración en la sociedad y el correspondiente goce de derechos de *ciudadanía* (vid. también *supra*, núm. 6).

6. Nacionalidad de las personas jurídicas

9. Buena prueba de ello es también, a mi juicio, el que nuestro Derecho y hasta el lenguaje ordinario predicen la **nacionalidad de quienes no son seres humanos**. Esto es claramente así en el caso las *personas jurídicas* (art. 9.11 CC), pero no lo es menos, en general, respecto de abstracciones sumamente variopintas —un combinado «nacional», la gastronomía, cultura, costumbres y hasta manías «nacionales»—. En lo que a nosotros importa, la «nacionalidad» de las personas jurídicas —expresión no tan impropia quizá como cree GARCIMARTÍN, 1999, 655, o no más que la de «persona jurídica»; no se trata más que de un punto de conexión— determinará lo relativo a «su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción», art. 9.11 CC, su estatus como persona, en suma. En términos generales, el venerable art. 28 CC llevaba a la conclusión de que *nacionalidad española es igual a domicilio en España* en cuanto a las personas jurídicas, y muy probablemente lle-

varan razón quienes, con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1978, 779, entienden que ello exige la *constitución conforme al ordenamiento español*. En definitiva, y sin poder desarrollar aquí los matices necesarios, la regla general puede reconducirse al *modelo de constitución*: son españolas las personas jurídicas *constituidas conforme al Derecho español*, lo que es particularmente cierto para las sociedades civiles y mercantiles (GARCIMARTÍN, 2003, 37), y para las asociaciones, según el art. 9 de la LO 1/2002, siempre como regla general. La Ley 50/2002, de Fundaciones, *no* excepciona esta regla general en su art. 6, pues en realidad no contiene regla general alguna, sino que se limita a contener el mismo género de excepciones que también recoge la normativa societaria y el art. 9 de la LO 1/2002.

7. Libertad del legislador

10. Por voluntad del constituyente, como ya dijimos, el legislador goza de una libertad poco menos que absoluta en la determinación de quiénes y hasta cuándo son españoles («sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna» afirmó la DTC 1/1992, FJ 5.º, pfo. 2.º), y **tampoco hay más jurisprudencia constitucional que la ya citada**, la DTC 1/1992, que nos diga algo más sobre el contenido constitucional de la noción, pues la muy numerosa en la se hace referencia a la nacionalidad se dedica en realidad a los derechos de quienes no gozan de la condición de nacional. Queda sólo por tanto la exégesis de los tres enunciados del art. 11 y a ellos se dedican los siguientes apartados.

II. FUENTES REGULADORAS

1. Derecho internacional

11. La regla general es que **los Estados determinan libremente quiénes son sus nacionales**. Pese a una polémica doctrinal más o menos intensa, lo cierto es que ésta es la regla que afirmó el TPJI en sus Dictámenes

de 7 de febrero y 15 de septiembre de 1923, sobre *Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y en Marruecos, y Adquisición de la Nacionalidad Polaca*. Lo alejado de la fecha de estas decisiones no impide afirmar su plena vigencia en la sociedad internacional actual (FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 45-46), en la que, por lo demás, es cosa más bien evidente que cada Estado regula la atribución, adquisición y pérdida de su propia nacionalidad como tiene a bien.

12. Naturalmente, esta regla general no carece de alguna matización, la primera de las cuales es la derivada del **principio de efectividad o de mínima vinculación**, conforme al cual la amplia libertad de que gozan los Estados se ve limitada por la exigencia de que los criterios por los cuales se adquiere o atribuye su nacionalidad deben expresar la existencia de *una relación auténtica o vínculo efectivo* entre el individuo y el Estado cuya nacionalidad se predica (STJ de 6 de abril de 1955, *Asunto Nottebohm*), límite cuyo sentido no es otro que el de liberar al resto de los Estados de la obligación de reconocer la nacionalidad establecida en contra del mismo (FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 43-44), de modo que, en realidad, la regla que resulta es la de que los Estados son totalmente libres de atribuir su nacionalidad a quienes tengan a bien, y el resto de los Estados deben reconocerla a menos que se funde en vínculos ilusorios o del todo irrelevantes. Y aún así, desde el más limitado punto de vista del Derecho comunitario, la STJUE de 7 de julio de 1992, as. C-369/1990, *Micheletti*, sentó la regla de que un Estado miembro no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro exigiendo requisitos adicionales para reconocerla. Es discutible, de otra parte, que exista o no una regla consuetudinaria de Derecho internacional que impida el otorgamiento de la nacionalidad a quien no esté vinculado al Estado otorgante por filiación, nacimiento o residencia, o de que en caso de sucesión de Estados debe permitirse la opción por la nacionalidad anterior o la del nuevo Estado (FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 55-56).

Pero nuestra propia experiencia en los desafortunados tiempos de la *última descolonización* (Guinea Ecuatorial, Ifni y Sahara Occidental) fue en la *práctica* cualquier cosa menos brillante (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1978, 33-40).

13. Con algún mayor nivel de concreción, sin exagerar, la **normativa internacional de Derechos Humanos** sienta algunas reglas que parece preciso recoger: A) Conforme al *art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*: (i) toda persona tiene derecho a una nacionalidad, (ii) a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad y (iii) todo individuo tiene derecho a cambiar de nacionalidad. B) Por su parte, el *art. 24.3.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966*, recoge el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad. C) El *Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada de 20 de febrero de 1957* —no ratificado por España, pero cuyos principios se recogieron en la reforma de nuestro Derecho interno en 1982— intentó poner fin al automatismo con el que el matrimonio implicaba para la mujer la pérdida de la propia nacionalidad y la adquisición de la del marido, lo que se justificaba en un evanescente *principio de unidad jurídica de la familia* que no llevaba a otra cosa que a la sujeción de la mujer al estatus del esposo.

14. Dado el contenido concreto de nuestras reglas nacionales, imposibles de exponer aquí, y la muy escasa concreción de parte al menos de estas reglas, su **relevancia para el ordenamiento español** es punto menos que inexistente. El que todo ser humano, y más aún los «niños», tenga derecho a *una* nacionalidad, no implica en Derecho internacional que el apátrida pueda sin más reclamar la de un Estado determinado, ni siquiera la del Estado de su residencia legal. Y el derecho a cambiar de nacionalidad ni obliga al Estado cuya nacionalidad se quiere dejar de ostentar a aceptarlo, ni mucho menos a que se tenga derecho alguno a adquirir la nacionalidad de otro Estado, ni siquiera cuando se reside pro-

longadamente en él, todo ello conforme al Derecho Internacional. En cuanto a la privación arbitraria, algo diremos más abajo al tratar del núm. 2 del art. 11.

2. Derecho interno: el problema del rango normativo de la disciplina de la nacionalidad

15. La amplia libertad que el constituyente otorgó al legislador de la nacionalidad en el núm. 1 del art. 11, en contra de nuestra tradición constitucional, desde 1812 (art. 5) hasta 1931 (arts. 23 y 24), ha sido utilizada en reiteradas ocasiones por nuestro legislador. En todas ellas, la fórmula normativa utilizada ha sido la de la Ley ordinaria, lo que no deja de plantear ciertas dudas. Pues, en efecto, que la materia «nacionalidad» esté o no sujeta a **reserva de Ley Orgánica** es, por decir lo menos, discutible. No, desde luego, porque exista derecho fundamental alguno a la nacionalidad (LÓPEZ LÓPEZ, 1997, 130-136, con convincente argumentación), ni «contenido esencial» alguno del inexistente derecho, que desde luego no es invocable en el recurso constitucional de amparo (art. 53.2, aunque puede que sí como presupuesto subjetivo del derecho a la igualdad o al sufragio activo o pasivo del art. 23, como quiere respecto a éste el mismo LÓPEZ LÓPEZ, 1997, 135-136), sino porque *delimita el elemento subjetivo activo, la titularidad, de los derechos y libertades*, bien absoluta (caso de los arts. 14 y 23), bien relativamente (LÓPEZ LÓPEZ, 1997, 141-142). Ciertamente, al establecer quiénes son españoles, el legislador no es del todo exacto que lleve a cabo una labor de *desarrollo* de los derechos y libertades (art. 81). Está haciendo *algo todavía más importante*: establecer quiénes gozan por igual y con plenitud de los mismos, y quiénes no gozan de ellos en absoluto o sólo en los términos que establezcan los tratados y la ley (art. 13. 1 y 2). Así las cosas, es por lo menos sorprendente que la cuestión no se haya siquiera planteado hasta ahora, aunque de sobra sabemos que la mayor o menor importancia de la materia regula-

da no es criterio alguno para delimitar la reserva de la Ley Orgánica del art. 81. Esto dicho, ¿no es desarrollo del régimen jurídico de los derechos y libertades establecer quiénes son sus titulares?

3. Las reformas de la nacionalidad

16. Pero, como veníamos analizando, la amplia libertad, casi total, otorgada por la Constitución al legislador en la materia, ha sido utilizada, desde 1978, con cierta copiosidad. Las decisiones esenciales, probablemente, se tomaron en la Ley 51/1982, de 13 de julio, que modificó muy sustancialmente el régimen jurídico de la nacionalidad como hasta entonces venía siendo conocido [su examen exhaustivo, en DÍEZ DEL CORRAL, 1983 y 1991; R. BERCOVITZ (Dir.), 1984; FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993]. Allí se dio cumplimiento al art. 14 en cuanto a la **completa igualdad hombre-mujer** en la transmisión de la nacionalidad por filiación, aunque con una aplicación por la DGRN a los supuestos transitorios francamente sorprendente dada la inmensa calidad jurídica de los por entonces Letrados de la DGRN M. PEÑA y J. DÍEZ DEL CORRAL, grandes especialistas en el Derecho de la nacionalidad: poco «cambio revolucionario» más claro introdujo la CE en nuestro ordenamiento que la total igualdad hombre-mujer, o por lo menos, es un caso claro de «incompatibilidad con sus fines sociales o morales» el mantenimiento de las situaciones anteriormente constituidas; y entonces, DE CASTRO, 1949, 652: es un caso típico de retroactividad tácita.

17. Además, la Ley 51/1982 vino a caracterizar nuestro Derecho de la nacionalidad por las siguientes **notas características**, no todas nuevas por entonces: (i) exagerando un poco, muy poco, español de origen, lo que se dice español de origen, es el *hijo de español/a*: la filiación de español/a es la única circunstancia que por sí sola atribuye la nacionalidad originaria; (ii) el nacimiento en España sólo atribuye la nacionalidad por ino-

perancia de la filiación extranjera o por arraigo de dos generaciones en España (el nieto del inmigrado nacido en España, cuyo padre/madre también nació aquí), art. 17; (iii) la inserción en familia española —por sujeción a la patria potestad de un español, matrimonio, o descendencia de españoles originarios— facilita enormemente la adquisición de la nacionalidad (arts. 19 y 22 III); (iv) la conservación de la nacionalidad española también se facilita extraordinariamente: no la pierde nunca *el emigrante* (art. 23. I del texto de 1982), ni su hijo que ostenta otra nacionalidad desde su minoría a menos que renuncie expresamente (art. 23. II, *id.*), ni el que adquiere la nacionalidad de país de la «comunidad iberoamericana», a la que nos referiremos más abajo, art. 23. IV, también en la versión de 1982, ahora 24.1. II; y (v) proliferan las habilitaciones discrecionales o cláusulas demasiado abiertas: arts. 21 (otorgamiento discrecional de la nacionalidad), 22. I (orden público o interés nacional), 24. II y 26.

18. Poco ha dado de sí la **historia legislativa posterior**. Con la posible excepción de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (sobre ella, DÍAZ GARCÍA, 1991, y ESPINAR VICENTE, 1994), el resto se limitaron a reformas muy de detalle y más bien «técnicas» (Leyes 13/1993 y 29/1995), aunque la Ley 36/2002 —las fechas son siempre relevantes— introdujo un par de modificaciones significativas en cuanto a los hijos y nietos del emigrante español ya nacidos en el país cuya nacionalidad ostentan desde la menor edad. En sentido diametralmente opuesto a una de las modificaciones introducidas en 2002, la Ley 52/2007, de la *Memoria Histórica* (Disp. Adic. 7.^a, con *vacatio legis* de un año desde su publicación, Disp. Final), atribuye un derecho a optar por la nacionalidad española a los hijos de padre o madre españoles originarios —que perdieran la nacionalidad española antes de la generación, pues sino sus hijos son del todo españoles— y a «los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio». El posiblemente loable propósito de la nueva norma no excusa la deplorable

técnica de mantener formalmente en vigor preceptos del código civil incompatibles con ella (claramente, art. 24.3), además de *romper la unidad de sede* sistemática en el Código de las normas reguladoras de la atribución, adquisición y pérdida de la nacionalidad, y de propiciar el mantenimiento *in aeternum* de estirpes de españoles en el extranjero, lo que para unos puede ser positivo, y para otros —entre los que me cuento— no.

III. ALGUNAS DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES

1. Nacionalidad de origen y nacionalidad adquirida

19. Hasta por dos veces, en los núms. 2 y 3 del art. 11, la Constitución se refiere a la nacionalidad «de origen», primero para limitar a esta categoría de españoles el derecho a no ser privado de la nacionalidad —que se formula en términos absolutos— y segundo para limitar también a éstos el privilegio de no perder la nacionalidad al «naturalizarse» en uno de los países iberoamericanos o «que hayan tenido o tengan una particular relación con España». Dejando para el siguiente apartado esta segunda regla, lo cierto es que el precepto **consagra una dualidad de categorías de nacional, desde luego a efectos bien limitados**, pero que es menester desentrañar. También el art. 60 CE reserva a los españoles «de nacimiento» la posibilidad de ser tutor del Rey menor de edad, calidad que sin embargo no se exige para desempeñar la Regencia (art. 59); pero su comentario pertenece a otra sede. La diferencia, legalmente, no se refiere en realidad a que se sea español «de nacimiento» —aunque sea la hipótesis muy mayoritaria; pero *vid.* arts. 17.2 y 19 CC, también el 18 según los casos—, sino a que el título de adquisición lleve aparejada esa cualidad.

20. La diferencia entre unos y otros nacionales es tradicional en nuestro Derecho, en el que siempre se distinguió entre el «natural»

español y el «naturalizado». Ahora bien, recogida constitucionalmente la distinción a los solos efectos transcritos, la generalidad de la doctrina (PÉREZ VERA, 1982, 5 y ss.; GONZÁLEZ CAMPOS, 1986, 21; FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, 23; DíEZ DEL CORRAL, 1991, 177; única excepción, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1993, 131-135) entiende que **no es posible establecer más diferencias entre una y otra categoría de españoles que las que la propia Constitución recoge**. La argumentación trae causa del principio de igualdad, también en su vertiente de iguales posibilidades de acceso a las funciones públicas del art. 23.2. A lo que cabría añadir que, como ya sabemos, la DTC 1/1992, FJ 5, se pronuncia por la unidad esencial de la condición de nacional, aunque no sin advertir que «no existe un régimen jurídico uniforme para todos los españoles». Personalmente, y aunque la cuestión no ha pasado de ser puramente académica, creo que siendo cierto, como argumentara PEÑA, que el art. 14 no es un argumento definitivo, el hecho de que el art. 11 sólo recoja dos extremos —o tres con el art. 60— en los que una y otra «clase» de españoles son diferentes, hace *más bien imposible que pueda haber alguna otra justificación de la diferencia* de régimen, y desde luego no cabría justificación alguna en cuanto al acceso a funciones públicas como la Presidencia del Gobierno o similares —incluida la Regencia, art. 59—, no sólo por el art. 23, sino porque sería añadir un requisito que constitucionalmente no aparece en parte alguna.

21. Esto dicho, la diferencia entre españoles de origen y los que no lo son a efectos del **derecho a no ser privado de la nacionalidad**, se recoge legalmente en el art. 25 CC, que especifica tres supuestos de pérdida de la nacionalidad española que sólo se prevén para los no originarios. De ellos, el primero no es caso alguno de «privación», sino de *voluntario abandono de la nacionalidad española recién adquirida*, y el tercero es en realidad consecuencia de la *nulidad del título de adquisición*, al haber mediado falsedad, ocultación o fraude. De modo que la «privación», en realidad, sólo se refiere al supuesto de *entrar*

voluntariamente al servicio de las armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno. No debe ser supuesto especialmente relevante, puesto que, hasta donde nos ha sido posible investigar, jamás se ha utilizado, y lleva razón DíEZ DEL CORRAL (1991, 213-214) al considerar derogado el Decreto de 28 de diciembre de 1967 que prohibía a todos los españoles entrar o continuar voluntariamente al servicio de las armas de un Estado extranjero. No parece, en fin, que este supuesto de privación pueda considerarse en abstracto como *arbitrario* —aunque puede que sí su ejercicio concreto por el Gobierno, si alguna vez se produce—, de modo que no colisiona tampoco con la regla del art. 15 de la Declaración Universal de Derechos.

2. Doble nacionalidad

22. Con indudable influencia de los apartados 2 y 3 del art. 24 de la Constitución de la II República —que no llegó a tener desarrollo legal ni convencional—, y recogiendo además, en lo que se refiere a los convenios, lo que llegó a ser una importante red convencional posibilitada por la reforma de la nacionalidad de 1954 —donde el poderoso influjo de F. DE CASTRO, en particular, 1951, fue innegable; *vid.* también su Curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya de 1961—, el núm. 3 del art. 11 vino, de una parte, a **sancionar los diez Convenios** de Doble Nacionalidad entonces existentes —a los que en tiempos constitucionales se sumaría el Convenio con Colombia, de 1979— y, de otra, a **introducir una doble nacionalidad automática, unilateral**, o expresamente facilitada por el propio constituyente.

23. Las fechas nunca son inocentes, y si la norma de la Constitución de 1931 pretendía tener un sentido de protección de la muy numerosa emigración española en Iberoamérica y el ejemplo de la *Commonwealth* tuvo también su importancia en el pensamiento de F. DE CASTRO —quizá el último autor entre no-

sotros con una visión del todo coherente, cualquiera sea el juicio que merezca, de lo que es «ser español», lo cierto es que el sistema de la reforma de 1954 y de los convenios se inspira en **una concepción de lo español, o, mejor, de lo hispánico**, que no era ya posible seguir manteniendo en tiempos constitucionales, pues su base última era *étnica y religiosa* (*vid.*, en particular, DE CASTRO, 1943-45). Quizá por ello, la norma constitucional se refiere tanto a los países iberoamericanos como a «aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España», expresión que el art. 24.1. II CC —que era el art. 23.4 hasta la reforma de 2002— hace equivalente a «países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal», lo que puede estimarse aceptable, o del todo desacertado (FERNÁNDEZ ROZAS, 1983 y 1984), pues si las razones históricas pesan («hayan tenido»), no son las únicas («o tengan»): ¿es mayor la vinculación actual de España con Filipinas que la que tenemos con buena parte, por lo menos, de nuestros socios en la integración europea? ¿Y nuestra histórica relación con Marruecos? ¿No será que la historia de la *Monarquía Católica Hispana* pesa demasiado, aún hoy?

24. **En cuanto a los convenios**, siendo del todo imposible entrar aquí en el contenido de cada uno de ellos, merece la pena resaltar —con VIRGÓS SORIANO-RODRÍGUEZ PINEAU, 2003, 6333-6338, con abundante información y a quienes sigo en este punto— el profundo cambio que se ha producido tras la entrada en vigor de la Constitución y la negociación de una decena de protocolos de revisión de los mismos, salvo en lo que se refiere al Convenio con Chile, que por cierto fue el primero en el tiempo. Las ideas rectoras de esa reforma han ido en un doble sentido: (i) que sólo se puede hablar de doble nacionalidad cuando ambas se encuentran *activas y ejercitables*, lo que contrasta con el anterior modelo de «hibernación» de la nacionalidad originaria, y (ii) en cuanto a los Protocolos con Bolivia, Nicaragua y Costa Rica, por el contrario, lo que prevén es la posibilidad de *desvincularse* del sis-

tema convencional, con efectos que vendrán marcados por el ordenamiento de cada uno de los países implicados.

24. Por lo que se refiere a la **doble nacionalidad unilateral del art. 11.3 *in fine* CE**, se trata de una novedad —en la Constitución de 1931 se supeditaba a su no prohibición por el país cuya nacionalidad se adquiría, y careció de desarrollo legal y aplicación práctica— del todo independiente de la existencia de tratado o de reciprocidad. Implica que, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, la nacionalidad española está siempre activa, aunque en materias de Derecho privado la relevante será la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual o, en su defecto, la última adquirida (art. 9.9 CC). Por el contrario, y a diferencia de lo que ocurre con los convenios, esta doble nacionalidad puede ser del todo desconocida por el Estado de la nueva nacionalidad, lo que puede suponer desventajas. En cuanto a quiénes pueden acogerse a este régimen, si todos los que adquieren la nacionalidad de uno de los países señalados o sólo los que adquieren la de un país con el que no estemos vinculados por convenio, creo que, salvo que se piense que los nuevos protocolos se negociaron y ratificaron *iocandi causa*, y con la excepción de Bolivia, Nicaragua y Costa Rica, el cumplimiento *de buena fe* por España de sus obligaciones internacionales lleva a la conclusión de que los convenios están para ser cumplidos con total reciprocidad: sólo en ausencia de convenio debería ser posible aplicar el régimen unilateral (el estado de la cuestión, en VIRGÓS SORIANO-RODRÍGUEZ PINEAU, 2003, 6340-6342).

25. Tanto los convenios como el propio art. 11.3 *in fine*, se refieren a la **nacionalidad de origen** como presupuesto de la doble nacionalidad convencional o unilateral. Y aunque es posible que, gramaticalmente, la «nacionalidad de origen» del art. 11.3 pueda hacer referencia, simplemente, a la nacionalidad *anterior*, y no existan razones convincentes para discriminar una y otra «clase» de españoles a estos fines, temo que la interpretación

que se debe dar al precepto, tanto por coherencia con el sistema de los convenios como con el art. 11.2, es la que resulta de su sentido legal: los españoles de origen *no* son constitucionalmente del todo iguales a los que no lo son, pues así se prevé en el propio texto constitucional (en contra, con sugestivas razones, VIRGÓS SORIANO-RODRÍGUEZ PINEAU, 2003, 6342-6346). La historia, creo —y no me refiero a las normas de la Constitución de 1931, que no tuvieron mañana—, así lo explica: la *supranacionalidad hispánica* que está en el origen tanto de los convenios como del régimen unilateral, presupone *pertenecer originariamente* a ella para que tenga sentido. Los que —como yo mismo— apenas vemos en la nacionalidad otra cosa que un *punto de*

conexión para la aplicación de determinados regímenes jurídicos, no veremos en ello una discriminación apreciable, pues la pertenencia o no a tan altos conceptos es cosa que se nos escapa. Y difícilmente apreciaremos especiales ventajas en dobles o triples nacionalidades, pues con ello pierde su función esencial de punto de conexión, o resulta impracticable. Y si se quiere poner el acento en el *vínculo político* con el Estado al que se pertenece, tampoco parece posible multiplicar tales vínculos sin que pierdan cualquier sentido imaginable. Cosa bien distinta es la *integración supranacional*, y para ella no es necesario acudir a noción alguna de nacionalidad, sino, justamente, de *ciudadanía*. Véase el ejemplo europeo.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y Democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente», *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, págs. 95 y ss.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «La legislación sobre nacionalidad y el sentido nacional», *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, vol. VI, 1943-45, págs. 235 y ss.

- *Derecho Civil de España*, vol. I, IEP, Madrid, 1949 (ed. facsímil, Civitas, Madrid, 1984).
- «La doble nacionalidad», *Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. I, Madrid, 1951.
- «La nationalité, la double nationalité et la supranationalité», *R.desC.*, 102 (1961-I), págs. 521 y ss.

DÍAZ GARCÍA, N., *La reforma de la nacionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

DÍEZ DEL CORRAL, J., «Principios de la reforma en materia de nacionalidad», *RDP*, 1983, págs. 691 y ss.

- «Artículo 25», Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 211 y ss.

ESPINAR VICENTE, J. M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983 de la DGRN, sobre la nacionalidad española», *ADC*, 1983, págs. 1299 y ss.

- «La reforma del Derecho Español de la Nacionalidad», en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, 1984, págs. 136 y ss.
- *Derecho Español de la Nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado de la Comunidad Europea», *RDM*, 1999, págs. 645 y ss.

- «Derecho de Sociedades. Problemas de Ley aplicable», en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil. Derecho de Sociedades, Parte General*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, págs. 19 y ss.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Artículo 17», en R. BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios...*, cit., págs. 17 y ss.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Artículo 11. 1 y 2», en O. ALZAGA (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Edersa, Madrid, 1997, págs. 127 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Artículos 17 a 28», en M. ALBALADEJO (Dir.), *Comentario del Código civil y de las Compilaciones forales*, tomo I, 1978, 545 y ss., y tomo I-2, 2.^a ed., 1993, págs. 2 y ss.

PÉREZ VERA, E., «La Constitución de 1978 y el DIPr español: normas en materia de nacionalidad y extranjería», *RDPúbl.*, 1982, págs. 5 y ss.

RUBIO-MARÍN, R., *Immigration as a Democratic Challenge. Citizenship and Inclusion in Germany and the US*, CUP, Cambridge (Ms), 2000.

- «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales», *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, págs. 11 y ss.

VIRGÓS SORIANO, M., RODRÍGUEZ PINEAU, E., «La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros Estados: la experiencia española», en *Estudios en honor del Profesor Díez-Picazo*, vol. IV, Civitas, Madrid, 2003, págs. 6323 y ss.

VOGEL, K., *Der räumliche anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnormen*, Munich, 1965.

Artículo 12

Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

MIGUEL ÁNGEL AMORES CONRADI

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Un precepto constitucional tan breve, claro y tajante como el art. 12 CE difícilmente suscitará otra reflexión que la que se deriva de su propia claridad: *in claris non fit interpretatio* (LASARTE, 1997, 172). Pero, como suele ocurrir con las viejas *regulae iuris*, impropriadamente tomadas tantas veces como principios generales del Derecho (DE CASTRO, 1949, 433), la realidad jurídica no se acomoda tan fácilmente a ellas, y la aparente simplicidad de la regla no deja de plantear algunos **problemas interpretativos** de cierto alcance. El primero y fundamental de los cuales, claro, es qué sea la mayoría —y consecuentemente la minoría— de edad en términos constitucionales.

2. **Otros preceptos constitucionales** que se refieren a la misma realidad son los arts. 59.1 y 2, 60.1 y 61.2, todos respecto a la menor edad del Rey salvo el último, que prevé el momento del juramento del heredero al alcanzar la mayoría de edad. Puesto que su sentido y función son del todo específicos, en nada ayudan a la interpretación del art 12 salvo, si acaso, para confirmar que el menor de edad posee un estatuto jurídico diferenciado: si el Rey es menor, habrá Regente (art. 59.1) y tutor del Rey (art. 60), sean o no la misma persona. La disp. adic. 2.^a, en otro orden de cosas, solo se refiere al ámbito del Derecho privado y tampoco añade nada al significado constitucional que pueda tener la mayoría/minoría de edad. El art. 20.4, por su parte, prefiere referirse a la (protección de) «la juventud y de la infancia», mientras que

el art. 39, por último, tiene por objeto la «protección integral de los hijos» (núm. 2), la «asistencia de todo orden a los hijos» durante su «minoría de edad» (núm. 3), y la protección prevista en ciertos acuerdos internacionales a «(l)os niños» (núm. 4). Poco cabe deducir de todo ello, salvo otra vez la evidencia de que el menor de edad es persona jurídicamente distinta al mayor, pues se le reputa necesitado de especial asistencia y protección.

3. Será, pues, en **normas infraconstitucionales** donde habremos de encontrar la definición y caracteres propios del estatuto jurídico constitucional del menor, si es que esta expresión posee sentido unitario. En el orden internacional, tal y como quiere el art. 39.4 CE, el texto fundamental es sin duda la *Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño* (en adelante, CDN), ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990; su exposición, no obstante, parece más específica del comentario al art. 39 núm. 4, al que remitimos), y en el interno, la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (BOE núm. 15, de 17 de enero). Esta última, en particular, proporciona en sus arts. 1 a 9 las reglas específicas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas del menor, aunque dadas sus numerosas lagunas habrá que acudir a las normas específicas de algunos de dichos derechos y libertades para completar, en ocasiones, la definición de

su estatuto constitucional. Por fin, y aunque sea con carácter telegráfico o de mera remisión, es en las *normas específicas del Derecho civil* —común y foral—, *laboral y penal*, donde en ocasiones se encuentran las normas esenciales de su específico régimen jurídico, pues, hasta la Constitución de 1978, mayoría y minoría de edad han sido materia extra-constitucional, como sigue siéndolo en buen número de países de nuestro entorno (LASARTE, 1997, 179).

4. Conviene también precisar que el art. 12 solo se refiere a la **mayoría de edad de los españoles**, y solo de estos. Cuál sea la correspondiente a los extranjeros es cuestión a dilucidar según su correspondiente ley personal (= nacional, normalmente), art. 9.1 CC. El art. 1 CDN, por su parte, considera como niño, con evidente imprecisión, «a toda persona humana menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». No quiere ello decir que *en todo caso* el mayor de dieciocho años sea mayor de edad, sino que la protección que dispensa la CDN se refiere a los menores de 18 años, salvo que hayan alcanzado antes la mayoría de edad. Cuál sea «la ley que le sea aplicable» es materia de estricta competencia estatal: para España será la ley nacional, como para otros muchos Estados será la del domicilio o residencia habitual.

5. La referencia a las normas orgánicas que disciplinan el estatuto del menor en cuanto a los derechos y libertades debe comenzar por recordar que ningún precepto constitucional relativo a los mismos excluye de su titularidad a los menores, ni establece matizaciones en cuanto su ejercicio. Es, pues, el art. 12, y solo el art. 12, el que justifica —así parece— la evidencia de que, p. ej., los menores no son en absoluto titulares del derecho de sufragio activo o pasivo (arts. 2.1 y 6.1 de la LOREG), así como otras **matizaciones en la titularidad o ejercicio** de tales derechos y libertades por los menores. Y el caso es que en dicho precepto no se dice mucho: solo que existe la

mayoría de edad, y que los españoles la alcanzan a los 18 años.

6. La **legitimidad constitucional** de tales limitaciones de titularidad o ejercicio habrá, pues, de buscarse en el propio concepto de mayoría/minoría de edad. Pues, como tiene afirmado el Tribunal Constitucional, la Constitución «no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada» (STC 108/1986, FJ 16) «y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos jurídicos que el Texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener un arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por lo tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho” (STC 11/1981, FJ 8). Ideas y convicciones que contribuyen así, en cada momento, a delimitar una imagen del Derecho, o de los conceptos que lo perfilan [...]» (STC 341/1993, FJ 8. B). Cuál sea, en definitiva, el sentido de la mayoría/minoría de edad en nuestra cultura jurídica recibida será pues el sustrato último de la legitimidad de las limitaciones que examinamos. Y en ese sentido no es dudoso que la idea de que el estatuto jurídico del menor es la de quien *en su propio interés tiene limitada o recortada su capacidad de obrar jurídicamente* es convicción generalmente admitida y arraigada en nuestra cultura, en la que, todo lo más, habrá de destacarse la funcionalización de esas limitaciones al propio interés del menor como relativa novedad (así, arts. 3.1 CDN y 2 LO 1/1996; entre nosotros, ya DE CASTRO, 1952, 174 y ss.; RIVERO, 2000, *passim*), pero no desde luego la limitación en su capacidad. El pleno sentido constitucional de la minoría de edad hay que encuadrarlo desde luego en su arraigo histórico, pero no cabe tampoco limitarlo a la mera recepción en el art. 12 de un particular estatus del todo definido. Antes bien, el menor es desde luego *sujeto de dere-*

chos, y no mero objeto de protección (ALÁEZ, 2003, 40 y 41). En el equilibrio entre *auto y heteroprotección* del menor, y en su exclusivo interés, ha de encontrarse la clave que permita afirmar su posición jurídica como la de quien es *sujeto en evolución y desarrollo*, pero siempre sujeto de derechos (ALÁEZ, 2003, 42). De ahí también la decisiva importancia del derecho del propio menor a *ser oído* (art. 9 LO 1/1996, arts. 92, 154, 156, 159, 177, etc., CC; art. 12 CDN; SSTC 141/2000, FJ 5, y 154/2002, FJ 9, entre otras) en cuantas cuestiones le afecten y a partir de que cuente con el juicio y madurez imprescindibles. Y bueno será añadir que, en puridad, *no hay «minoría de edad», sino «minorías»* (RIVERO, 2000, 120), pues comprende situaciones demasiado diferentes —desde el recién nacido al menor emancipado, p. ej.— como para ser tratadas uniformemente.

7. Pues, como queda dicho, la delimitación infraconstitucional de los derechos y libertades del menor ha de partir de que «*los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales [...] sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o [...] su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 LRJ-PAC)*. Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en **interés del menor**, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (SSTC 215/1994, 260/1994, 60/1995 y 134/1999, y STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann*)» (STC 141/2000, FJ 5). Y por ello es dable pensar que, constitucionalmente hablando, más que de límites en la titularidad,

deberá tratarse de limitaciones *en el ejercicio* de los derechos y libertades (ALÁEZ, 2003, 103-106, pero en contra, arts. 2.1 y 6.1 LOREG), matización que quizá pueda reconducirse a la venerable diferencia entre capacidad jurídica (titularidad) y de obrar (ejercicio; GETE-ALONSO, 1992, 31 y ss.), de modo que al menor debería atribuírsele *capacidad jurídica iusfundamental*, aunque constitucionalmente quepan limitaciones a su capacidad de obrar como titular de tales derechos y libertades.

8. Y por causalizados al interés del menor, ha justificado nuestra **jurisprudencia constitucional** desde la inaplicación a los menores de alguna de las garantías propias del proceso penal, como el principio de publicidad sin ir más lejos (SSTC 36/1991, FJ 7, y 60/1995, FJ 5), a la específica ponderación exigible entre los derechos de comunicación del art. 20 y la intimidad personal y familiar cuando de la de un menor se trata (SSTC 197/1991, FJ 3 y 134/1999, FF. JJ. 5 y 6), pasando por su consideración como plenos titulares de la libertad de conciencia en debida ponderación con la propia de los padres en cuanto afecte a los derechos de custodia y visita (SSTC 141/2000, FJ 5 y 154/2002, FJ 9. A), como también su indiscutido derecho a la integridad física obliga a ponderar cuidadosamente su oposición a determinados tratamientos médicos en relación también a la vida como valor superior del ordenamiento (STC 154/2002, FF. JJ. 9. B y 10), aunque sea para finalmente descartar que, en el caso, el menor afectado tuviera la «madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital» (*ibidem*). Su derecho a la educación, por último, se atribuye incondicionalmente a cuantos se encuentren en España con independencia de la legalidad o no de su residencia —y también con independencia de que sean susceptibles de expulsión— (STC 236/2007, FJ 8).

9. No será ocioso destacar, sin embargo, que otros muchos **extremos** notoriamente dudosos o al menos **controvertibles**, no han sido objeto hasta ahora de pronunciamiento alguno. Baste recordar: (i) La posible colisión

entre el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones (art. 27.3) y la propia libertad de conciencia de los directamente afectados, que la LO 1/1996 les reconoce sin limitaciones específicas, art. 6.1. (ii) Los eventuales conflictos entre la intimidad personal del menor, incluida la relativa a su correspondencia y comunicaciones (también art. 6.1 LO 1/1996), y las facultades propias de los titulares de la patria potestad en cuanto a su educación y formación integral (arts. 154 y ss. CC). (iii) La no menos posible colisión entre las libertades de conciencia, reunión y manifestación del menor (estas dos últimas también explícitamente reconocidas en el art. 7.3 LO 1/1996), con la de sus padres o tutores. (iv) El derecho de los padres a la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones, incluida la preferencia por *estilos de vida alternativos* o simplemente desacordes con los valores sociales dominantes, y la escolarización obligatoria, por ejemplo (la STC 260/1994 no pudo entrar en el fondo del problema, por falta de previo enjuiciamiento de este extremo, pero *vid.* el VP del Magistrado Gimeno Sendra; RIVERO, 2000, 158 y ss.), no digamos si el menor concernido ofrece un grado de madurez suficiente para ser oído y concuerda con la valoración paterna. (v) El derecho a la integridad física y moral del menor y las posibles afecciones al mismo en el marco de la relación de sujeción especial educativa, tales como castigos corporales, vacunaciones obligatorias o test de drogadicción (ALÁEZ, 2003, 200). En general, respecto a la colisión de derechos padres-hijos, en los que cabe encuadrar los tres primeros supuestos, téngase en cuenta que el propio Código Civil configura un régimen de representación legal de los hijos por sus progenitores o tutores que exceptúa expresamente *los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*, así como aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162.1.º y 2.º CC; para todo ello, GÓMEZ CALLE, 1995, 4265 y ss.).

10. Sin espacio posible para desarrollarlo en esta sede, es cosa obvia recordar que la minoría de edad es muy especialmente un **estado civil**, categoría esta no sin razón criticada (ROCA TRÍAS, 1993, *passim*), o más simplemente, si se quiere, una cualidad de la persona que determina su posición ante el Derecho, su consideración por el ordenamiento jurídico. Largamente abandonada (en buena medida gracias a DE CASTRO, 1952, 172 y ss.) la vieja tesis de la incapacidad general del menor, nuestras normas civiles son hoy ya claramente consistentes con el interés superior del menor como principio rector («La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad», art. 154 CC): frente a la concepción tradicional que concedía al menor el estatus de persona meramente protegida, se trata ahora de concederle progresivamente —en particular a partir de la adolescencia— mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer directamente derechos y libertades indeclinables (RIVERO, 2000, 24).

11. Por último, y también telegráficamente, varios pronunciamientos jurisprudenciales han recaído en materia de **responsabilidad penal del menor**, en particular en cuanto a la legitimidad de la diferente «mayoría de edad penal» con respecto a la civil: AATC 194/1991 y, sobre todo, 286/1991. En cuanto a la *antigua jurisdicción tutelar de menores*, la importante STC 36/1991, FF. JJ. 2, 7 y 8, le atribuye carácter plenamente jurisdiccional y aclara la aplicabilidad al mismo, al menos en su función correctora, de las garantías procesales del art. 24 [con explícita referencia al art. 40.2.b) CDN] y del principio de igualdad penal del art. 25 (*vid.*, asimismo, SSTC 211/1993, FJ 2; 233/1993, FJ 4; 60/1995, FJ 6; 61/1998, FJ 4; 243/2004, FF. JJ. 4 y 6; 30/2005, FJ 3; 153/2005, FJ 3, y 13/2006). El nuevo régimen de la responsabilidad penal del menor (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, LORPM, sustancialmente modificada varias veces, la última por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre) no ha sido objeto

aún de pronunciamientos en nuestra jurisprudencia constitucional, con la excepción del ATC 275/2005, relativo a la sustanciación de la pieza de responsabilidad civil en el

expediente de responsabilidad penal del menor y a la ausencia de control jurisdiccional de la potestad del Fiscal de desistir del expediente iniciado.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, vols. I (1949) y II (1952), IEP, ed. facsímil de Ed. Civitas, Madrid, 1984.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Tecnos, Madrid, 1992.

GÓMEZ CALLE, E., voz «Menor (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, vol. III, Madrid, 1995, págs. 4265 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «Artículo 15», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo II, Edersa, 1997, págs. 169 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

ROCA TRÍAS, E., «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr. D. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, págs. 1895 y ss.

Actualización del artículo 12

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

1. La claridad de este precepto explica la inexistencia de jurisprudencia constitucional sobre él. Pocas dudas interpretativas puede plantear una afirmación tan sencilla como que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. No obstante, la minoría de edad sí que ha tenido relevancia constitucional: tanto a la hora de interpretar y aplicar otros artículos de la Constitución como a la hora de redactar las propias decisiones del Tribunal.

2. En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha recordado en numerosas ocasiones que, de conformidad con el artículo 8 de las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), cuando en un recurso de amparo se vea involucrado un menor, no se deben incluir el nombre y los apellidos completos de dicho menor ni de sus padres en el texto de la resolución judicial al objeto

de respetar su intimidad (por todas, SSTC 57/2013 o 127/2013).

3. En segundo lugar, y como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional ha confirmado que los menores de edad son titulares del derecho a la integridad moral y a la dignidad personal (STC 163/2009, FF. JJ. 4, 5 y 6; STC 10/2014, FJ 2), el derecho a la educación y a la igualdad (STC 163/2009, FJ 4), el derecho a la intimidad personal y familiar (STC 186/2013, FJ 6), del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 183/2008, FJ 3, 184/2008, FJ 4 o 163/2009, FF. JJ. 2 y 3) o de la libertad de residencia y circulación que garantiza el artículo 19 (STC 186/2013, FJ 5). Y ha consagrado la relevancia del interés superior del menor como criterio interpretativo del ordenamiento jurídico (SSTC 185/2012, FJ 4; 127/2013, FJ 6; 167/2013, FJ 5 o 186/2013, FJ 4). Por todo lo demás, sigue plenamente vigente el comentario de la edición anterior de esta obra.

Artículo 13

1. *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*
2. *Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*
3. *La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.*
4. *La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.*

Sumario general:

Los derechos fundamentales de los extranjeros, por **CRISTINA IZQUIERDO SANS**

El derecho de sufragio de los extranjeros, por **PABLO SANTOLAYA MACHETTI Y ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA**

El control constitucional de extradición y la Orden Europea de Detención y Entrega, por **MERCEDES PÉREZ MANZANO**

Derecho de asilo y protección de los refugiados, por **ELISA PÉREZ VERA Y JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

ARTÍCULO 13.1

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS

Sumario: I. La controvertida redacción del art. 13.1 CE como origen del problema. II. Los primeros pronunciamientos relevantes. 1. El eje de la cuestión a debate: ¿igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros? 2. Límites a la opción por la igualdad. III. Un primer paso hacia la igualdad. La STC 95/2003: el derecho a la asistencia jurídica gratuita de todos los extranjeros para cualquier proceso. IV. ¿Un segundo paso hacia la igualdad? La STC 236/2007. 1. Los derechos conectados —que no inherentes— a la dignidad humana: el derecho de reunión, el derecho de asociación y el derecho a la sindicación. 2. Inconstitucionalidad sin nulidad ante la labor pendiente del legislador. Mandato al legislador de creación de un estatuto jurídico del extranjero en situación de ilegalidad. V. La aplicación de la jurisprudencia de la STC 236/2007. VI. Algunas conclusiones.

CRISTINA IZQUIERDO SANS

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA CONTROVERTIDA REDACCIÓN DEL ART. 13.1 CE COMO ORIGEN DEL PROBLEMA

Como ya ha señalado CRUZ VILLALÓN, entre la primera y segunda parte del art. 13.1 de la Constitución existe una **tensión interior**, pues mientras que en el primer párrafo se reconoce indubitadamente que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales contenidos en el Título I y parece que, en principio, se refiere a todos los derechos, en el segundo se añade una fundamental reserva: ello será así en los términos en que establezcan los tratados y la ley (CRUZ VILLALÓN, 2006, 206). Así pues, la Constitución imponía una labor interpretativa de este precepto. Dicha labor hubiera sido, en todo caso, difícil y hubiera dado lugar a divergencias, pero resulta aún más compleja debido a que con el art. 13 no se agotaba la regulación constitucional de los derechos de los extranjeros, sino que, muy al contrario, hay que tener en cuenta tres

elementos más: 1) el art. 10.1 CE que consagró la idea de unos **derechos inherentes a la persona** —vinculados a su dignidad— respecto de los que no cabe, por tanto, distinguir entre nacionales y extranjeros; 2) el art. 10.2 CE que obligaba a utilizar los **tratados internacionales como canon hermenéutico** de los derechos fundamentales; 3) la formulación de cada uno de los derechos en los diversos preceptos de la Constitución, que contiene **fórmulas muy distintas para referirse a los titulares de los mismos** (todos —derecho a la vida—, toda persona —derecho a la libertad—, todas las personas —derecho a la tutela judicial—, los españoles —igualdad ante la ley—, los ciudadanos —derecho al sufragio—).

Por añadidura, tempranamente **el legislador introduce la residencia legal en el país como una de las condiciones a las que la ley sujeta el ejercicio de los derechos de los extranjeros**. Ello, unido al fuerte movi-

miento migratorio que, de forma creciente, se ha instalado en España, ha dificultado aún más la determinación del estatus constitucional del extranjero, al plantearse la problemática **distinción entre el extranjero con permiso de residencia y los extranjeros que carecen de él.**

II. LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES

1. El eje de la cuestión a debate: ¿igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros?

En la STC 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal tuvo que plantearse por primera vez la constitucionalidad de exigir la autorización de residencia o permiso de estancia como condición para el ejercicio de determinados derechos. En ella se dirimía si la exigencia del requisito de la obtención de la autorización de residencia a los ciudadanos de países hispanoamericanos para el reconocimiento de su capacidad de formalizar válidamente contratos de trabajo vulneraba o no la Constitución y, en concreto, el principio de igualdad. Pues bien, el Tribunal comenzó afirmando que del art. 14 de la Constitución se desprende que el principio de igualdad que en él se proclama va referido exclusivamente a «los españoles» y que no existe una declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles. Por tanto, **la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible** (FJ 3). Continuaba su argumentación afirmando que el art. 13.1 CE es la previsión constitucional de que la igualdad o desigualdad en **la titularidad y ejercicio de cada uno de los derechos y libertades de los extranjeros dependerá del derecho afectado** y, en consecuencia, **los derechos de los extranjeros se conformaban como derechos de configuración legal**, acuñando una expresión después extensamente utilizada. Así, decía el Tribunal: «Existen derechos que correspon-

den por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». La sentencia también incorpora una **mirada a las normas convencionales internacionales** a las que España está vinculada, al objeto de comprobar que las mismas no imponían a nuestro país obligación alguna en el supuesto concreto (FJ 4). Sobre todas estas bases, el Tribunal llegaba a la conclusión de que no vulnera la Constitución exigir la residencia para la reconocer la capacidad laboral a los extranjeros, y por tanto, que era correcta la interpretación que nuestros Tribunales habían realizado de la legislación laboral.

A efectos de nuestro interés, es importante destacar lo que de esa jurisprudencia se desprende:

- 1) En materia de derechos fundamentales, cabe una diferencia de trato entre extranjeros y españoles, pues los derechos de los extranjeros son de configuración legal.
- 2) En la configuración de los derechos, el legislador tiene dos límites claros: primero, los derechos inherentes a la dignidad humana (art. 10.1 CE), respecto de los cuales nacionales y extranjeros están equiparados, y segundo, los derechos reservados a los nacionales (art. 23 CE), de los que el extranjero inevitablemente carece.
- 3) La titularidad y ejercicio de cada uno de los derechos de los extranjeros dependerá del derecho afectado.
- 4) En la interpretación de cada uno de los derechos deben tenerse en cuenta los tratados internacionales en la materia (art. 10.2).

5) En su configuración legal, un derecho puede quedar sometido a la condición de la autorización de residencia o permiso de estancia, sin que ello, en abstracto, vulnere la Constitución.

6) En el caso concreto, la exigencia del permiso de residencia para reconocer a los extranjeros el derecho a la contratación laboral no vulnera la Constitución.

Apenas un año después, la **STC 99/1985, de 30 de septiembre, afirmó que el derecho a la tutela judicial efectiva** reconocido en el art. 24 CE pertenece a toda persona en cuanto tal, ya que es **una garantía de su dignidad**, y por tanto, que no se pueden establecer diferencias en cuanto a su titularidad y ejercicio entre españoles y extranjeros. El Tribunal entendió que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana no solo porque así lo hubiera dispuesto la propia Constitución, sino porque a esa misma conclusión se llegaba interpretándola a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Convenio de Roma y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, textos todos ellos en los que el derecho equivalente al que la Constitución Española denomina «tutela judicial efectiva» es reconocido a toda persona sin atención a su nacionalidad. **El Tribunal confirmaba, pues, la igualdad entre españoles y extranjeros en la medida en que un concreto derecho se considere inherente a la dignidad humana, e iniciaba, así, la ampliación del abanico de derechos que podían considerarse de una u otra manera vinculados a la dignidad humana.**

Por su parte, la STC 115/1987 trata el derecho de reunión en su aplicación a los extranjeros. Es importante señalar que el problema que en esta sentencia se planteó no era la constitucionalidad de exigir el permiso de residencia para el ejercicio del derecho de reunión, sino la constitucionalidad de exigir una autorización administrativa para la celebración de

cada reunión pública, no exigida a los españoles, pero sí a los extranjeros residentes conforme a la ley entonces vigente. Se trataba del art. 7 de la LO 7/1985, que condicionaba el derecho de reunión para los extranjeros no solo a la residencia, sino también a la previa solicitud de una autorización al órgano competente. El Defensor del Pueblo solo recurrió la segunda de las condiciones a que estaba sometido el ejercicio de dicho derecho, lo que hoy en día resulta significativo. Así las cosas, debe afirmarse que el enfoque de la STC 115/1987 tiene sin duda una perspectiva más sustantiva, más propia del análisis que el Tribunal en otras ocasiones ha utilizado cuando ha estudiado los enunciados constitucionales que consagran las libertades públicas de los españoles (art. 53 CE). En este sentido, el Tribunal afirmó que la cuestión en liza no era la diferencia de trato con los españoles, sino si el legislador había respetado el **contenido esencial del derecho** que el art. 21.1 CE establece **también para los extranjeros**. El Tribunal alcanzó la conclusión, a efectos de nuestro interés, de que el requisito de la autorización administrativa para ejercer el derecho de reunión hace mutar de naturaleza al mismo, pues dependerá del poder de la Administración, lo que resulta contrario a la opción del art. 21.1 CE: un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa. Con esta sentencia, el Tribunal reconoce por primera vez que **el contenido esencial del derecho opera como límite a las restricciones que el legislador puede introducir en el ejercicio de los derechos por los extranjeros**, utilizando para determinar la constitucionalidad de la configuración realizada por el legislador los mismos índices de valoración que aplica a los españoles.

Este pronunciamiento pone de manifiesto la **tendencia del Tribunal Constitucional hacia la igualdad de trato entre españoles y extranjeros** en el ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de los inherentes a la dignidad humana. Esta misma línea queda reflejada en la **STC 130/1995**, de 11 de

septiembre, en la que el TC estima un recurso de amparo interpuesto por un nacional marroquí con permiso de residencia, al que le había sido denegada la prestación de desempleo que reclamaba con fundamento en el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos. El acuerdo disponía que un nacional marroquí residente en un Estado miembro de la CEE se beneficiaría en el sector de la Seguridad Social de un régimen caracterizado por la ausencia de discriminación alguna basada en la nacionalidad. Por tanto, **el derecho invocado por el recurrente tenía su origen en un tratado internacional, incorporado al ordenamiento español en virtud del art. 96.1 y cuya inaplicación podría haber supuesto, en su caso, una vulneración del art. 24.1 CE. Sin embargo, la estimación del amparo no se fundamenta en la infracción de dicho precepto, sino en la vulneración del art. 14 CE. En definitiva, en esta llamativa sentencia el tratado internacional ha sido algo más que canon interpretativo para determinar el contenido de los derechos de los extranjeros.**

2. Límites a la opción por la igualdad

No obstante lo expuesto anteriormente, en los años que rodean a la STC 130/1995, el Tribunal dicta unos pronunciamientos que ponen de manifiesto que su jurisprudencia favorable a **la igualdad entre españoles y extranjeros**, fruto —a mi juicio— de una opción consciente de política constitucional, **no era un opción en términos absolutos**. Como ya había advertido el propio Tribunal en 1984, la titularidad y ejercicio de cada uno de los derechos de los extranjeros dependerá del derecho afectado (STC 107/1984, de 23 de noviembre). Así, en relación con el derecho a permanecer en España, la STC 242/1994, de 20 de julio, declaró que era **conforme a la Constitución la expulsión de un extranjero con permiso de residencia**, siempre que la decisión se adoptara de conformidad con la ley y los tratados internacionales, en el caso

concreto por tratarse de una medida frente a una conducta incorrecta de un extranjero, que el Estado en que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal vinculada a la política de extranjería, que al Estado incumbe legítimamente diseñar. También en relación con el derecho de residencia y de circulación, las SSTC 94/1993 y 24/2000 **negaron las libertades de circulación y de residencia a los extranjeros sin permiso de estancia**. Por su parte, la STC 95/2000, de 10 de abril, **no cuestionó que el derecho a la atención sanitaria estuviera condicionado por la legislación española a la autorización de residencia**.

Máximo exponente de los límites que el Tribunal ha tenido muy claros, pese a su apuesta por la igualdad entre españoles y extranjeros, es la STC 72/2005, de 4 de abril, en relación con el derecho de entrada de los extranjeros en España. El supuesto presenta un ciudadano marroquí, que pretendió entrar en España por el puesto fronterizo del puerto de Almería procedente de Marruecos, presentando su pasaporte y un permiso de trabajo y residencia a su nombre, convenientemente otorgado por la Subdelegación del Gobierno en Tarragona el 5 de junio de 2000. Pero se deducía de su pasaporte y él mismo reconoció en el puesto fronterizo que no había estado nunca en España —como requería la ley vigente para obtener un permiso de residencia—, pero que un familiar había tramitado la regularización para él en España y se la había mandado por correo a Marruecos. En consecuencia, consideraron los funcionarios que el permiso de residencia no era válido y, por tanto, se le denegó la entrada en territorio nacional y se ordenó su retorno a Marruecos. El ciudadano marroquí aducía en amparo que la resolución administrativa que había denegado su entrada en el territorio español vulneraba su derecho a la libertad de residencia (art. 19 CE en relación con el art. 13.1 CE).

La STC 72/2005 analiza la pretensión relativa al derecho de entrada en España y pone de manifiesto, en primer lugar, los derechos que

se contienen en el art. 19 CE. En este sentido, en relación con el extranjero que se encuentra en la frontera, considera que son dos los derechos de los que se puede hablar, el derecho a entrar y el derecho a la libertad de residencia, pero recalca que son dos derechos diferentes. Esta diferenciación, que parece obvia, la realiza la sentencia para poner sobre la mesa que si bien el recurrente alegaba la vulneración de su derecho a la libertad de residencia, lo que realmente reclamaba era un derecho a entrar en España. El Tribunal consideró, y así lo afirmó, que «el extranjero que no ha estado nunca en España, como es el caso, no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto, el de entrar en territorio nacional». Hecha esta aclaración, el Tribunal se plantea si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España y llega a las siguientes conclusiones:

a) El art. 19 CE reconoce a los españoles cuatro derechos fundamentales distintos: **el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. En ningún caso se trata de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.**

b) Ello no excluye que los extranjeros pudieran ser titulares de alguno de los derechos de este artículo en virtud del art. 13.

c) En virtud del art. 13 CE, y teniendo en cuenta los tratados internacionales como parámetro interpretativo, se deduce que se reconoce a toda persona que se halla legalmente en el territorio de un Estado el derecho a circular libremente por él, a escoger libremente su residencia, a no ser expulsado salvo como consecuencia de la decisión adoptada conforme la ley. En cambio, afirma que **el derecho a entrar en España solo es reconocido constitucionalmente a los españoles y no es un derecho fundamental del que**

sean titulares los extranjeros con apoyo en el art. 19 CE, aunque obviamente tienen derecho legal a entrar —en las condiciones que establezca la ley— y pueden solicitar la protección de ese derecho a los Jueces y Tribunales, que lo deberán tutelar de acuerdo con las exigencias impuestas por art. 24 CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y que sí es un derecho fundamental del que son titulares los extranjeros.

d) La conclusión anterior no es aplicable a supuestos concretos en los que concurren circunstancias especiales, como son, en primer lugar, el régimen jurídico del derecho de asilo, el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, y la situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en territorio nacional después de haber salido temporalmente. Por último, igualmente excluye los supuestos de reagrupación familiar.

III. UN PRIMER PASO HACIA LA IGUALDAD. LA STC 95/2003: EL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA DE TODOS LOS EXTRANJEROS PARA CUALQUIER PROCESO

La ley relativa a la asistencia jurídica gratuita (Ley 1/1996, de 10 de enero) dispuso en el ap. a) de su art. 2 que tendrían derecho a dicha asistencia los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residen legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar. El mismo precepto, en sus aps. e) y f), disponía que los extranjeros que se encontraran ilegalmente en España gozarían de asistencia letrada y asistencia de representación gratuita en los procesos penales y en los referentes al derecho de asilo. La ley fue recurrida por el Defensor del Pueblo, pues, en su opinión, el hecho de reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita solo a los extranjeros legalmente residentes y a los no residentes solo para los

dos supuestos mencionados vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de los que se encuentran ilegalmente en España (recordemos la STC 99/1985, de 30 de septiembre, recién mencionada, que reconocía el derecho a la tutela judicial efectiva a todos los extranjeros que se hallen en España, al margen de la legalidad o ilegalidad de su estancia). Según el Defensor del Pueblo, dicha regulación implicaba que los extranjeros en situación de ilegalidad carecerían de asistencia jurídica gratuita en situaciones, por ejemplo, como una sanción de expulsión.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita fue modificada por la Ley 8/2000 (que reforma la Ley 4/2000, conocida como «Ley de Extranjería»). La Ley 8/2000 declaró en su art. 22 que «Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a esta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice». Así las cosas, pudiera haberse entendido que el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo había quedado sin objeto, pues recordemos que consideraba inconstitucional la exigencia de la residencia legal solo en la medida en que impedía recurrir al extranjero sin permiso de residencia ante el orden contencioso-administrativo por cuestiones como una expulsión, pero no planteaba la igualdad del extranjero y el español en cuanto al acceso al beneficio de justicia gratuita en las demás jurisdicciones. No obstante ello, el Tribunal dictó la STC 95/2003, de 22 de mayo, pues consideró que se mantenía «viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

lleva consigo la exigencia *ex Constitutione* de otorgar o reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que, cumpliendo el resto de los requisitos impuestos legalmente a la generalidad, no reúnan la condición de residentes legalmente en España, o si, por el contrario, la atribución de tal derecho a los referidos sujetos puede ser acordada o denegada libremente por el legislador ordinario sin ligazón constitucional directa» (STC 95/2003, FJ 2).

En dicha sentencia, el Tribunal entendió que el art. 119 CE establece el derecho a una justicia gratuita como un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24 CE, pues su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia. En efecto, el Tribunal afirmó que, pese a ser un derecho de configuración legal, el legislador debe respetar el contenido esencial constitucionalmente indisponible que deriva del art. 119 CE, que se concreta en que son titulares de tal derecho «en todo caso, quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Así, el Tribunal declara que la asistencia jurídica gratuita es para todos los extranjeros que de hecho estén en España y para cualquier tipo de proceso, siempre que se acredite la insuficiencia de medios. En conclusión, tras la STC 95/2003, el ciudadano extranjero que se halle en España puede acceder al beneficio de asistencia jurídica gratuita en idénticos términos que un ciudadano español.

El Magistrado Vicente Conde advierte en un voto particular a esta sentencia de dos cuestiones que merece la pena resaltar. En primer lugar, el peligro de la virtualidad expansiva del mecanismo argumental empleado por el TC, ya que, si bien el art. 119 CE no establece un derecho «amparable», se beneficia de dicha garantía en la medida en que la jurisprudencia constitucional lo incorpora al contenido del art. 24.1 CE. El Magistrado advierte que no es la primera vez que el TC opera de este modo, recordando que también había procedido a incorporar el derecho a la nego-

ciación colectiva (art. 37 CE) como parte de la libertad sindical (art. 28 CE), derecho sí susceptible de la garantía del recurso de amparo. En segundo término, el voto particular acusa al Tribunal de haber asumido un papel de legislador, pues no hay base constitucional para la igualdad de españoles y extranjeros en orden al disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva en la totalidad de sus contenidos. Concretamente, entiende que, cuando en la STC 95/2003 se concede a todos los extranjeros el beneficio de asistencia jurídica gratuita en idénticos términos que a los ciudadanos españoles, el Tribunal actúa como el legislador positivo que no puede ser, olvidando que su función debe limitarse a la de legislador negativo. A mi juicio, esta sentencia es el primer paso hacia la consagración definitiva de una jurisprudencia constitucional española fuertemente garantista en relación con la atribución de derechos a los extranjeros.

IV. ¿UN SEGUNDO PASO HACIA LA IGUALDAD? LA STC 236/2007

1. Los derechos conectados —que no inherentes— a la dignidad humana: el derecho de reunión, el derecho de asociación y el derecho a la sindicación

Ya en el año 2001, ARAGÓN REYES advirtió que el verdadero problema que planteaba la nueva Ley de Extranjería era su posible inconstitucionalidad al restringir y, en ciertos casos, incluso anular los derechos de los extranjeros en situación de ilegalidad (ARAGÓN REYES, 2001, 17). Las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007 y 260/2007, de 19 y 20 de diciembre, abordarían dichas dudas de constitucionalidad, en particular en relación con la distinción que dicha Ley realizaba entre extranjeros con o sin autorización de estancia en nuestro país, en orden al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

La STC 236/2007 recopilaba la jurisprudencia constitucional en relación con los límites del

legislador en la configuración legal de los derechos de los extranjeros, al objeto de que esta jurisprudencia sirviera de punto de arranque para el análisis de constitucionalidad que se solicitaba al Tribunal. A partir de ellos, el Tribunal debía pronunciarse sobre si el requisito de la residencia para la restricción o anulación de determinados derechos era o no constitucional. El Tribunal afirmó que «el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando este venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución —como se había puesto de relieve en la STC 115/1987 en relación con el derecho de reunión—; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (STC 236/2007, FJ 4).

Resulta necesario, por la especial relevancia que tuvo para el fallo de esta sentencia, desarrollar algo más los criterios fijados el Tribunal para determinar si un concreto derecho está o no vinculado a la dignidad humana: «**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. [...] A tales efectos, resulta **decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantie-**

ne un concreto derecho, dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración [...] porque **al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido** (STC 99/1985, de 30 de septiembre, 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» [...] cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: «la dignidad constituye un **mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar**» [...] hemos de **partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege** 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)» (STC 236/2007, FJ 3).

El recurso planteaba también la inconstitucionalidad de la mayoría de los preceptos impugnados por entrar en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades. A este respecto, recuerda el Tribunal la utilidad de los textos internacionales ratificados por España «para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE» (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, y 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5). Sin embargo, **el Tribunal ha negado la posibilidad de que un precepto legal pueda infringir autónomamente el art. 10.2 CE**. La STC 36/1991, de 14 de febrero, declaró que «esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a in-

terpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que **cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad**, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso» (FJ 5).

Sentadas estas bases, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones: «si bien el legislador puede establecer determinados condicionamientos, a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia, para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, lo que no puede hacer es impedir totalmente ese ejercicio, basándose, exclusivamente, en la irregularidad de su situación jurídica en España». A partir de ahí, considera **contrario a la Constitución que la ausencia de autorización de residencia sea suficiente para eliminar de la esfera jurídica del extranjero el derecho de reunión, asociación, sindicación, por su grado de conexión con la dignidad humana** (STC 236/2007); por otra parte, respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, reiterando la doctrina de la STC 95/2003, vuelve a afirmar que el extranjero tiene derecho a la misma en iguales condiciones que los españoles. Sobre el derecho a la educación —obligatoria y no obligatoria—, y el derecho a la huelga, también se ha declarado contraria a la Constitución la exigencia para su disfrute de la condición de residente legal, pero precisando que en este caso se trata de derechos

que se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

La propia STC 236/2007 y las SSTC 259/2007 y 260/2007 tuvieron que pronunciarse sobre otras cuestiones de menor calado planteadas por el recurrente en las que sus resoluciones se fundamentaron en la doctrina constitucional ya consolidada. Así, problemas como la motivación en materia de visados, la vulneración del principio de *non bis in idem* en los casos de que a una condena penal se le acompañe la sanción de expulsión, la presunta indefensión que generaba el plazo de 48 horas para alegaciones en caso de apertura de un procedimiento de expulsión o la vulneración de la tutela cautelar en los procedimientos de expulsión, fueron todas ellas declaradas conformes a la Constitución, tal y como estaban reguladas en la LO 8/2000.

2. Inconstitucionalidad sin nulidad ante la labor pendiente del legislador. Mandato al legislador de creación de un estatuto jurídico del extranjero en situación de ilegalidad

Pudiera pensarse que con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional el estatuto jurídico de los extranjeros, por lo que se refiere a sus derechos fundamentales y libertades públicas, ha sido completado. Las sentencias examinadas, además de recopilar la jurisprudencia anterior, han establecido un nuevo parámetro para determinar cuándo un derecho fundamental es inherente a la dignidad de la persona y cuándo el grado de conexión de un derecho con la dignidad permite al legislador formular «condicionamientos adicionales» para su ejercicio por parte de los extranjeros, pero no cualquier condicionante. Así, por ejemplo, la autorización de residencia como condición para el ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación no cumple los estándares mínimos exigidos por el art. 10.1 CE.

Pero en realidad el estatuto jurídico de los extranjeros no se ha completado aún. La STC 236/2007, de 7 de noviembre, precisa el alcance y contenido de su fallo y, en él, convoca al legislador para que regule, dentro de un plazo de tiempo razonable, las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. El Tribunal afirma que no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley Orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España, porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Continúa diciendo que tampoco procede declarar la nulidad del inciso que establece el requisito de la autorización de estancia o residencia en España, porque de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos, y ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador, ya que de la regulación que este había adoptado se desprende claramente que esa equiparación no era su voluntad. En tercer lugar, advierte que igualmente no le corresponde decidir una determinada opción en materia de extranjería.

Llegados hasta aquí, el Tribunal recuerda que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad y que así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de este, sino en su omisión» (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y, en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6). El Tribunal afirma que este es el supuesto, pues el legislador tiene pendiente la regulación de los derechos de reunión, asociación y sindicación con

los condicionamientos que estime oportunos. En definitiva, en esos tres derechos la decisión del Tribunal ha sido extenderlos a todos los extranjeros, pero no en condiciones de igualdad con los españoles.

Distinto fue el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad comportó la nulidad del inciso «residentes» que figura en cada uno de ellos, pues el Tribunal consideró que tales derechos eran reconocidos a los extranjeros directamente por la Constitución.

V. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA STC 236/2007

La STC 17/2013, de 31 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra varios preceptos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El Tribunal afirma —FJ 2— que el punto de partida del enjuiciamiento va a venir dado por la constatación del FJ 4 de la STC 236/2007, que ya hemos abordado más arriba. A partir de esos parámetro, declara inconstitucional y nulo el inciso segundo del nuevo ap. 6 del art. 58 de la LO 4/2000, que establecía que «toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años». Para el Tribunal, aunque la prohibición de entrada no se adopta en ausencia de todo procedimiento administrati-

vo, en cuanto que va unido a un procedimiento de devolución, no respeta las garantías exigibles a una actuación administrativa de naturaleza sancionadora, como son el deber de motivación y la vigencia del principio de contradicción (FJ 12). Por lo demás, lleva a cabo una interpretación conforme de otros preceptos impugnados, que limitaban derechos fundamentales de los extranjeros, limitaciones que el Tribunal afirma que, cumpliendo determinadas exigencias, pueden encontrarse justificadas. Así se pronuncia el Tribunal en relación con el registro de personas, ropas y enseres en los centros de internamiento y su presunta vulneración del art. 18.1 CE, entendiendo que el derecho a la intimidad no permite los registros arbitrarios ni inmotivados, pero sí aquellos que se rijan por los principios de necesidad —para la protección de la seguridad en un centro de internamiento— y proporcionalidad, siempre que se fundamenten y se realicen respetando la dignidad y los derechos de los extranjeros internados (FJ 14). Razonamientos similares se aplican a la cesión de datos relativos a las personas interesadas en los procedimientos en materia de extranjería y su presunta vulneración del art. 18.4 CE. El Tribunal entiende que la cesión debe producirse cuando el dato resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente y se haga de conformidad con el régimen legal que le resulte de aplicación (FF. JJ. 7 y 9).

Interesantes resultan las SSTC 155/2015, de 9 de julio, y 139/2016, de 21 de julio, pues ambos aplican sin fisuras la doctrina de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en ambos casos para desestimar los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Navarra contra normas estatales que afectaban a los derechos de los extranjeros reconocidos en la mencionada STC 236/2007. En el recurso que falla la STC 155/2015, el Parlamento de Navarra afirmaba la inconstitucionalidad de la LO 2/2009, que reformaba la Ley 4/2000, de 11 de enero, al objeto de cumplir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional relativo al derecho a la educación. Por su

parte, la STC 139/2016 resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, recurso en el que se denunciaba que el régimen de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados pero sin autorización de residencia en España vulneraba el art. 43 CE —derecho a la protección de la salud—, en su relación con el art. 13.1 CE. En ambos casos, el Tribunal entiende que el legislador ha actuado dentro del marco constitucional, pese a que en el supuesto del sistema de salud pública el legislador restringe el contenido del derecho a la salud de los extranjeros empadronados en España a determinados supuestos establecidos en la norma. En relación con esta última cuestión, también resulta interesante la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que anula los preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, en la medida en que al extender la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud, vulneraba el art. 149.1.2.^a CE, en cuya virtud se reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería y a cuyo amparo se dictó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Desde una posición proclive a la extensión de los derechos a los extranjeros, el Tribunal Constitucional español ya ha dibujado al legislador su marco constitucional. Es posible que falten algunas pinceladas, pero no son las más relevantes. Pese a las fuertes críticas re-

cibidas, yo me atrevo a defender la jurisprudencia constitucional en esta materia, que, a mi modo de ver, responde a unos criterios sostenidos, siempre que, eso sí, se sepa leer bien y también, por qué no decirlo, siempre que se quiera entender la compleja función que al Tribunal Constitucional le corresponde en nuestro sistema institucional. Con algunas variables, tales criterios son muy pocos, si bien en cada derecho concreto darán resultados muy distintos: más allá de los derechos indiscutiblemente inherentes —no conectados— a la dignidad humana, el Tribunal entiende que nuestra Constitución optó por una tendencia a la igualdad entre españoles y extranjeros en la medida en que fueran titulares de una autorización de residencia en nuestro país. La igualdad será más o menos plena en función de que el derecho en concreto sea reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución y de cuál sea su contenido esencial. Cuanto más generosa haya sido la Constitución con el extranjero, menos margen de maniobra tendrá el legislador. Frente a esto, **los extranjeros en situación de ilegalidad podrán también acercarse a una situación de igualdad con los españoles en la medida en que el concreto derecho de que se trate tenga un mayor grado de conexión con la dignidad humana** e, igualmente, en función de los parámetros mencionados: que el derecho haya sido reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución o sea ampliamente interpretado su contenido esencial. En definitiva, en nuestro país **la ausencia del permiso de residencia o estancia no coloca al extranjero fuera del sistema**. El Tribunal Constitucional ha señalado las bases que la Constitución ofrece y el legislador va poco a poco terminando de dar forma a un estatuto jurídico que ha sido y es complicado de diseñar.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., «¿Es constitucional la nueva Ley de extranjería?», *Claves de la Razón Política*, núm. 112, 2001, págs. 11-19.

CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2006.

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *El Estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial*, Claves de la Jurisprudencia, Madrid, 2008.

ORTEGA CARBALLO, C., «Los Derechos Fundamentales de los Extranjeros después de la STC 236/2007 de 7 de noviembre», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 40, julio 2008, págs. 5-30.

PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española*, Aranzadi, Madrid, 2005.

ARTÍCULO 13.2

EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS EXTRANJEROS

Sumario: I. Introducción. II. La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. III. El artículo 13.2. 1. Un panorama de Derecho comparado. 2. El requisito de reciprocidad. 3. El desarrollo del modelo constitucional.

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES

ACTUALIZACIÓN: **ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA**

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del art. 13.2 (*vid.* SANTOLAYA, 2007; SANTOLAYA/DÍAZ CREGO, 2008) debe comenzar por señalar que nos encontramos con un **precepto atípico**, y lo es, al menos, por una triple razón: la primera de ellas es que se trata del primer precepto que fue **objeto de reforma**, en concreto la Reforma de 27 de agosto de 1992, que se limitó a añadir la expresión «y pasivo» para hacer posible la ratificación del Tratado de la Unión Europea. La segunda, relacionada con la anterior, es que la **jurisprudencia sobre él se limita prácticamente a la Declaración 1/1992, de 1 de julio**, con la que el Tribunal inaugura la vía de las resoluciones de los requerimientos para declarar la existencia de contradicciones entre los tratados internacionales y la Constitución (al margen de esa Declaración, solo puede aludirse a la STC 112/1991, de 20 de mayo, que resuelve un amparo electoral en el que el Tribunal constata, sin ulterior teorización, que no es posible la inclusión de un candidato extranjero en las listas electorales de un determinado municipio porque la Constitución solo admitía, en aquel

momento, la posibilidad del sufragio activo). Y la tercera porque se refiere a un problema central en nuestro Estado democrático-representativo, la **atribución de derechos de ciudadanía a los no nacionales**, y lo hace de una forma peculiar, no tanto porque limite tal posibilidad a las elecciones municipales, lo que constituye un estándar muy extendido en Derecho comparado, sino, sobre todo, porque introduce la **exigencia de reciprocidad**, atípica tanto en relación a la titularidad de los derechos fundamentales en general, como, en concreto, con alguna excepción como la de Portugal, para el reconocimiento del derecho de sufragio. Todo ello genera una serie de problemas interpretativos, sobre los que, sin embargo, no existe, literalmente, jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en las sentencias 107/1984, 130/1995 y 95/2000 se limita al recordatorio de que en virtud del art. 13 CE «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana): existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE

según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo disponen los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

En cualquier caso, y frente a la tesis de algunos autores de la falta de generosidad de la Constitución en este punto, lo cierto es que el art. 13.2 fue más allá de donde había ido por entonces el Derecho comparado de nuestro entorno y se inscribió así temporáneamente en la tendencia a la flexibilización de la barrera de la nacionalidad para el ejercicio de los derechos políticos bien es verdad que limitado el ámbito local, que es la primera escuela de la democracia (ARNALDO, 1992).

II. LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JULIO DE 1992

La profundización en el ideal comunitario, traspasando la barrera de la unión económica y monetaria para alcanzar las bases de la unión política, tuvo su primera expresión en el Tratado de la Unión Europea adoptado en el Consejo Europeo de Maastricht los días 9 y 10 de diciembre de 1991, y que se firmó por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de los entonces 12 Estados miembros el 7 de febrero de 1992 en la propia ciudad holandesa. El tratado incorporaba un art. 8B que reconocía «el derecho a votar y ser elegido en las elecciones municipales en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». La ratificación del Tratado por parte del Reino de España, y en concreto de dicho precepto, llevó al Gobierno a hacer uso de la facultad reconocida por el art. 95.2 CE y requerir al Tribunal Constitucional para que se pronunciara, con carácter vinculante, sobre su compatibilidad con el art. 13.2.

La Declaración de 1 de julio de 1992, desde el punto de vista del derecho de sufragio de los

extranjeros, plantea dos **aspectos esenciales** que deben ser tenidos en cuenta: la posibilidad, apuntada por el Gobierno y rechazada por el Tribunal, de que el art. 11.1 de la Constitución (nacionalidad) permitiera salvar la literalidad de la atribución del sufragio pasivo a los españoles, y en segundo lugar, la necesidad de que la reforma fuera o no tramitada por el procedimiento agravado del art. 168 por afectar a la atribución de la soberanía al pueblo español del art. 1.2. No hacemos referencia, por el contrario, a otro de sus aspectos esenciales, la utilización y los límites del art. 93 como cláusula de autorruptura constitucional, que será analizado al hilo de ese precepto, y que, por otra parte, ha sido ya objeto de valiosos comentarios en la doctrina (ARAGÓN, 1994, 9 y ss.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2005, 297 y ss.).

Pues bien, con relación al primero de los problemas, las alegaciones del Gobierno parecerían apuntar a la posibilidad de **diferenciar entre nacionalidad y ciudadanía**, de suerte que si bien los derechos de participación estarían reservados a los nacionales, sin embargo, y por la vía de la Unión Europea, en la medida en que se hace surgir una ciudadanía europea, los ciudadanos comunitarios pasarían a ser sujeto de derechos reservados a los españoles aunque carezcan de la nacionalidad. Sin embargo, el Tribunal rechaza terminantemente esa posibilidad:

«Siendo claro que la Constitución no define quiénes son españoles [...] es patente que en su art. 13 ha introducido reglas imperativas e insoslayables [...] entre ellas la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, que no pueden ser atribuidos ni por Ley ni por tratado a quienes no tengan aquella condición, esto es, que solo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución. Pues bien este límite constitucional desaparecería [...] si [...] fuera aceptada la interpretación [...] según la cual pudiera el legislador

acuñar o troquelar nacionalices *ad hoc* [...]. El legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles [...] pero no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el art. 13.2 de la Constitución» (FJ 5).

¿Existe una contradicción, como señala ALÁEZ (2006), en la doble afirmación de que la Constitución no da pautas al legislador de la nacionalidad para regular su adquisición, pero sí le impide parcelarla o fraccionarla? En mi opinión, no; el **Tribunal Constitucional concibe la ciudadanía no como la posesión de determinados derechos parciales, sino como el pleno disfrute de los derechos fundamentales**, de manera que no es posible, una vez reconocida la ciudadanía, dotarla de un estatus menor de derechos de los que corresponden a otros ciudadanos.

El segundo de los problemas hace referencia al **procedimiento que se debía emplear para reformar el art. 13.2 de la Constitución**, y en concreto si era precisa la **reforma agravada** o por el contrario la atribución de derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales era compatible con el art. 1.2 de la Constitución, a tenor del cual «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado». El Tribunal decide que lo es, pero lo hace mediante un argumento discutible consistente en que:

«[...] solo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía [...]»

Discutible, y, sobre todo, que puede ser interpretado en el sentido de dificultar extraordinariamente cualquier reforma ulterior del art. 13 tendente a ampliar el derecho de sufragio de los extranjeros a otro tipo de elecciones, en la medida en que afectaría, nada menos que a la definición de la titularidad de la soberanía presente en el art. 1.2 de la Constitución, aunque, eso sí, advirtiendo que:

«No tendría sentido alguno, como es obvio, formular ahora juicios hipotéticos (sobre la extensión del derecho de sufragio a otro tipo de elecciones), de modo que basta con advertir que ese no es el caso de los municipios, para descartar toda duda sobre la constitucionalidad, en cuanto a este extremo, de lo prevenido en la estipulación aquí examinada.»

Por lo que no es de excluir que si, en el futuro, el Tribunal Constitucional se viera obligado a pronunciarse sobre ulteriores extensiones del derecho de sufragio a otro tipo de elecciones, pudiera optar por una interpretación evolutiva a tenor de la cual el «pueblo español» no serían exclusivamente los nacionales, sino también los extranjeros que tuvieran la plenitud de los derechos constitucionales, incluido el sufragio, evitando con ello el extraordinariamente complejo problema, tanto desde el punto de vista jurídico como político, de buscar una redacción constitucional alternativa a la definición de la soberanía para hacer posible el sufragio de los extranjeros.

Resta por hacer referencia a dos aspectos relacionados con la declaración, pero que no figuran en ella: el primero, previo, determinado por el alcance mismo de la consulta del Gobierno; el segundo, posterior, por la concreta fórmula elegida para la reforma.

El primero de ellos es la admisión expresa, en el Dictamen del Consejo de Estado 850/1991, de que las elecciones al Parlamento Europeo habían dejado de ser un marco de decisión estatal, de manera que si bien era preciso modi-

ficar la Ley electoral para transponer la Directiva 93/109, no lo era modificar el art. 13.2. Con relación a este aspecto se entendió, de forma pacífica en cuanto ni siquiera formó parte del texto de la consulta al Tribunal Constitucional, que determinadas normas que regulan ese tipo de elecciones, incluida la atribución del derecho de sufragio, no formaban parte del ámbito estatal de decisión.

El segundo, posterior, se refiere al **alcance de la reforma**. Hay que recordar que la consulta estaba provocada por la extensión del derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos europeos y estrictamente a ellos. Sin embargo, la reforma se hace **en términos generales, reconociendo esa posibilidad también para los no comunitarios**. La solución era la más simple, permitió una reforma limitada a dos palabras (la «reformita» la bautizó JIMÉNEZ DE PARGA), y probablemente la más acertada, pero no venía exigida por el Derecho comunitario, no era la única posible, ni siquiera probablemente la más evidente, y no faltaron prestigiosos comentaristas que se expresaron en contra, reconociendo su legitimidad en cuanto libre decisión del poder constituyente constituido, pero mostrando su preferencia, fundamentada en la concepción de la Unión Europea como una comunidad de valores compartidos, a que la reforma se hubiera limitado a los comunitarios (ARAGÓN).

III. EL ARTÍCULO 13.2

1. Un panorama de Derecho comparado

El derecho de sufragio —junto al de libre circulación y residencia— **constituye la excepción más patente a la tendencia generalizada a la equiparación de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros**. Se inscribe en la tradición liberal en la que resulta relevante la distinción entre hombre y ciudadano, de forma que solo a través de un complejo proceso histórico en el que se rompen primero las barreras censita-

rias a finales del siglo XIX y después las de género a mediados del XX, se fue superando mediante la universalización del sufragio. El último resto de esa división es la distinción entre los nacionales, que pueden configurar las instancias representativas que elaboran las normas y participar directamente en la formación de la voluntad del Estado, y los extranjeros, que tienen que conformarse con ser sus destinatarios. Hace, en fin, quince años el Código de Buenas Prácticas adoptado por la Comisión de Venecia, en su sesión de julio de 2002, consideró que la condición de nacionalidad puede estar prevista para el ejercicio del sufragio, pero es reconocible que los extranjeros tengan derecho a votar en las elecciones locales después de cierto periodo de residencia (DELGADO-IRIBARREN, 2014).

Una aproximación al estudio de Derecho comparado sobre el reconocimiento del sufragio de los extranjeros ofrece el siguiente panorama (cfr. ARNALDO, 1992; SANTOLAYA, 2007; SANTOLAYA/DÍAZ CREGO, 2008):

En primer lugar, **no existe ningún ordenamiento jurídico que equipare la posición de los ciudadanos y los extranjeros residentes en el ejercicio del derecho de sufragio**. Los ordenamientos más cercanos a esta identificación son Chile, que reconoce el derecho de sufragio activo, no el pasivo, a los extranjeros **residentes** durante más de cinco años en el país **en todos sus procesos electorales**, y Uruguay, con una regulación similar, pero ligada, en este caso, a un período muy dilatado de residencia legal, quince años. Hay que hacer constar que se trata de regulaciones recientes. La Ley electoral uruguaya es de 1999, y la chilena de 2007.

Un segundo grupo está constituido por un reducido número de ordenamientos que equiparan a sus ciudadanos a determinados colectivos de extranjeros, unidos al país con especiales **lazos históricos, culturales y lingüísticos**, y lo hacen reconociendo a ellos y solo a ellos el derecho de sufragio **en un número progresivamente mayor de pro-**

cesos electorales, desbordando por tanto el estricto campo de las elecciones locales. Con ello afirman que esos colectivos, a pesar de carecer de la nacionalidad, tienen especiales derechos de ciudadanía. El ejemplo más claro de esta concepción es Gran Bretaña, que otorga derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la *Commonwealth* y de la República de Irlanda en todo tipo de elecciones. Junto a él puede citarse a Irlanda, que permite el derecho de sufragio activo en sus elecciones parlamentarias, no así en las presidenciales, a los británicos y a los ciudadanos europeos, en condiciones de reciprocidad. Al igual que señalábamos en el apartado anterior, se trata de reformas legales recientes, la Ley irlandesa es de 1992, y la *Representation of the People Act británica* del 2000.

Un tercer grupo de países está formado por aquellos ordenamientos, relativamente frecuentes, en los que es posible el derecho de sufragio activo y pasivo, o **solamente activo a los extranjeros residentes estables en el país, pero exclusivamente en las elecciones locales**. En el ámbito europeo se encuentran en esta situación la gran parte de los Estados miembros de la Unión, entre ellos los países nórdicos y los Países Bajos. Es también el modelo seguido en Iberoamérica por Bolivia, Colombia o Perú. Muchos de ellos se han incorporado a este grupo muy recientemente. Baste con señalar que en el momento en que se aprobó la Constitución Española era permitido exclusivamente en los países nórdicos e Irlanda, y solo en Suecia se aplicaba ya a todos los extranjeros residentes.

Sin embargo, son todavía muy numerosos y **significativos los ordenamientos en los que se produce una absoluta reserva constitucional del sufragio a los nacionales**, de forma que se excluye cualquier posibilidad de titularidad de este derecho a los no nacionales. Tal es el caso, en el ámbito europeo, de países tan importantes como Alemania (recordemos las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de 31 de octubre de 1991 que declaran que la expresión «pueblo»

como titular del poder implica la restricción del sufragio «a los plenos ciudadanos alemanes»), Italia, Bélgica o Francia, y en el americano de México, la totalidad de los países centroamericanos o Estados Unidos. Es también el modelo más extendido en países asiáticos y africanos.

Por último hay que hacer referencia a la especial problemática de algunos ordenamientos federales, como Argentina y Suiza, en los que el sufragio de los extranjeros es una cuestión local (provincial o cantonal) y no nacional, lo que origina situaciones diferentes con relación al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en distintas partes del territorio.

En este contexto la Constitución Española opta por una solución atípica, compartida por Portugal y la República Checa, comprensible en nuestro contexto histórico como país generador de emigración: condicionar el sufragio de los escasos extranjeros que residían en España en 1978 a la reciprocidad de tratamiento para los millones de españoles que lo hacían en sus países de origen. Es evidente que, también en este aspecto, **nuestra Constitución está redactada desde la óptica de España como país de emigración (vid. art. 42 y su relación con art. 68.5) no de destino** estable de la inmigración en el que se ha convertido.

2. El requisito de reciprocidad

La exigencia constitucional de la reciprocidad plantea dos **problemas** de diferente signo: el primero de ellos hace referencia a su contenido material, y el segundo, al instrumento en que debe plasmarse.

Con relación al contenido material, creo que es posible defender que la Constitución exige una **similitud en los elementos esenciales de la regulación**, pero en forma alguna una identidad total en el sistema ni menos aún en los procedimientos electorales. Se trata de

un trato equiparable, de forma que los españoles puedan ejercer el derecho de sufragio activo (y pasivo) en las elecciones locales, se organicen estas como se organicen, siempre que respondan a los parámetros internacionales de una elección libre y competitiva. Cualquier sistema y procedimiento electoral que pueda ser considerado democrático y permita el derecho de sufragio de los españoles, transcurrido un período razonable de residencia en ese país, cumple el requisito de la reciprocidad, con independencia, por ejemplo, de que se elijan directamente o no los Alcaldes, las listas sean o no paritarias, sea o no posible el voto por correo, o incluso de divergencias no radicales en los períodos de residencia fijados.

Por lo que se refiere al instrumento formal en el que se establece la reciprocidad el art. 13.2, parece abrir la disyuntiva de que **esta se genere** mediante un **tratado o una ley**; sin embargo, el art. 176 de la LOREG parece señalar que no es suficiente un reconocimiento legal del sufragio, sino que siempre y en cualquier caso es precisa la existencia de un tratado, lo que llevó a parte de la doctrina a considerarlo inconstitucional (cfr. MASSO GARROTE, 1997; AJA y DIEZ BUESO, 1999), quizás obviando que las relaciones entre Estados solo pueden concretarse a través de un tratado que establece lo que el Consejo de Estado, en su informe sobre la reforma electoral de 24 de febrero de 2009, llamaba «reciprocidad completa» y no general.

El problema adquiere perfiles prácticos si pensamos, por ejemplo, que la Constitución y la Ley electoral chilena o uruguayana permiten en la práctica el sufragio de los españoles. ¿Debemos entender que se ha cumplido el requisito de la reciprocidad o hemos de esperar a que esa situación sea expresamente refrendada por algún tipo de tratado internacional? La respuesta no es del todo clara, y, hasta donde tengo conocimiento, no ha sido planteada judicialmente, pero considero que, si bien el acuerdo internacional es normalmente el instrumento que oficializará esa posibili-

dad, sin embargo no puede excluirse que un residente de uno de esos países obtenga administrativa o judicialmente su derecho a estar incluido en el censo español si acredita, incluso en ausencia de tratado, que su país ha satisfecho el requisito constitucional de la reciprocidad.

Ciertamente a la luz de las citadas Leyes electorales de Chile y de Uruguay cabría entender que los españoles allí residentes podrían ejercer el sufragio. Ahora bien, tal sería la decisión soberana de esos países, pero la articulación de las condiciones y requisitos para el ejercicio del derecho en los términos de reciprocidad exigidos requiere su concreción a través de un acuerdo internacional.

En todo caso el art. 176 de la LOREG requiere para el ejercicio del derecho de sufragio activo en España:

- a) Ser residente y por tanto estar empadronado en cualquier municipio español.
- b) Ser ciudadano de la Unión Europea o nacional de un país que permita el voto a los españoles en las elecciones locales del mismo.
- c) Reunir los requisitos para ser elector exigidos por la LOREG para los españoles y haber manifestado la voluntad de ejercer el voto en España.

Y, en fin, para el derecho de sufragio pasivo el art. 177 de la LOREG sustituye el punto c) por los requisitos siguientes: reunir el requisito para ser elegible exigidos por la LOREG para los españoles y no estar desposeído del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen.

3. El desarrollo del modelo constitucional

La intermediación o materialización del art. 13.2 se produjo doce años después de la entrada en vigor de la Constitución. Los dos primeros Acuerdos, con Países Bajos y Dina-

marca, se publicaron en el *BOE* el 8 de agosto y el 30 de noviembre de 1990, si bien no pudieron ejercer los nacionales de ambos países residentes en España el derecho de sufragio a las elecciones locales de 26 de mayo de 1991 en virtud de la «cláusula de demora» de la aplicación de los Tratados que estableció la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 8/1991, de modificación de la LOREG (ARNALDO, 1992). Con posterioridad a dichas elecciones locales el diario oficial publicó los Acuerdos con Noruega y Suecia (*BOE* de 27 de junio de 1991). De los cuatro solo está en vigor el Acuerdo con Noruega, que se limita al sufragio activo, pues los otros tres Estados son parte de la Unión Europea. Para los noruegos se exige residencia en España ininterrumpida de tres años e inscripción censal, a instancia de parte, en cada elección.

A fines de los años ochenta y primeros noventa se firmaron una serie de Tratados generales de Cooperación con varios países Iberoamericanos (Argentina, Colombia, Uruguay y Venezuela) en los que se reconocía el derecho, pero se condicionaba a un acuerdo posterior, «conforme a las normas que establezca un acuerdo complementario». El suscrito con Chile, de 19 de octubre de 1990 (*BOE* de 22 de agosto de 1991) no se condicionaba a dicho acuerdo ulterior, pero quedó en el limbo.

Entre 2010 y 2011 se produce una inesperada aceleración del proceso de firma de acuerdos de reciprocidad, con Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Nueva Zelanda, Islandia,

Bolivia, Cabo Verde y Trinidad y Tobago (ha quedado paralizada, por el momento, la firma de los Acuerdos con Argentina y Uruguay por reconocer a los españoles allí residentes condiciones sustancialmente distintas a las que España quería reconocer a los nacionales de esos países en España). Se incrementa en todos ellos el periodo de residencia legal e ininterrumpida a cinco años anteriores a la solicitud de inscripción en el censo electoral que debe solicitarse en cada elección por el interesado.

Así pues, no hay una predeterminación objetiva de los requisitos, en particular el de residencia, con lo que se establecen soluciones distintas. En el art. 176 de la LOREG, a pesar de las numerosísimas reformas de esta, no se ha creído oportuno regularlo y tampoco el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, aprobado por la Ley 40/2006, que se limita, en el art. 4.2, a incluir un precepto puramente pragmático.

En fin, el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros a las elecciones locales se limita al voto de los Alcaldes y Concejales y a las asambleas de Ceuta y Melilla. Está excluida su participación en la elección de entes supramunicipales según la interpretación constante de la Junta Electoral Central (ARNALDO y DELGADO IRIBARREN, 2015). Dejamos fuera de nuestro examen el derecho de sufragio de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado de residencia (arts. 210 y 210 bis LOREG).

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E. y DÍEZ BUESO, L., «La participación política de los inmigrantes», *La Factoría*, núm. 10, octubre 1999-enero 2000. Disponible en <http://www.lafactoriaweb.com>.

ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, Madrid, 2006.

ARAGÓN, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: La reforma de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 1994, págs. 9 a 25.

ARNALDO ALCUBILLA, E., «El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992.

ARNALDO ALCUBILLA, E y DELGADO IRIBARREN, M., *Código electoral*, 8.ª ed., La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2015.

DELGADO IRIBARREN, M. (Dir.), *Comentarios a la LOREG y a la LOR*, La Ley, Madrid, 2014.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «La Constitución Española «frente» al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, págs. 297-327.

MASSO GARROTE, M., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Colex, Madrid, 1997.

REVENGA, M., «El reto de la normalización del inmigrante», en SANTOLAYA, P., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SANTOLAYA, P., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SANTOLAYA, P. y DÍAZ CREGO, M., *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ARTÍCULO 13.3

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA EXTRADICIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza de la extradición y control de la misma por el Tribunal Constitucional. 1. Fundamento de la posibilidad de ejercer un cierto control de la extradición a través del recurso de amparo. 2. Alcance del control. A) ¿Qué derechos y qué contenido? B) ¿Control constitucional de la reciprocidad? III. Las fuentes de la extradición. 1. La cobertura legal de la entrega. 2. La prelación de fuentes. IV. La prohibición de extraditar por delitos políticos. V. La constitucionalidad de la extradición de los nacionales. VI. Vulneraciones directas de derechos fundamentales. 1. Cambio de título extradicional y derechos de defensa del reclamado. 2. Cosa juzgada, bis in idem procesal y extradición. 3. Doble incriminación y principio de legalidad. 4. Igualdad en la aplicación de la ley por cambio de criterio jurisprudencial. VII. Vulneraciones indirectas de derechos fundamentales. 1. Extradiciones para el cumplimiento de condenas dictadas en juicios celebrados en ausencia del imputado. 2. Prohibición de extradición por delitos políticos y alegaciones de torturas y otros riesgos para la vida del reclamado. VIII. El control constitucional de la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE). 1. Cuestiones relativas a la sucesión legislativa. A) La sospecha de aplicación retroactiva de la legislación relativa a la OEDE. B) El desconocimiento de los efectos de pronunciamientos anteriores sustentados en la legislación extradicional previa: cosa juzgada y tutela judicial efectiva. 2. Otras cuestiones suscitadas en torno a la OEDE. A) El principio de reciprocidad. B) El derecho a la libre designación de Abogado en la comparecencia del art. 14 Ley 3/2003. C) La lesión del derecho al proceso con todas las garantías por no condicionar la entrega a la prestación de garantía suficiente de revisión de la condena. D) La limitación de la entrega de los nacionales: la audiencia y la posibilidad de cumplimiento de la pena en España; la equiparación de los no nacionales residentes. E) Ampliación de la solicitud de entrega y derecho de audiencia del reclamado. F) El incumplimiento de los plazos de detención como lesión de la libertad personal y el derecho de acceso a los recursos en materia de prisión provisional.

MERCEDES PÉREZ MANZANO
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con el art. 13.3 CE, la extradición solo podrá concederse en virtud de tratado o ley, atendiendo al principio de reciprocidad, sin que en ningún caso se pueda acceder a la extradición por delitos políticos.

Esta disposición tiene un alcance limitado, tanto debido a su estricto contenido, ya que se refiere solo a las denominadas fuentes de la extradición y a una de las causas de dene-gación, la prohibición de extraditar por delitos políticos, como por su ubicación, fuera de la enumeración de los derechos respecto de

los cuales se puede recabar el amparo ante el Tribunal Constitucional [arts. 53.2 y 161.1.b) CE]. A pesar de ello, las resoluciones judiciales declarando procedente la extradición han sido objeto de un **significativo número de recursos de amparo**. En ellos se han planteado vulneraciones de derechos fundamentales que el Tribunal Constitucional ha clasificado en directas e indirectas: **vulneraciones directas** de derechos fundamentales son las cometidas por los órganos judiciales españoles durante la sustanciación del procedimiento extradicional y giran en torno al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (lesión del derecho de defensa, parcialidad judicial, falta de motivación, o quiebra de alguna garantía específica del procedimiento de extradición); y **vulneraciones indirectas** son, por el contrario, aquellas que, habiendo sido cometidas directamente por los órganos del Estado reclamante, se atribuyen indirectamente a los órganos judiciales españoles en la medida en que estos dan validez o reconocen efectos a la resolución del Estado requirente dictada con vulneración de derechos fundamentales; esta atribución se produce en la medida en que dichas vulneraciones son conocidas por los órganos judiciales españoles, o previsibles para ellos, y dado que, teniendo medios al efecto, al no repararlas, contribuyen en alguna medida a que dichas vulneraciones se materialicen o agoten sus efectos (SSTC 91/2000, de Pleno, de 30 de marzo, FF. JJ. 5 y ss.; 32/2003, de 13 de febrero, FF. JJ. 2 y ss.). Si la primera clase de vulneraciones no ha planteado excesivos problemas, sí lo ha hecho el reconocimiento y examen de la segunda clase de lesiones y ello a pesar de haber declarado el **Tribunal Constitucional** que en el examen de las vulneraciones «no es el Juez de la extradición, sino el **órgano de control, en materia de garantías constitucionales, del Juez de la extradición**» (SSTC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 5).

La extradición es una institución con características singulares cuyo conocimiento es presupuesto de una mejor comprensión de la

jurisprudencia constitucional, por ello le dedicaré unas breves líneas a la configuración de la propia institución, pero desde el prisma de la relevancia que tales características tienen para el control constitucional de las resoluciones que en estos procedimientos se dictan.

II. NATURALEZA DE LA EXTRADICIÓN Y CONTROL DE LA MISMA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Fundamento de la posibilidad de ejercer un cierto control de la extradición a través del recurso de amparo

La extradición es, en primer término, aunque no de forma exclusiva, un procedimiento de **cooperación judicial internacional** dirigido a evitar que las fronteras estatales se conviertan en muros insalvables para el ejercicio del *ius puniendi* de los Estados por la vía de que los delincuentes se refugien en el territorio de otro Estado, lejos del alcance de las normas que infringieron y de los poderes del Estado que tienen que aplicarlas. El objetivo de la extradición es la **entrega de una persona** por el Estado en cuyo territorio se encuentra a otro Estado que lo reclama, bien para su enjuiciamiento, bien para la ejecución de una condena penal. Por consiguiente, aunque la extradición constituye un instrumento fundamental en la lucha contra la delincuencia, **no es un procedimiento penal** en el que se sustancie una pretensión punitiva; ni siquiera es un «proceso sobre otro proceso penal» como ha sostenido la jurisprudencia constitucional (SSTC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3), porque no es un procedimiento que tiene como objeto la revisión del proceso penal. Se trata de un proceso singular que **se conecta con** un proceso penal, pero con un objeto propio: la específica cuestión o pretensión extradicional que viene constituida por la **revisión del cumplimiento de las condiciones** necesarias para poder proceder

a la entrega que se solicita, entre las cuales se encuentran sin duda los derechos fundamentales del reclamado. Desde esta perspectiva, el procedimiento extradicional, en la fase judicial, cumple la función de garantizar el respeto de los derechos del reclamado (PÉREZ MANZANO, 2003).

La extradición es una institución singular cuyas especialidades no se ciñen solo a su objeto, pues la extradición es un acto de naturaleza y efectos **mixtos** que se sustancia en un procedimiento también mixto. La extradición es un acto que pone en conexión dos Estados y tiene, por consiguiente, una **dimensión internacional y efectos *ad extra***. Pero es también un acto de un Estado hacia una persona que se encuentra bajo su territorio y jurisdicción, por lo que se trata de un **acto interno y con efectos *ad intra***. En coherencia con esta naturaleza mixta, la extradición se sustancia en un procedimiento también mixto, esto es, en un procedimiento con dos fases netamente diferenciadas: una **fase gubernativa y una fase judicial**. Si la fase judicial tiene como objeto el control del cumplimiento de los requisitos y garantías legales y constitucionales, la fase gubernativa otorga al Gobierno la decisión en última instancia, tanto sobre la solicitud de la extradición como sobre su denegación por razones de oportunidad.

Las especialidades de la institución —procedimiento de cooperación judicial, su dimensión internacional y la consiguiente atribución a los órganos judiciales españoles de las vulneraciones cometidas inicialmente en otro Estado, la sustanciación en un procedimiento no enteramente judicial—, así como el hecho de que la Constitución solo se refiera a ella en el art. 13 y con el limitado alcance con el que la regula, han hecho surgir en la doctrina **dudas** acerca de la **legitimidad del control constitucional** de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos extradicionales a través del recurso de amparo (por todos, cfr. BELLIDO, REQUEJO, TORRES MUÑO), aunque también ha habido voces favorables a la evo-

lución jurisprudencial (por todos, CUERDA RIEZU, 2003; PÉREZ MANZANO, 2003).

Ni las singularidades mencionadas ni las voces críticas han constituido obstáculo suficiente para que el Tribunal Constitucional examine en los recursos de amparo la vulneración de los derechos fundamentales que se alegaba. Así, ya la STC 11/1983, de 21 de febrero (FJ 1), declaró que, si bien el art. 13.3 CE se ubica fuera del alcance formal del recurso de amparo de conformidad con el art. 161.1.b) CE, ello no significa que «absolutamente todas las cuestiones que pueden suscitarse con motivo de expedientes o procesos de extradición deban quedar marginadas de la posibilidad del recurso de amparo constitucional», sino simplemente que cuando se alegue la vulneración de derechos fundamentales será necesario examinar el precepto referente a la extradición limitadamente, solo en lo que sea necesario por su conexión con los derechos fundamentales alegados, evitando cualquier pronunciamiento que «equivale a una censura de lo actuado y resuelto por el competente órgano de la jurisdicción ordinaria penal en todo aquello que es propio y exclusivo de esa misma jurisdicción».

En esta primera sentencia, el Tribunal examinó ya vulneraciones de los dos tipos mencionados, directas e indirectas, sin diferenciarlas. En particular, analizó si las resoluciones que habían declarado procedente la extradición a EE. UU. de un ciudadano estadounidense habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, dado que la extradición se sustentaba en una condena penal emitida en un juicio celebrado en rebeldía. De modo que, implícitamente y sin fundamentar cómo era posible, el Tribunal estaba asumiendo la posibilidad de **atribuir a los órganos judiciales españoles las vulneraciones de derechos fundamentales producidas en un procedimiento penal que había tenido lugar en otro Estado**. Esta atribución se hizo explícita en la STC 13/1994, de 17 de enero, que declaró, de un lado, que a los órganos judiciales españoles «ha de serles

imputable la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en la medida en que, por la especial naturaleza del procedimiento de extradición, **sean consientes** de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, y **no la eviten con los medios de que disponen**; y de otro lado, que la responsabilidad de los órganos judiciales españoles «por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquel no es ni puede ser indiferente para las autoridades de este. Por ello, **se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales**, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, **por los medios con que cuentan para remediar** los efectos de las irregularidades denunciadas». Estos pronunciamientos se reiteraron en la STC 141/1998 (FJ 1), en la STC 91/2000, de Pleno, que se planteó todas las implicaciones de la doctrina, y en la jurisprudencia posterior.

El Tribunal Constitucional ha fundamentado esta posibilidad en varios tipos de **razones**: de un lado, en la **fuerza vinculante** de los derechos fundamentales como bases objetivas del ordenamiento (STC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4) y en la propia **sujeción** de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y específicamente a su contenido esencial (art. 53.1 CE) (STC 91/2000, FJ 7). De otro, también se ha apoyado de forma significativa en la **jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, conforme a la cual es posible atribuir a los órganos judiciales nacionales las vulneraciones de derechos fundamentales ya cometidas en el país de destino en el procedimiento penal origen

de la solicitud de extradición o las vulneraciones futuras respecto de las cuales se tiene un temor fundado de comisión, pues aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) tenga un ámbito territorial determinado, los Estados no quedan relevados de su responsabilidad por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar fuera de su jurisdicción (STEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. RU*, §§ 85 86). Y, finalmente, también ha tenido en cuenta la **trascendencia de los derechos** e intereses del reclamado que se hallan en juego en un procedimiento extradicional: siempre se verá afectado el derecho a la libertad, dado que la extradición se solicitará para el enjuiciamiento o cumplimiento de penas privativas de **libertad** respecto de delitos sancionados con pena superior a un año; también el derecho a **permanecer** en nuestro país; y finalmente, **otros derechos**, como la prohibición de no ser discriminado por razón de sus condiciones personales o ideología, la prohibición de la tortura, penas inhumanas o degradantes, o incluso el derecho a la vida, que pueden alegarse en función de los casos (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 32/2003, FJ 2).

Consecuencia de todo ello es que, desde la perspectiva constitucional, más allá de ser un acto de cooperación judicial, el procedimiento de extradición:

«exige una **cuidadosa labor de verificación** por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, **con el fin de evitar que**, en caso de accederse a la extradición, **se pudiera convertir en autor de una lesión** contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo

un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, estas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado» (STC 32/2003, FJ 2; reiterado en SSTC 148/2004, FJ 6; 49/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).

El procedimiento de extradición se convierte de esta forma en un **procedimiento de tutela judicial de los derechos del reclamado** (PÉREZ MANZANO, 2003), para evitar la atribución indirecta de las infracciones constitucionales al órgano judicial que declara procedente la misma. Ahora bien, este deber de tutela **se activa** no ante la mera alegación de vulneraciones, sino que los riesgos aducidos **deben acreditarse mínimamente**, no exigiéndose que se acrediten de modo pleno y absoluto dadas las dificultades con las que cuenta el reclamado al encontrarse en otro país y dado que las lesiones se convierten en irreparables cuando el órgano judicial del Estado reclamado pierde el control de la situación al acceder a la entrega (STC 32/2003, FF. JJ. 3 y 4; reiterado en SSTC 148/2004, FJ 6; 49/2006, FJ 3; 181/2004, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 140/2007, de 4 de junio, FJ 2):

«siempre que el reclamado haya aportado **determinados y concretos elementos** que sirvan de apoyo razonable a su argumentación y que no le sea reprochable una actitud de falta de diligencia en la aportación del material probatorio, los órganos judiciales no podrán, sin más, denegar o desatender la relevancia de tal argumentación sobre la base de que la misma no resulta adecuadamente acreditada, sino que,

por el contrario, deberán realizar cuantas actuaciones sean precisas, en función de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego y demás factores en presencia, para conseguir esclarecer las circunstancias alegadas o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquellos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extradicional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse» (STC 32/2003, FJ 4).

A tal efecto **no resultan suficientes las alegaciones o alegaciones genéricas** sobre la situación del país del reclamado, sino que el reclamado ha de efectuar concretas alegaciones en relación con su persona y derechos (SSTC 148/2004, FJ 8; 181/2004, FF. JJ. 14 y 15; 351/2006, FJ 7).

Las singularidades del procedimiento de extradición como procedimiento mixto judicial-gubernativo han determinado que el Tribunal haya declarado que, dado que «contra lo acordado por el Gobierno no cabe recurso alguno» (art. 6.3 LExP), «el **objeto** de[l] [...] proceso de **amparo** viene delimitado exclusivamente por las **resoluciones judiciales**, por lo que su examen debe ceñirse a la adecuación constitucional del ejercicio de sus competencias en el marco de la potestad jurisdiccional» (STC 181/2004, FJ 16). Por consiguiente, **se excluyen** del control del recurso de amparo las cuestiones relativas a la decisión de procedencia de la extradición que se tomen en o dependan de la **fase gubernativa**: en particular, la verificación del cumplimiento de las garantías o condiciones a las que se someta la entrega (infra juicios en rebeldía) y el control de la reciprocidad (infra reciprocidad).

2. Alcance del control

A) ¿Qué derechos y qué contenido?

La posibilidad de atribuir a los órganos judiciales españoles las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas directamente en el Estado de destino tiene como presupuesto que se hayan cometido tales vulneraciones y para determinar su real existencia, que se realizará en España en el procedimiento de extradición ante el que se tienen que alegar y en el Tribunal Constitucional en el examen de las demandas de amparo, es necesario precisar cuál es el estatuto jurídico-constitucional del reclamado, esto es, qué derechos y con qué contenido constituyen el referente de dicho análisis, pues entre las legislaciones de los países requirente y requerido pueden existir diferencias. Se han barajado varias posibilidades: el estatuto jurídico del reclamado vendría integrado por los derechos reconocidos en la legislación del Estado requerido en toda su extensión, por los derechos reconocidos en el Estado de destino y con su propia extensión o los derechos fundamentales reconocidos por los convenios internacionales y en la dimensión que estos les confieren (cfr. REQUEJO, 1639; PÉREZ MANZANO, 2003). De estas opciones, el Tribunal Constitucional se ha decantado por una concepción doblemente limitada al sostener, de un lado, que tienen una proyección universal aquellos **derechos que pertenecen a la persona** —es decir, como sujeto en derecho, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica y no mero objeto del ejercicio de los poderes públicos— en cuanto tal y, por tanto, inherentes o imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 91/2000, FJ 8), y de otro, que solo el **contenido o núcleo absoluto** de estos derechos fundamentales constituye criterio de ponderación de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros (SSTC 91/2000, FJ 8; 32/2003, FJ 2). Para la determinación de ese núcleo o contenido ab-

soluta utiliza como parámetro de referencia los convenios internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STC 91/2000, FJ 7), por lo que no se deshace totalmente de la tercera de las opciones mencionadas.

En particular, el Tribunal Constitucional consideró que **integra ese grupo de derechos y el contenido absoluto que se proyecta *ad extra***: el derecho al **proceso con todas las garantías** y en particular la garantía de estar presente en el juicio (STC 91/2000, FF. JJ. 11 y ss.), pues la reprobación jurídica por delito grave afecta a su estima y porque:

«[i]mponer, sin audiencia y defensa personal previa ni posterior, penas que afectan profundamente a los derechos más estrechamente ligados a la personalidad, sobre la base de imputaciones que comportan una reprobación de tal gravedad que se proyecta sobre la condición de la persona misma parece ya, *prima facie*, incompatible con su dignidad. Y lo es tanto más si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona: ese núcleo de imputación jurídica y, por tanto, de acción y expresión en que la personalidad consiste, quedaría radicalmente negado si se condenase en ausencia cerrando toda posibilidad de oír directamente en justicia al acusado de un delito muy grave» (FJ 14). Sin embargo, esta doctrina sobre los juicios en rebeldía se ha modificado en la STC 26/2014, de 13 de febrero (*infra*).

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las características del procedimiento de extradición fundamentan la **exclusión o modulación de algunos derechos fundamentales**. Así, de un lado, ha excluido la aplicación del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 102/1997, FJ 6; 134/2000, de 6 de mayo, FJ 2) de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador

(ATC 263/1989, de 22 de mayo; SSTC 102/1997, FJ 6; 156/2002, de 23 de julio, FJ 2), o del derecho a la doble instancia (AATC 59/1985, de 30 de enero, FJ 7; 282/2000, de 30 de noviembre, FJ 4; SSTC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 177/2006, de 5 de junio, FJ 9, esta última en relación con la orden europea) porque el procedimiento de extradición no es un procedimiento penal, y estos derechos solo se aplican en el proceso penal; y de otro lado, entiende que el principio de legalidad en relación con la garantía de doble incriminación también debe modularse (SSTC 102/1997, FJ 6; 141/1998, FJ 3).

B) ¿Control constitucional de la reciprocidad?

El Tribunal Constitucional **ha negado que él mismo pueda someter a control directo el principio de reciprocidad (art. 13.3 CE)** con base en los siguientes argumentos: en primer término, debido a «que la determinación del contenido y alcance del principio de reciprocidad constituye una cuestión susceptible de diversas interpretaciones, en particular en lo atinente al grado de similitud, o incluso identidad, de los supuestos de hecho, que constituye el presupuesto para exigir al Estado requirente garantía de reciprocidad». Y en segundo lugar, se ha basado en las propias características del procedimiento de extradición, en particular las de su fase gubernativa, ya que «la determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requirente **corresponde [...] al Gobierno**», siendo posible en todo caso la denegación de la extradición por el Gobierno «en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad [...]» (art. 6.2 LExP), de modo que contra la decisión del Gobierno no cabe recurso alguno (art. 6.3 LExP) (SSTC 87/2000, FJ 7; 102/2000, de 10 de abril, FJ 10; en sentido similar STC 351/2006, de 11 de diciembre, FJ 5). Ahora bien, en la medida en que la legislación en materia de extradición contiene disposiciones que concretan la garantía de reciprocidad, por ejemplo la posibi-

lidad de negar la extradición de los propios nacionales por razones de reciprocidad, el Tribunal Constitucional ha realizado en alguna ocasión una **cierta revisión** de la aplicación de este principio desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, desestimando las alegaciones (STC 30/2006, de 30 de enero, FJ 7). Además, el Tribunal ha vinculado el control de la reciprocidad con la garantía de protección de derechos del reclamado. El Tribunal, partiendo de la falta de control directo del principio, ha precisado que:

«la previsión de que la extradición se conceda «atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE) ha sido interpretada por este Tribunal [...] como una **garantía de protección de determinados bienes** jurídicos protegidos por el Derecho español y, muy en particular, los **derechos del ciudadano** sujeto a la entrega, por lo que, en consecuencia, solo en caso de un posible menoscabo de esos derechos el principio de reciprocidad habría de ser activado como causa vinculante de denegación» (SSTC 30/2006, FJ 7; 177/2006, de 6 de junio, FJ 6).

III. LAS FUENTES DE LA EXTRADICIÓN

1. La cobertura legal de la entrega

El primero y principal límite que la Constitución expresamente impone a la extradición en su art. 13.3 reside en que solo se puede proceder a la entrega de quien se encuentra en España y sobre el que pende una demanda de extradición si existe **una «previa y expresa cobertura de Ley»**, es decir, si la entrega se encuentra autorizada en un tratado o ley y en los términos de dicha autorización (ATC 114/1991; SSTC 141/1998, FJ 4; 292/2005, FJ 3). Esta garantía obedece a distintas **finalidades**: de un lado, se trata de someter la

extradición a reglas jurídicas y desvincularla de la mera voluntad de los Estados, de modo que se conecta con la **interdicción de la arbitrariedad** de los poderes públicos y con el sometimiento de todos los poderes a la ley y al Derecho inherente al Estado de Derecho; de otro lado, se vincula con el **principio democrático**, de modo que la actuación de los órganos judiciales queda subordinada a las normas adoptadas por los legítimos representantes de los ciudadanos; y es **garantía de seguridad jurídica**, pues permite a los ciudadanos prever las consecuencias de sus propios actos, siendo esta previsibilidad fundamental «en relación con una medida como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, [...] en su derecho a la libertad» (SSTC 141/1998, FJ 4; 292/2005, FJ 3; 31/2013, de 11 de febrero, FJ 3).

Si bien el art. 13 CE constitucionaliza el principio *nulla traditio sine lege*, su ubicación impide su directa invocación en amparo, y, además, en la medida en que el procedimiento de extradición carece de carácter sancionador, **no le es de aplicación el principio de legalidad del art. 25.1 CE**. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la cobertura legal constituye «la primera y más fundamental de las **garantías del proceso extraditorio**», por lo que su lesión podría invocarse como vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (SSTC 141/1998, FJ 4; 292/2005, FJ 3). Por esta vía se estimó la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías en la STC 141/1998, FJ 7. En el caso, las resoluciones judiciales impugnadas habían sustentado la extradición en el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, que en su art. 3 permite la concesión de la extradición en los casos de sentencias dictadas en procesos celebrados en rebeldía si la parte requirente diere seguridad suficiente para garantizar al reclamado «el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de defensa». El Tribunal entendió que se había vulnerado la garantía de cobertura legal, dado que el Estado recla-

mante había formulado una reserva sobre dicho precepto, que, si bien había sido retirada con posterioridad, seguía vigente en las relaciones entre Italia y España, dado que no se había publicado en España dicha retirada, y dado que la publicación en el *BOE* es requisito de la validez de las reservas a los tratados y de su retirada, y es requisito también de que el propio tratado forme parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Desestimaron, por el contrario, la queja las SSTC 91/2000 (FJ 10), 163/2000, de 12 de junio (FJ 4), en la medida en que sustentaron la entrega en los arts. 1 y ss. Convenio Europeo de Extradición (en adelante, CEEEx) y no en el Segundo Protocolo Adicional. Un cambio de perspectiva se operó en la STC 292/2005, que examinó una alegación similar de falta de publicación en el *BOE* del levantamiento de una reserva al CEEEx desde el prisma del derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho (art. 24.1 CE), entendiendo el Tribunal Constitucional que la selección de la norma de cobertura era una cuestión atinente a la fundamentación en Derecho de la resolución que declara procedente la extradición y que debía examinarse bajo el canon de motivación reforzado atinente cuando la resolución se conecta con derechos fundamentales (FJ 3), si bien llegó a la misma conclusión de lesión constitucional (FJ 5). Estos pronunciamientos fueron reiterados en un caso idéntico al anterior en la STC 328/2005, de 12 de diciembre.

Un caso singular se planteó en la STC 31/2013, de 11 de febrero. Se trataba de una solicitud de entrega formulada por las autoridades de Hong Kong a España; la entrega fue autorizada por la Audiencia Nacional. La disputa constitucional se ubica en torno a la existencia de cobertura legal para la entrega en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), cuestionándose si la fundamentación de los autos que accedieron a la extradición cumplía los requisitos constitucionales. En los autos impugnados, la Audiencia Nacional sostuvo que aunque Hong Kong no es un Estado, es un

casi Estado y que gozaba de un estatuto especial que le permitía incluso firmar convenios internacionales. El Tribunal Constitucional estimó el amparo razonando que la argumentación era irrazonable pues desconocía las limitaciones legales del propio estatuto de Hong Kong, especialmente la relativa a que para solicitar una extradición esta debe autorizarse por el gobierno de la República Popular China. Y si bien dicha autorización se produjo, se otorgó con posterioridad a la solicitud de extradición cursada por Hong Kong. Al no estar cubierta por dicho convenio, ni ser Hong Kong parte de ningún convenio de extradición, ni del Convenio de Naciones Unidas sobre corrupción de 2003, faltaría el título extradicional que habilitaría la entrega (FF. JJ. 5 y 6).

2. La prelación de fuentes

El Tribunal Constitucional se ha hecho eco de la interpretación doctrinal y jurisprudencial habitual declarando, a partir del tenor literal del propio art. 13.3 CE, el **carácter supletorio de la Ley de Extradición Pasiva respecto de los tratados** internacionales (SSTC 11/1985, de 30 de enero, FJ 4; 87/2000, FJ 5), de modo que, de conformidad con dicha interpretación, las previsiones de la Ley de Extradición Pasiva solo se aplicarán en ausencia de tratado bilateral o multilateral.

Plantean un problema de interpretación las **cláusulas facultativas de los convenios de extradición** en su relación con las cláusulas obstativas de la Ley de Extradición Pasiva, como, por ejemplo, la que establece su art. 3, que «no se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional». Si se interpreta, dependiendo de la literalidad de la cláusula incorporada al convenio, que cuando los convenios de extradición dejan abierta la entrega, ello significa que estas cláusulas carecen de ejecutividad directa, el convenio no estaría contemplando la entrega

en ese supuesto (DÍEZ-HOCHLEITNER, 2015 II, 556 y ss.), por lo que habría que aplicar la Ley de Extradición Pasiva y denegar en todo caso la extradición, pues la entrega carecería de cobertura legal. Si, por el contrario, se entiende que cuando los convenios establecen la «posibilidad» de la entrega, el convenio está derogando la cláusula obstativa de la legislación interna, el convenio de extradición se constituye en el título extradicional habilitante para la entrega.

IV. LA PROHIBICIÓN DE EXTRADITAR POR DELITOS POLÍTICOS

También esta prohibición se ha revisado en amparo desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, negándose la lesión cuando la extradición se solicita para el enjuiciamiento por delitos de terrorismo, dado que no se consideran delitos políticos por los tratados internacionales (STC 82/2006, de 13 de marzo, FF. JJ. 4 y 7).

V. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTRADICIÓN DE LOS NACIONALES

El Tribunal Constitucional ha declarado que la **Constitución Española no establece expresamente «una prohibición absoluta» de extraditar nacionales** como la incluida en otras Constituciones europeas, pues la única prohibición expresa contenida en el art. 13 CE se refiere a la extradición por delitos políticos; también ha sostenido que **dicha prohibición tampoco deriva «directamente del contenido de los derechos fundamentales susceptibles de amparo»** (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5); y, finalmente, ha mantenido que **no se vulnera el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley** por el solo hecho de declarar procedente la extradición de un nacional a otro país con competencia para el enjuiciamiento de los hechos que se le imputan, pues, aunque España es competente para el enjui-

ciamiento de sus propios nacionales, la vigencia de los criterios de competencia territorial y universal determinan en ocasiones una concurrencia de Estados competentes para el enjuiciamiento de los mismos hechos, de modo que si la competencia se funda en leyes previas al procedimiento extradicional y penal que la ordenan con base en criterios generales aplicables a casos iguales, no se produce ninguna vulneración de este derecho (STC 87/2000, FJ 4).

Ahora bien, también ha sostenido que lo anterior no significa que la extradición de un nacional carezca siempre de relevancia constitucional; en particular, ha afirmado que las resoluciones que declaren procedente la extradición siempre podrán ser revisadas desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión para examinar si se ha respetado el **derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho**, de acuerdo con el canon reforzado de motivación que se utiliza cuando la resolución se conecta con derechos fundamentales. De modo que «la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, **no puede ser “resuelta siempre en idéntico sentido”**, pues **dependerá de la existencia o no de Tratado** y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión, dado el carácter supletorio de la Ley de Extradición Pasiva (STC 87/2000, FJ 5), [y dependerá también] de los derechos fundamentales invocados (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 10), y del contexto jurídico-constitucional común aplicable» (SSTC 87/2000, FJ 5; 181/2004, FJ 10).

Así, **en ausencia de tratado es difícil defender la no vulneración de este derecho** si se accede a la extradición de un nacional, dado el tenor del art. 3.1 LExp («no se concederá la extradición de los españoles»):

«pues difícilmente podría considerarse razonable o no arbitraria una resolución que a pesar del mismo acceda a

la extradición de un nacional. Como se declara en la Exposición de Motivos de esta Ley, dicha prohibición se sustenta en la propia soberanía estatal, de manera que tanto por razón de ello como porque los jueces están sometidos al imperio de ley, los órganos judiciales, encargados exclusivamente del control de la legalidad de la extradición, no pueden ir más allá de la legalidad que tienen obligación de aplicar. De otra parte, tampoco puede desconocerse el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de quienes integran y constituyen la razón de ser del propio Estado, al punto de que el Estado debe garantizar, al menos, que con la entrega del nacional no va a contribuir a la vulneración de los derechos del extraditado al ser sometido a juicio (SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4; 141/1998, de 29 de junio, FJ 1, STEDH de 7 de julio de 1989, caso *Soering*, A. 161, §§ 85 y ss.). Y este deber es tanto más relevante en ausencia de Tratado por cuanto su existencia constituye una mínima garantía de homogeneidad de los ordenamientos jurídico-constitucionales de los Estados firmantes» (STC 87/2000, FJ 5).

Ante solicitudes de **extradición sustentadas en el Convenio Europeo de Extradición**, y dado que faculta a la extradición de nacionales, el Tribunal ha considerado que la entrega de los nacionales no es arbitraria:

«pues, de un lado, [...] la existencia del **Tratado constituye al menos un indicio de la mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal** necesaria a efectos de despejar los posibles recelos de desigualdad que el enjuiciamiento bajo las leyes de otro Estado puede suscitar. Y, de otro, no se puede olvidar que la extradición de nacionales en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma, [...]

no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de sus ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que **se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio» (STC 87/2000, FJ 5; reiterado en STC 102/2000, FJ 8).

Varios casos han planteado ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la entrega de un nacional fuera del marco europeo. En el primer caso, el Tribunal Constitucional desestimó el amparo relativo a resoluciones que autorizaron la entrega a **Venezuela** (STC 181/2004, FJ 10). En este caso se trataba de un **español de origen con doble nacionalidad**, que, no obstante, había ejercido *de facto* siempre la nacionalidad venezolana hasta 1994, momento en el que solicitó el documento de identidad español. En la demanda se alegó la vulneración del derecho a la **igualdad** (art. 14 CE) entendiéndose que la declaración de procedencia de su extradición era discriminatoria al fundarse en tener doble nacionalidad, razón por la cual no le habrían aplicado la prohibición de extraditar nacionales del art. 3.1 LExP. El Tribunal Constitucional, en el examen de la alegación, no partió de la aplicación del art. 3.1 LExP, sino del tratado de extradición entre España y Venezuela y de las previsiones contenidas en su art. 8.1, que, de un lado, establece la posibilidad de extraditar a los nacionales, y de otro, incluye como excepción los casos en que la nacionalidad haya sido adquirida con el propósito fraudulento de impedir la extradición. El Tribunal sostuvo que ante una hipótesis singular —la de doble nacionalidad— sin previsiones expresas no podía entenderse que el fundamento de la declaración de procedencia fuera dis-

criminatorio o irrazonable, dado que había aplicado la excepción prevista para los casos de nacionalidad adquirida a un caso que comparte el fundamento material con los previstos en la excepción, ya que la nacionalidad efectiva siempre fue la venezolana y el recurrente solo habría comenzado a ejercer la española, en opinión de la Audiencia Nacional, «para sustraerse a la acción de la justicia española» (FJ 10). En el segundo caso, en varias sentencias idénticas, el Tribunal Constitucional estimó el amparo en casos en los que se solicitaba la extradición a **Egipto, en ausencia de tratado de extradición**, de varias personas que habían adquirido la nacionalidad española por residencia efectiva, afirmando la Audiencia Nacional que no había sido adquirida con el propósito fraudulento de evitar la entrega. El Tribunal Constitucional estimó el amparo afirmando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al considerar que la motivación de los autos que autorizaban la entrega no cumplían los requisitos constitucionales, ya que sostener que la taxativa negativa a la entrega de los nacionales prevista en el art. 3.1 LExP no operaba ante una doble nacionalidad efectiva, suponía la aplicación de una nueva excepción no contemplada en la ley, que además, era incoherente con la propia regulación. En particular, se afirma que los recurrentes habían renunciado a la nacionalidad egipcia, que ejercían de forma habitual la española, y que solo ocasionalmente ejercían la egipcia, como permitía la legislación de dicho país (SSTC 205/2012, de 12 de noviembre, FF. JJ. 7 y 8; 206/2012, de 12 de noviembre, FF. JJ. 8 y 9; y 232/2012, de 10 de diciembre, FJ 4). Y, por último, se ha suscitado la cuestión en el ATC 340/2004, de 13 de septiembre, sobre una extradición solicitada a **EE. UU. y cubierta por el tratado** entre España y EE. UU. que prevé expresamente la posibilidad de entrega de los nacionales. En este caso, además, los órganos judiciales razonaron en torno al uso fraudulento que había hecho el reclamado de la nacionalidad española (FJ 1). Sobre OEDE y nacionalidad, *infra*.

VI. VULNERACIONES DIRECTAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Cambio de título extradicional y derechos de defensa del reclamado

La vulneración de los derechos de defensa del reclamado ha sido alegada con base en las variaciones del título extradicional que a menudo se producen entre el momento en el que se formula la solicitud de extradición y el momento en el que se acuerda la misma. Así, no es inhabitual que se solicite la extradición para juzgar ciertos delitos y que, dada la posibilidad existente en algunos países de juzgar en ausencia, al final del procedimiento el reclamado haya sido ya condenado y, por tanto, la entrega en realidad tenga como finalidad el cumplimiento de la pena ya impuesta.

Con algún matiz, este es el planteamiento del recurrente en la STC 11/1983, en la que el Tribunal sostuvo que al acceder la Audiencia Nacional a la extradición para el cumplimiento de una condena dictada en ausencia y condicionarla a la celebración de un nuevo juicio, se producía una mutación del título extradicional, porque se concedería para volver a ser juzgado. El Tribunal Constitucional sostuvo que no se causa indefensión «si el Tribunal del Estado requerido accede a lo solicitado, pero de un modo más limitado y favorable, puesto que condiciona su autorización a la celebración de un nuevo proceso, con las garantías precisas» (FJ 5). Sobre esta cuestión, los Magistrados Tomás y Valiente y Rubio Llorente emitieron un voto particular afirmando la vulneración del derecho de defensa debido a la mutación del título extradicional, ya que la resolución judicial afirmaron que no podían acceder a la extradición para el cumplimiento de la condena, dado que había sido juzgado en ausencia, y, sin embargo, accedieron a la extradición para el enjuiciamiento del reclamado sin que hubiera mediado solicitud en tal sentido. Además, sostienen que para poder ser juzgado de nuevo debiera anularse el primer juicio, posibilidad esta dudosa, por lo que tam-

bién suscitaría dudas el cumplimiento de la prohibición de incurrir en *bis in idem*.

En otras ocasiones se ha denegado el amparo, bien porque las resoluciones judiciales impugnadas, a pesar del cambio de situación procesal del reclamado, no habían accedido a la extradición para el cumplimiento de la pena, negando expresamente que el Estado reclamante pudiera ejecutar una pena directamente con base en resoluciones judiciales previas a la resolución judicial de extradición (STC 160/2002, FJ 6), bien porque le fue puesto de manifiesto al reclamado dicho cambio para que pudiera efectuar alegaciones (STC 163/2000, FJ 2), o porque el cambio de situación fue conocido por el reclamado, quien pudo preparar sus alegaciones en relación con dicho cambio con suficiente antelación, y por la Audiencia Nacional que la habría tenido en cuenta (SSTC 110/2002, FJ 3; 156/2002, FJ 6).

2. Cosa juzgada, *bis in idem* procesal y extradición

El Tribunal Constitucional ha declarado que las «resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición **no producen el efecto de cosa juzgada**», dada la propia naturaleza del proceso de extradición, de modo que en determinados supuestos pueden ser sustituidas por otras (STC 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 5). En consecuencia, que los órganos judiciales formulen **nuevos pronunciamientos** en un procedimiento de extradición sobre cuyas resoluciones ha recaído una sentencia estimatoria de un recurso de amparo **no vulnera por sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva** sin indefensión, sino que esta vulneración puede producirse si las nuevas resoluciones del procedimiento extradicional contrarían o desconocen lo establecido en la sentencia constitucional (STC 227/2001, FJ 6). En aplicación de esta doctrina, el Tribunal desestimó el recurso de amparo interpuesto contra los Autos de la Audiencia Nacional dictados en el mismo procedimiento extradicional con posteriori-

dad a la STC 141/1998, que había declarado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías por falta de cobertura legal de la extradición, entendiéndose que tales resoluciones pretendieron dar cumplimiento a la citada sentencia fundamentando la extradición en una de las fuentes que el art. 13.3 CE permite (STC 227/2001, FJ 6).

En el mismo orden de consideraciones, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la **denegación de la extradición por razones de congruencia procesal**, esto es, porque exista una discordancia entre la situación existente en el momento de formular la demanda y en el momento de resolverla (enjuiciamiento y condena), **no impide** al órgano judicial **pronunciarse** sobre una nueva solicitud de extradición fundada en los mismos hechos, pero en la que el título en virtud del cual se solicita la entrega se ha modificado para adaptarse a la nueva situación del reclamado (STC 160/2002, de 16 de septiembre, FJ 3). Y tampoco vulneraría la cosa juzgada material que las nuevas resoluciones contradijeran algún extremo de los pronunciamientos previos si el fundamento no seguido no constituyera su *ratio decidendi*, sino pronunciamientos a mayor abundamiento (SSTC 156/2002, FJ 4; 160/2002, FJ 3). Igualmente se ha declarado que un nuevo pronunciamiento no vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva porque la primera denegación no se produjo por razones de fondo y el Estado reclamante había modificado el título extradicional —la *causa petendi*— (STC 156/2002, FJ 4).

Lo que sí ha reconocido implícitamente el Tribunal es que no puede realizarse una nueva solicitud de extradición respecto de los mismos hechos delictivos que dieron lugar a una solicitud previa de extradición que se había denegado por razones de fondo (STC 160/2002, FJ 7); por ello se niega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si los hechos habían quedado imprejuicados desde la perspectiva del objeto del proceso extradicional (STC 156/2002, FJ 5).

3. Doble incriminación y principio de legalidad

El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que en los procedimientos de extradición resulte vulnerado el principio de **legalidad** si se infringe la garantía de **doble incriminación**, aunque sostiene que debe modularse su contenido en el sentido de que su respeto no requiere identidad entre las normas penales de los Estados concernidos, sino tan solo que el hecho sea delictivo en ambos países y que se sancione con una determinada penalidad mínima en ambos (STC 102/1997, FJ 6). Bajo la alegación de vulneración del derecho a la legalidad (art. 25.1 CE) en su relación con la exigencia de doble incriminación, el Tribunal Constitucional ha examinado la reclamación de que la extradición se habría concedido a pesar de haber **prescrito las penas** cuya ejecución se pretendía con la entrega, si bien no se estimó la vulneración al no acogerse la interpretación del recurrente sobre el cómputo de la prescripción (STC 162/2000, FJ 6). Contrasta, sin duda, esta sentencia con la jurisprudencia habitual en el sentido de que las cuestiones relativas a la prescripción no afectan al derecho a la legalidad penal, sino al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (por todas, STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3). Por esta razón no sorprende que en la STC 82/2006 (FJ 10), no obstante recoger la doctrina mencionada de la vinculación de la prescripción con la doble incriminación y el derecho a la legalidad, se haya examinado la alegación desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, concluyendo su vulneración por haber prescrito el delito de apología del terrorismo que sustentaba la ampliación de la demanda de extradición.

4. Igualdad en la aplicación de la ley por cambio de criterio jurisprudencial

Esta vulneración se ha alegado ante el cambio de criterio de la Audiencia Nacional en materia de extradiciones solicitadas por Italia

y fundadas en condenas dictadas en ausencia, pues hasta 1996 declaraba improcedente la extradición a Italia. La lesión del derecho a la **igualdad en la aplicación de la ley por apartamiento de la jurisprudencia precedente** ha sido siempre desestimada por el Tribunal Constitucional en estos casos con el argumento de que, en caso de haberse producido la alegada modificación de criterio, se habría realizado de forma razonada (SSTC 91/2000, FJ 4; 163/2000, de 12 de junio, FJ 3) y no arbitraria, al sustentarse en unos casos en la retirada de la reserva por Italia y en otros en el propio Convenio de Extradición (SSTC 91/2000, FJ 4; 110/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Además se razona que, en todo caso, se trataría de una modificación con vocación de permanencia, de modo que no podría considerarse que el cambio de criterio constituyera una diferencia de trato artificiosa e infundada (SSTC 110/2002, FJ 2; 160/2002, FJ 6).

VII. VULNERACIONES INDIRECTAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Extradiciones para el cumplimiento de condenas dictadas en juicios celebrados en ausencia del imputado

Constituye este el grupo de casos más significativo y que más ruido ha provocado en la academia (cfr. bibliografía), de los que han dado lugar a la estimación de los recursos de amparo en el final del siglo xx y comienzos del xxi. Ruido que ha llegado con fuerza también a las resoluciones en materia de orden europea de detención y entrega (*infra*). Las demandas alegaban como núcleo de las alegaciones la vulneración indirecta del derecho al proceso con todas las garantías por entender que la condena en rebeldía vulnera las garantías del proceso justo.

La cuestión relativa a la **vulneración indirecta del derecho al proceso con todas las garantías** se planteó ya en la primera Sentencia

del Tribunal Constitucional sobre resoluciones en materia de extradición (STC 11/1983), si bien en ella se desestimó la vulneración de los derechos fundamentales alegados porque la extradición se había condicionado a que el Estado requirente diere garantía de un nuevo juicio. Es desde 1998 cuando, a partir del cambio de criterio de la Audiencia Nacional, las extradiciones a Italia comienzan a generar problemas en la jurisdicción constitucional. En la evolución ha de citarse, de un lado, la STC 141/1998, que, como ya he expuesto, estimó la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por entender que la cobertura legal constituía una de dichas garantías en el proceso de extradición. Y de otro lado, ha de mencionarse la STC 147/1999, de 4 de agosto, que analizó la cuestión desde la óptica del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (FJ 2). En este caso se trataba de la condena de una persona en un juicio celebrado sin su presencia y en idénticas condiciones a las que habían dado lugar a las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a Italia por vulneración del derecho al proceso justo del art. 6 CEDH en las SSTEDH de 12 de febrero de 1985, asunto *Colozza c. Italia*, y de 12 de octubre de 1992, asunto *T. c. Italia*. De modo que el Tribunal Constitucional español hizo suyos los razonamientos del Tribunal Europeo respecto de los déficits del sistema de notificación del proceso, la falta de adecuación al Convenio de la presunción de renuncia a nombrar Abogado, así como de los déficits del «recurso a término» como vía para conseguir la impugnación de la condena y la salvaguarda de los derechos de defensa del condenado (FF. JJ. 4 y 5).

Sin duda la más relevante de las resoluciones dictadas en esta materia es la STC 91/2000, de 30 de marzo, de Pleno, que sostuvo que acceder a **la extradición** para el cumplimiento de una condena por delito grave dictada en un juicio celebrado en ausencia del imputado **vulnera indirectamente** el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en caso de que no se condicione la misma a que el condenado tenga una posibilidad de impugnación

posterior. En particular, esta sentencia declaró que la Constitución no proscribe la condena penal en ausencia, ni tan siquiera en los supuestos de delito grave, pero sí exige que «la efectividad de la **condena quede supeditada a que exista una posibilidad de impugnación posterior**, esto es, una vez sea oído el condenado, que resulte suficiente para subsanar el déficit de garantías que, en el caso concreto, haya podido ocasionar su falta de presencia en la vista». En definitiva, «lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) es la condena *in absentia* sin la aludida posibilidad ulterior de subsanar las deficiencias que la falta de presencia haya podido ocasionar en los procesos penales seguidos por delitos muy graves» (FJ 14; reiterado en SSTC 134/2000, FJ 3; 162/2000, de 12 de junio, FJ 5; 163/2000, FJ 5; 110/2002, de 6 de mayo, FJ 4; 183/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).

Presupuesto de dicha vulneración es que la falta de presencia en juicio del imputado o la ausencia de defensa no sea voluntaria, no pudiendo inferirse la renuncia al derecho a la autodefensa —que debe ser expresa— de la mera incomparecencia en juicio porque la comparecencia implica el riesgo de ingreso en prisión (SSTC 91/2000, FJ 15; 134/2000, FJ 3). También es presupuesto de la vulneración **que la condena en ausencia sea firme**. Por tal motivo, el Tribunal suele comenzar el examen de las vulneraciones cerciorándose de que no conste renuncia expresa del condenado a un juicio penal en su presencia (SSTC 134/2000, FJ 4; 162/2000, FJ 5; 183/2004, FJ 3) y, en consecuencia, desestima el amparo cuando consta que el recurrente renunció expresa y libremente al ejercicio de su derecho de defensa, como en la STC 160/2002, de 16 de septiembre, en la que el recurrente se apartó de la apelación y se conformó con la pena acordada con el Fiscal (FJ 4). También en aplicación de esta doctrina se denegó el amparo en la STC 110/2002, porque la Audiencia Nacional había accedido a la extradición no para el cumplimiento de una pena por delito grave dictada en ausencia del imputado,

sino para que continuara el procedimiento del que solo había finalizado su primera instancia y del que quedaban por sustanciarse el recurso de apelación y eventualmente el de casación, entendiéndose el Tribunal Constitucional que «a través de tales institutos procesales el recurrente goza en su país, por tanto, de una posibilidad de impugnación suficiente para salvaguardar sus derechos de defensa» (FJ 5). Relevante para la vulneración del derecho es la falta de presencia del acusado **en el acto del juicio oral**; por ello, si el acusado estuvo presente en la primera instancia en el juicio oral pero fue declarado contumaz en apelación, no se considera vulnerado el derecho (STC 183/2004, FJ 4).

El control del cumplimiento de la condición impuesta no compete al Tribunal Constitucional ni tampoco a los órganos judiciales competentes de la extradición, sino a otros órganos del Estado. Ya en la STC 11/1983 el recurrente expresó sus temores sobre el incumplimiento de la condición impuesta, el sometimiento a un nuevo juicio, por el Estado reclamante y el Tribunal sostuvo que la cuestión escapaba de su competencia y que debía «residenciarse en la esfera de la competencia de otros órganos del Estado, que todavía han de intervenir en estas actuaciones, los cuales deben velar por el estricto y recíproco cumplimiento de cuantos deberes dimanen de los Tratados concertados y en vigor que los Tribunales se limitan a aplicar» (FJ 4). De conformidad con el ATC 19/2001, de 30 de enero (FJ 4), que rechazó el incidente de ejecución de la STC 163/2000, la jurisprudencia constitucional **no exige** que «la Audiencia Nacional requiera a las autoridades italianas la prestación de garantía como **condición previa** para declarar procedente la extradición de los reclamados», **sino** que, al «acordarse la procedencia de la extradición, esta se someta [...] al requisito de que el Estado [...] dé al recurrente las posibilidades de impugnación suficiente [...] pesando sobre dicho Estado la **responsabilidad del cumplimiento** de dicha condición» (reiterado en SSTC 110/2002, FJ 4; 156/2002, FJ 7).

2. Prohibición de extradición por delitos políticos y alegaciones de torturas y otros riesgos para la vida del reclamado

Si en cualquier procedimiento de extradición los órganos judiciales han de verificar las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales en el país de destino para que no se le atribuyan indirectamente por no haberlas evitado con los medios de que dispone, esta **obligación judicial** se gradúa de forma creciente en atención a la trascendencia de los intereses en juego, adquiriendo una **especial intensidad** cuando las alegaciones se refieren a los contenidos del **art. 15 CE** (SSTC 32/2003, FJ 2; 181/2004, FF. JJ. 11 y 14; 140/2007, FJ 2).

Por ello, el Tribunal ha estimado la **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías por no respetar las garantías propias del procedimiento de extradición pasiva** cuando, habiendo sido alegada la vulneración del derecho a no padecer torturas, a no ser perseguido ni extraditado por delitos políticos, ni discriminado por razón de pertenencia a una etnia —en el caso, ser kurdo— y habiendo realizado una acreditación mínima suficiente de las alegaciones, sin embargo los órganos judiciales declararon procedente la extradición del reclamado a **Turquía** argumentando la ausencia de acreditación suficiente de las alegaciones sin desplegar los medios a su alcance para su verificación y en definitiva para tutelar los derechos cuya lesión se aduce (STC 32/2003, FF. JJ. 7 y 8). A tal efecto se ha considerado insuficiente con someter la entrega a la garantía de que el Estado velará con el máximo celo o vigilará que el reclamado no será sometido a tortura, pues *de facto* dicha garantía no detallaba en qué consistiría, ni implicaba desplegar una investigación específica, limitándose a la «simple correcta aplicación de la normativa vigente en Turquía [...] cuyo incumplimiento era precisamente lo que estaba denunciando que podía producirse» (STC

32/2003, FJ 9). También se ha atribuido la vulneración de los mismos derechos a las resoluciones judiciales que declararon procedente la extradición a **Albania** del reclamado, quien había alegado y acreditado mínimamente su persecución política en el país requirente, así como el peligro que corría su vida, considerando, sin embargo, la Audiencia Nacional que no se habían probado las alegaciones y no desplegando los medios a su alcance para verificar las alegaciones (SSTC 148/2004, FJ 4; 49/2006, de 13 de febrero, FJ 4). Y la STC 140/2007 (FJ 3) ha sostenido la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), en relación con resoluciones judiciales que declararon procedente la extradición a **Perú**, porque ante las concretas alegaciones del reclamado de haber sido sometido ya a tratos inhumanos o degradantes en la prisión de destino, la Audiencia Nacional habría dado una respuesta genérica y formalista relativa a la normativa penitenciaria peruana sin haber tomado en consideración el informe exhaustivo de la Defensoría del Pueblo peruana. Por el contrario, se ha **desestimado** la pretensión en la STC 181/2004 (FJ 16) en relación con una alegación que se ha considerado **genérica** sobre la situación de las cárceles del país de destino —**Venezuela**—; asimismo, la desestimación se sustentó en la inexistencia de un déficit de tutela de la Audiencia Nacional, ya que había condicionado la entrega, según lo previsto en el art. 11.2 del Tratado de extradición entre España y Venezuela, a que Venezuela diera garantías de que el reclamado no sería sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes.

VIII. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA (OEDE)

La jurisprudencia constitucional relativa a la extradición se ha aplicado respecto a las resoluciones judiciales dictadas en materia de

orden europea de detención y entrega (SSTC 292/2005, de 10 de noviembre; 30/2006, de 30 de enero; 191/2009, de 28 de septiembre, entre otras), provocando un debate jurídico que acabó con el planteamiento por el Tribunal Constitucional de una **cuestión prejudicial** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATC 86/2011, de 9 de junio). La cuestión de fondo suscitada en el auto afecta al diseño de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea en lo relativo a los derechos fundamentales y, en particular, a si un Estado puede mantener un estándar de protección de un derecho fundamental superior al reconocido en la Unión. Pero también se planteaba específicamente **si** el cambio de modelo desde la extradición a la orden europea de detención debía suponer que **los Tribunales nacionales no debían ejercer ninguna clase de control** sobre las resoluciones dictadas en la materia, ya que la orden europea se basa en los principios de confianza entre Estados y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (sobre la problemática inicial, cfr. IRURZUN/MAPELLI, 2008; sobre el desarrollo posterior, IZQUIERDO, 2013 y 2016 y PÉREZ MANZANO, 2012 y 2017). Con independencia de la solución concreta del caso (*infra*), lo cierto es que tanto el Tribunal Constitucional español como los **Tribunales constitucionales** de otros países europeos **están efectuando un control** sobre la orden europea de detención y entrega y la eventual vulneración de derechos fundamentales del reclamado (cfr. PÉREZ MANZANO, 2012, 320 y ss.).

El Tribunal Constitucional ha analizado las alegaciones desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), como déficits de motivación, si bien entiende que en estos casos, como en los de extradición, se exige una **motivación reforzada**, ya que el objeto de las resoluciones judiciales se conecta con derechos fundamentales del reclamado como su libertad personal o su libertad de residencia (SSTC 292/2005, de 10 de noviembre; 191/2009, de 28 de septiembre; 50/2014,

de 7 de abril). No obstante, este deber de motivación reforzada queda **parcialmente limitado** cuando se aduce la **indebida inaplicación de causas de denegación** de la entrega que tienen carácter **facultativo**, pues respecto de ellas, aunque concurren sus presupuestos fácticos, los órganos judiciales no están obligados a apreciarlas, sino que tan solo tienen la facultad de hacerlo; por ello, afirma la jurisprudencia que en estos casos el deber de tutela se cumple simplemente exteriorizando las razones que fundamentan la opción adoptada (STC 191/2009, de 28 de septiembre, FF. JJ. 3 y 4).

1. Cuestiones relativas a la sucesión legislativa

A) *La sospecha de aplicación retroactiva de la legislación relativa a la OEDE*

En algunas demandas se planteó por los recurrentes que la aplicación de la Ley 3/2003, para entregar a personas que habían de ser juzgadas por hechos que tuvieron lugar antes de entrar en vigor la ley o, incluso, respecto de las cuales ya se habían formulado demandas previas de extradición que habían sido denegadas, implicaba una aplicación retroactiva de la nueva normativa vulneradora del art. 25.1 CE, pues a tales hechos solo podría aplicárseles la normativa extradicional previa. El Tribunal Constitucional ha negado dicha vulneración en varias resoluciones. De un lado, afirmó que la Ley 3/2003 no es una ley de naturaleza penal, reiterando que, no tratándose de un procedimiento sancionador, la alegación relativa a la aplicación retroactiva de una ley posterior desfavorable para el reclamado no puede ser analizada bajo el parámetro del art. 25.1 CE, sino bajo el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE (SSTC 30/2006, de 30 de enero, FJ 4; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 5; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 5). De otro lado, el Tribunal Constitucional recordó el contenido de la disposición transitoria segun-

da de la Ley 3/2003, según la cual esta «será aplicable a las órdenes europeas de detención y entrega que se emitan con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando se refieran a hechos anteriores a la misma». Por esta razón tomó como fecha de referencia la fecha de la emisión de la euroorden, no la fecha de emisión de las órdenes de arresto internacional previas (cfr. STC 293/2006, de 10 de octubre, FJ 6). Y, finalmente, sostuvo que «[e]l hecho de que la euroorden [...] pueda traer por causa hechos delictivos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2003 no significa que esta se aplique retroactivamente sobre esos hechos, lo que vendría vedado por el principio de irretroactividad de las normas penales caso de ser menos favorable la normativa en ella contenida, pues no se trata de una Ley penal que introduzca variaciones respecto de los mismos o de sus sanciones, sino de una Ley procesal exclusivamente referida a un instrumento que facilita el enjuiciamiento y eventual condena de su autor» [STC 177/2006, FJ 8.a)].

B) El desconocimiento de los efectos de pronunciamientos anteriores sustentados en la legislación extraditacional previa: cosa juzgada y tutela judicial efectiva

Una de las cuestiones en las que con mayor frecuencia se han sustentado los recursos de amparo que impugnaban las resoluciones relativas a la euroorden ha sido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por lesión del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes o de los efectos de la cosa juzgada material (art. 24.1 CE). En efecto, el cambio de normativa para la entrega en el ámbito de la Unión Europea tuvo como consecuencia que se emitieran órdenes de detención y entrega respecto de personas y hechos sobre los cuales se habían sustanciado procedimientos previos de extradición, habiéndose denegado en ellos la entrega. En la resolución de esta cuestión, el Tribunal Constitucional partió de la jurisprudencia

constitucional previa que siempre había afirmado que las resoluciones en esta materia **carecen de efecto de cosa juzgada** debido a las propias características de la extradición, por lo que **en determinados supuestos** pueden ser sustituidas por otras (SSTC 227/2001, FJ 5; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3; 177/2006, FJ 3). El Tribunal ha precisado que de esta doctrina deriva que pueden existir **excepciones** a la ausencia de efectos de cosa juzgada, de modo que en atención de las circunstancias del caso es posible que las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición **no puedan ser sustituidas**, siendo relevante a tal efecto cuál fuera la **ratio decidendi** de la entrega del reclamado en el **primer proceso** de extradición cuyo efecto de cosa juzgada se discute (SSTC 83/2006, FJ 3; 293/2006, de 10 de octubre, FJ 4). En aplicación de esta doctrina se ha negado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de las resoluciones de euroorden dictadas sobre los mismos hechos respecto de los cuales las resoluciones previas habían denegado la entrega con fundamento en la ausencia de reciprocidad, argumentándose no solo la singularidad de este principio, sino que:

«el fundamento del principio de reciprocidad **no tiene**, ciertamente, **conexión directa** con las causas de denegación de la extradición, legales o constitucionales, referidas a las **condiciones procesales y materiales de la causa penal que fundamenta la solicitud de extradición o entrega**. Por lo demás y, en atención a lo anterior, el ciudadano involucrado en tal decisión, sustentada en la ausencia de reciprocidad, **no posee una expectativa legítima** acerca de la intangibilidad de la primera decisión, cuya defraudación pudiera venir a quebrantar la seguridad jurídica y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE» (SSTC 83/2006, FJ 4; 293/2006, FJ 4).

Aunque sin mucha precisión, parece que la jurisprudencia constitucional está admitiendo que en los casos en los que la primera resolución extradicional haya denegado la entrega con base en déficits de la causa penal, tanto procesales como materiales, de relevancia legal o constitucional (por prescripción del delito o de la pena, por riesgo de tortura, por no dar garantía de que se conmutará la pena de muerte, por ejemplo) no podría negarse el efecto de cosa juzgada de la resolución extradicional previa; de modo que solo en estos casos podría tener el reclamado una expectativa legítima de no reapertura del procedimiento extradicional previo.

También se ha planteado en los recursos de amparo que la admisión de la emisión de órdenes europeas de detención y entrega sería contraria al párr. 2.º de la disposición transitoria segunda de la Ley 3/2003, que prevé que los procedimientos extradicionales en curso a la entrada en vigor de la ley seguirían tramitándose conforme a las disposiciones previas, de modo que se ha sostenido que si este es el régimen de los procedimientos en curso, con mayor razón ha de entenderse que los procedimientos extradicionales ya concluidos deben mantener sus pronunciamientos y no deben ser reabiertos conforme a la nueva legislación, porque esta reapertura vulneraría la garantía de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos. El Tribunal declaró, sin embargo:

«la posibilidad de reapertura indirecta de los procedimientos extradicionales ya concluidos, en los que la denegación de la extradición se sustentó en la ausencia de reciprocidad, con base en una nueva solicitud de detención y entrega al amparo de la Ley 3/2003, constituye una interpretación no prohibida ni por el art. 9.3 CE, cuyas prescripciones solo afectan a las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, ni por la Ley 3/2003» (SSTC 83/2006, FJ 6; 293/2006, FJ 6).

Mención individual requiere la STC 37/2007, de 12 de febrero, en la que el Tribunal tuvo que volver a pronunciarse sobre la forma de cumplimiento de lo ordenado por él mismo en la STC 177/2006. En esta última se declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del reclamado porque no se le había oído para que prestara, en su caso, consentimiento sobre el cumplimiento de la pena en Francia dada su condición de español, tal y como prevé el art. 12.2.f) de la Ley 3/2003. Sin embargo, la Audiencia Nacional se negó a hacerlo argumentando la nacionalidad francesa y no española del reclamado. El Tribunal Constitucional sostuvo en la STC 37/2007 que si las primeras resoluciones —a las que se atribuyó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la STC 177/2006— habían partido siempre de la condición de español del reclamado, la Audiencia Nacional no podía modificar esta cuestión, pues con ello generaba una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por desconocer la intangibilidad de la resolución constitucional previa (FJ 4), además de no dar cumplimiento a la reparación, de la vulneración previa, ordenada en la STC 177/2006.

2. Otras cuestiones suscitadas en torno a la OEDE

A) *El principio de reciprocidad*

Además de lo expuesto, la aplicación del principio de reciprocidad ha planteado otro problema en los recursos de amparo que ha sido resuelta negando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Así, en la STC 177/2006 (sobre esta sentencia, cfr. IRUZUN/MAPELLI, 2008) se cuestionó la razonabilidad de las resoluciones que no habían denegado la entrega a Francia para enjuiciamiento de un español por hechos cometidos en 1988 a pesar de que Francia había declarado que, respecto de hechos cometidos con anterioridad al 1 de noviembre de 1993, seguiría aplicando la legislación en materia

de extradición a sus nacionales y no la eu-roorden, declaración hecha al amparo de la posibilidad prevista a tal efecto en el art. 32 de la Decisión Marco de 2002. El Tribunal Constitucional denegó el amparo con base en dos razones: de un lado, afirmó que el principio de **reciprocidad ha perdido el papel que tradicionalmente tenía** en la cooperación internacional en la lucha contra el delito, pues la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencias de 30 de septiembre de 2003, asunto *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española* y 30 de junio de 2005, asunto *Tod's Spa, Tod's France SARL y Heyraud, S. A.*), ha declarado que las obligaciones de los Estados en esta materia no pueden ser sometidas a la exigencia de reciprocidad; y de otro lado, que, no habiendo hecho uso España de la posibilidad que le brindaba el art. 32 de la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega de limitar temporalmente su aplicación, no puede luego desatender las solicitudes de entrega cursadas por países que sí han hecho uso de esa facultad «aun a sabiendas de que este [...] país no procedería a entregar a sus nacionales en esas mismas circunstancias, pues la permanencia en el sistema de la orden europea de detención y entrega **excluye toda posibilidad de reclamar una reciprocidad a la que se ha renunciado voluntariamente**» (cfr., en sentido crítico, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2006, II, 284).

B) *El derecho a la libre designación de Abogado en la comparecencia del art. 14 Ley 3/2003*

En varias ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la libre designación de abogado como garantía aplicable a la comparecencia prevista en el art. 14 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, dado que la Audiencia Nacional había nombrado abogado de oficio al reclamado en lugar de permitir que fuera asistido por el letrado designado por él. El Tribunal Constitucional sos-

tuvo que se había producido la vulneración del derecho a ser asistido por un letrado de su elección incluida en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) con base en dos argumentos: de un lado, recordó que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la imposición de un abogado de oficio, como restricción del derecho fundamental a la libre designación de abogado que comporta, solo es legítima si atiende a un fin constitucionalmente legítimo, está prevista en la ley y es proporcionada; recordó también que en atención a estos criterios solo se ha admitido la restricción de este derecho para los casos de incomunicación del detenido o preso [art. 527.a) LECrim.] en virtud de la necesidad de protección de otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5; 81/2006, de 13 de marzo, FF. JJ. 3 y 4); y, finalmente, señaló que los arts. 13 y 14 de la citada Ley 3/2003 remiten en esta materia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo por tanto aplicables las previsiones del art. 504 bis 2 LECrim., que no permiten ninguna restricción. Por lo tanto, ni siquiera se cumple el requisito de la previsión legal de la restricción del derecho fundamental (cfr. el comentario de GARCÍANDÍA, 2006).

El derecho a la libre designación de abogado ha dado lugar también a una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en la STC 113/2014, de 7 de julio, en un caso en el que se tramitaron tres solicitudes de ampliación de la orden de entrega de un ciudadano a Chequia, que fueron tramitadas nombrándole letrado de oficio a pesar de que constaba en las actuaciones que tenía designado abogado y el domicilio para notificaciones del mismo. Instadas tres nulidades de actuaciones ante la Audiencia Nacional contra las tres autorizaciones de ampliación, por vulneración del derecho de defensa y a la libre designación de abogado, la Audiencia Nacional estimó la primera y denegó las otras dos. El Tribunal Constitucional constató la identidad de supuestos y la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) (FJ 3).

C) *La lesión del derecho al proceso con todas las garantías por no condicionar la entrega a la prestación de garantía suficiente de revisión de la condena*

La doctrina sentada en la STC 91/2000 ha sido aplicada en materia de euroorden aun cuando la Ley 3/2003 no prevé ninguna restricción de la entrega en los casos de solicitudes para el cumplimiento de condenas emitidas en juicios sin la presencia del imputado. El art. 5 de la Decisión Marco, por el contrario, sí prevé la posibilidad de que los Estados condicionen la entrega a la prestación de **garantía de revisión de la condena**. La STC 177/2006 estimó el amparo por vulneración del derecho al proceso con todas las garantías porque la resolución judicial no había condicionado la entrega a la prestación de dicha garantía y realizó una declaración tajante en el sentido de que no cabe ignorar la exigencia de prestación de garantía de revisión de la condena conforme a la STC 91/2000, de Pleno, «al ser la misma inherente al contenido esencial de un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución cual es el derecho a un proceso —en este caso extradicional— con todas las garantías, debiendo como tal **ser respetada —implícita y explícitamente— por toda Ley nacional que se dicte al efecto**». La doctrina fue reiterada en la STC 199/2009, de 28 de septiembre, si bien en esta resolución se emitieron dos votos particulares (magistrados Rodríguez-Zapata y Pérez Tremps) que cuestionaban tanto que el Tribunal Constitucional pudiera revisar las resoluciones por las que se acuerda la entrega en el marco de la legislación de OEDE, aunque bajo el canon del contenido absoluto del derecho, como que pudiera entenderse que las condiciones en que había sido juzgado el reclamado vulneraban el núcleo absoluto del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que había sido defendido por letrado de su elección. Esta sentencia abrió un debate que condujo a que el ATC 86/2011, de 9 de junio, plantease la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal

Constitucional español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que finalizó con la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Asunto *Melloni*, C-399/11 y la STC 26/2014, de 13 de febrero. En relación con los juicios en rebeldía, la conclusión final ha sido que el Tribunal Constitucional ha reformado su doctrina, sosteniendo ahora que no vulnera el núcleo absoluto del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) «la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio consta que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y este ha sido efectivamente defendido por letrado designado» (FJ4) [sobre los efectos de esta sentencia cfr. PÉREZ MANZANO, 2012 y 2017].

A pesar del cambio de doctrina, la STC 48/2014, de 7 de abril, volvió a estimar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en un caso de autorización de la entrega a Italia para el cumplimiento de varias penas impuestas en juicios celebrados en ausencia del acusado. En el caso, la Audiencia Nacional recabó más información de Italia a los efectos de saber si había tenido conocimiento de los juicios. La Audiencia Nacional autorizó la entrega a pesar de que Italia contestó de forma abstracta sobre el contenido de la legislación italiana. Por ello, el Tribunal Constitucional sostuvo la existencia de un déficit de motivación por no razonar la concurrencia *ad casum* de los requisitos del art. 4 bis de la Decisión Marco 2009/299/JAI, relativa a los juicios en rebeldía (FJ 4).

D) *La limitación de la entrega de nacionales: la audiencia y posibilidad de cumplimiento de la pena en España; la equiparación de no nacionales residentes*

El art. 12.2.f) de la Ley 3/2003 establece la posibilidad de denegar la ejecución de la orden

europea si el reclamado es español, salvo que consienta en el cumplimiento de la pena en el país que lo reclama, de modo que si no consiente, cumplirá la pena en España. En correspondencia con esta opción, en la comparecencia el Juez ha de preguntar al reclamado español si consiente o no en el cumplimiento de la pena en el país de destino. La STC 177/2006 declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque, siendo español el reclamado, **era obligado oírle** para que prestase su consentimiento y la resolución judicial no había mencionado que el reclamado se oponía al cumplimiento de la pena en Francia.

Por su parte la STC 50/2014, de 7 de abril, estimó el amparo en un caso de un **nacional italiano que alegaba residencia y arraigo en España** desde 1999 y a pesar de ello la resolución judicial había acordado la entrega a Italia sin analizar sus alegaciones, razonando simplemente que la Ley española no contempla la posibilidad de negar la entrega de los residentes. El Tribunal Constitucional recuerda lo resuelto por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 5 de septiembre de 2012, asunto *L. D. S.*, en un caso similar referido a la legislación francesa, que tampoco contempla la equiparación de los residentes de otros Estados para negarse a la entrega. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró que los Estados no pueden excluir, de esta posibilidad de negarse a la entrega, de manera absoluta y automática a los nacionales de otros Estados miembros que habiten o residan en su territorio sin tener en cuenta los vínculos que estos tengan con el mismo (§§ 52 y 59). Además el Tribunal de Justicia sostuvo que mientras la legislación nacional no incorporara esta opción, los jueces debían hacer una interpretación conforme al Derecho de la Unión y, en particular, al principio de igualdad. En aplicación de esta argumentación, el Tribunal Constitucional mantuvo que el auto recurrido carecía de la motivación necesaria y, por tanto, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente, dado que se limitó a constatar la con-

dición de no nacional del reclamado y no contestó ni expresa ni tácitamente la alegación sobre el arraigo del recurrente en España (FJ 4).

E) Ampliación de la solicitud de entrega y derecho de audiencia del reclamado

La STC 181/2011, de 21 de noviembre, estimó la vulneración de la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) por haberse acordado la ampliación de la entrega, primeramente autorizada para el cumplimiento de una pena, para el enjuiciamiento de otros delitos, sin haber dado audiencia al reclamado, que ya se encontraba en el país de destino cuando se formuló la petición de ampliación. Considera el Tribunal Constitucional que, si bien la Ley 3/2003 no prevé un trámite de audiencia para estos casos, debe realizarse una interpretación conforme a la Constitución de dicha ley y habilitar tal trámite (FJ 4), que, por lo demás, es coherente con lo dispuesto en el art. 24.3 de la Ley 3/2003 respecto de la necesidad de consentimiento del reclamado para renunciar al principio de especialidad de la entrega.

F) El incumplimiento de los plazos de detención como lesión de la libertad personal y el derecho de acceso a los recursos en materia de prisión provisional

La STC 99/2006, de 27 de marzo (FF. JJ. 3 y 4), estimó la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), aplicando la reiteradísima doctrina, conforme a la cual el **incumplimiento de los plazos de detención** o de prisión provisional en cualquier procedimiento implica lesión de este derecho porque solo puede limitarse este derecho en los supuestos legales, de modo que, superado el plazo, la detención deja de estar avalada por la ley. La suspensión de la entrega, una vez autorizada, hasta que se sustancien en España

los procedimientos que tenga abiertos el reclamado ha planteado problemas en relación con los escuetos plazos máximos de detención previstos en la Ley 3/2003, pues el Tribunal Constitucional declaró que no se suspendía el plazo de prisión (STC 95/2007, de 7 de mayo). Para evitar que el reclamado pudiera quedar en libertad sin posibilidad de ser entregado una vez sustanciadas sus responsabilidades en España, la Audiencia Nacional decidió decretar «**la prisión provisional diferida**», que tendría efectos en ese momento. El Tribunal Constitucional estimó que tal procedimiento vulnera el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en la STC 210/2013, de 16 de diciembre, pues esta previsión carece de cobertura legal, es contraria al carácter

excepcional de la prisión provisional y al mandato de previsibilidad, pues no determina ni el momento de inicio ni el del plazo máximo de la misma (FJ 5).

Por su parte, la STC 132/2011, de 18 de julio, estimó la demanda por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su faceta de derecho de **acceso a los recursos** legalmente establecidos por negarse el Tribunal a resolver sobre el recurso interpuesto contra el auto de **prisión provisional**, debido a que el recurrente no se encontraba a disposición del Tribunal, motivación que el Tribunal Constitucional consideró que no cumplía con el canon constitucional (FJ 4).

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, L. y NIETO, A. (Dirs.), *La orden de detención y entrega europea*, UCLM, Cuenca, 2006.

BELLIDO, R., «La condena en rebeldía en el proceso español de extradición pasiva [A propósito de la STC (Sala 2.ª) 147/1999, de 4 de agosto]», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999, págs. 285 y ss.

— *La extradición en Derecho español (Normativa interna e internacional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid, 2001.

CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la «euro orden» de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Cera, Servicio de publicaciones URJC, 2003.

— «Comentario a la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 18 de julio que declara inconstitucional la ley alemana sobre orden de detención y entrega», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6, 2005, págs. 149 y ss.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Comentario al art. 30.1», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA y otros, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Pamplona, 2015, págs. 531 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El principio de proporcionalidad de la extradición», *Revista del Poder Judicial*, núm. 15, 1989, págs. 35 y ss.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., «Motivos de paralización de la orden europea de detención y entrega: denuncia y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada. Comentario a las SSTC 339/2005, de 20 de diciembre, y 81/2006, de 13 de marzo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006.

IRURZUN, F. y MAPELLI, C., «Orden europea de detención y Constitución: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/2006, de 5 de junio», *Noticias de la Unión Europea* núm. 282, CISS, 2008, págs. 15-29.

IZQUIERDO, C., «La callada configuración de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en PÉREZ MANZANO y LASCURAÍN (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., «El futuro de la extradición en Europa», en CEZÓN, *Derecho extradicional*, Madrid, 2003.

MANZANARES, J. L., «El principio de reciprocidad en el Convenio europeo de Extradición y en la Constitución Española», *Poder Judicial*, núm. 15, 1985, págs. 55 y ss.

PÉREZ MANZANO, M., «*Ius puniendi*, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición», en *Ciudadanía e Inmigración*, Monografías (VI) de la Revista Aragonesa de la Administración Pública, 2003, págs. 371 y ss.

- «La extradición: una institución constitucional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. especial 2, 2004, págs. 213 y ss.
- «El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Comentario al ATC 86/2011, de 9 de junio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, págs. 311 y ss.
- «El mercado único de los derechos fundamentales y la protección de los principios y garantías penales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017, Iustel.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, págs. 277 y ss.

- «La orden europea de detención y el principio constitucional de reciprocidad», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, 2006 (II), págs. 279 y ss.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Extradición pasiva y concurrencia de ordenamientos: problemas de articulación y parámetros de enjuiciamiento. El alcance de la jurisdicción constitucional», en *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, págs. 1631 y ss.

REY MARTÍNEZ, F., «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario a la STC 91/2000 y concordantes», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, págs. 289 y ss.

RUIZ DE LOS PAÑOS BRUSI, A., «Extradición pasiva y derechos humanos», *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, págs. 175 y ss.

TORRES MUÑOZ, I., «Enseñar al que ya sabe. Las extradiciones ante el Tribunal Constitucional», *Aranzadi. Repertorio del Tribunal Constitucional*, núm. 10, agosto 2000, págs. 15 y ss.

ARTICULO 13.4

EL DERECHO DE ASILO

Sumario: I. La constitucionalización del derecho de asilo. II. El desarrollo legislativo del derecho de asilo en la era constitucional. III. La evolución del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA/CEAS). IV. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho de asilo. V. El derecho de asilo en el marco del dialogo entre Tribunales. VI. Algunas cuestiones pendientes.

ELISA PÉREZ VERA

MAGISTRADA EMÉRITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESORA EMÉRITA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE ASILO

El art. 13.4 CE dispone que «[l]a ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». **La mención en la Constitución del derecho de asilo no tenía ningún precedente en la historia del constitucionalismo español y pretendía seguir el ejemplo de otros regímenes constitucionales de nuestro entorno** como Francia (párr. 4 del Preámbulo CF 1946), Italia (art. 10 CI 1947), Alemania (art. 16 LF 1949) o Portugal (art. 33 CP 1976). El reconocimiento constitucional de este derecho, en todo caso, viene dotado de una singularidad que ha impedido afirmar su carácter de derecho fundamental subjetivo, ya que se le conforma como un derecho de configuración legal y su ubicación sistemática en la Constitución se produce fuera de elenco de derechos y libertades.

El tenor del art. 13.4 CE determina que **el derecho de asilo se conforma como un**

derecho que exige de un desarrollo legal, ya que la posibilidad de gozar en España de este derecho por los ciudadanos de otros países y los apátridas queda deferida, por un lado, en cuanto a sus exigencias formales, a que sea regulado por una ley —aunque el precepto ordena al legislador la regulación de este derecho, en ausencia de ley la Constitución no parece establecer una posibilidad autónoma de reconocimiento de asilo— y, por otro, en cuanto a sus requisitos materiales, a los términos que dicha ley establezca —la Constitución formalmente no garantiza siquiera dicho reconocimiento a quienes tienen la condición de refugiados de acuerdo con el Derecho internacional humanitario—. Por su parte, la ubicación sistemática de este precepto determina que **el derecho de asilo en España queda fuera del Capítulo II del Título I CE**. Por tanto, no se le reconoce un contenido esencial que vincule a todos los poderes públicos, incluyendo al legislador (art. 53.1 CE) y tampoco se puede recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, a través del

recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) (así, STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4). Por tanto, en este precepto, la Constitución se limita a incorporar un mandato cierto al legislador para que regule los supuestos y condiciones en que nuestro país otorgará asilo y refugio.

La singularidad de este reconocimiento del derecho de asilo en la Constitución tiene una relación directa con **la consideración del asilo en el Derecho internacional como una prerrogativa del Estado que tiene su fundamento en el ejercicio de soberanía sobre su territorio y no de un derecho subjetivo del ciudadano extranjero o apátrida**, que, en su caso, quedaría limitado a gozar de esa prerrogativa estatal. Ahora bien, que en el ámbito del Derecho internacional humanitario no se hubiera alcanzando en el momento de su reconocimiento constitucional un consenso suficiente sobre su carácter de derecho protegible no impedía que **el asilo se hubiera podido configurar constitucionalmente como un derecho subjetivo garantizado y que se hubieran establecido determinados supuestos en que quedara garantizado este derecho**. De hecho, ambos aspectos fueron objeto de debate durante el proceso constituyente, aunque en ningún caso se planteó la posibilidad de que fuera un derecho tutelable en amparo. Así, en el Borrador de Anteproyecto la redacción propuesta —«queda garantizado, en los términos que le ley establezca, el asilo de los ciudadanos de otros países perseguidos en los mismos por su defensa de los derechos y libertades democráticos reconocidos en la Constitución»— incluía tanto la garantía constitucional de este derecho, aunque lo fuera de configuración legal, como unos supuestos mínimos constitucionalmente garantizados, siguiendo con ello el ejemplo de algunas de las Constituciones vigentes en el entorno europeo. Sin embargo, en el Anteproyecto, si bien se mantuvieron los supuestos habilitantes del ejercicio del derecho de asilo, desapareció ya su carácter de derecho constitucional garantizado. En el

informe de la Ponencia se recuperaron ambos aspectos; pero en el Dictamen se aprobó una redacción muy semejante a la que pasó definitivamente a la Constitución. No obstante, en el debate en el Pleno del Congreso su Presidente hizo una declaración de que por acuerdo unánime de todos los Grupos parlamentarios se había presentado una enmienda *in voce* proponiendo una redacción en que se mantenía el carácter de derecho constitucionalmente garantizado —«[s]e garantiza el derecho de asilo en los términos que la ley establezca»—. La enmienda fue aprobada por 303 votos a favor y 2 abstenciones (*Diario de Sesiones* núm. 105, de 6 de julio de 1978, pág. 3935). A pesar de ello, sin que se sepa la razón, en el texto publicado como aprobado por el Pleno del Congreso y remitido al Senado (*BOC* núm. 135, de 24 de julio de 1978) aparecía la enmendada redacción surgida de la Comisión, que fue la que, definitivamente, con la única inclusión de los apátridas por parte de la Comisión Constitucional del Senado, se aprobó por la Comisión Mixta Congreso-Senado y pasó al texto constitucional.

La redacción del art. 13.4 CE supuso **que nuestro vigente régimen constitucional perdió una oportunidad de homologarse al nivel y calidad del reconocimiento de este derecho en otros países del nuestro entorno**, así como de haber plasmado en la parte programática de la Constitución una firme vinculación del derecho de asilo con la persecución política, la defensa de la democracia, de los derechos y libertades fundamentales y de la paz entre los pueblos como aspiración global de la incipiente andadura constitucional. A pesar de ello, este tímido reconocimiento constitucional no impide que **el derecho de asilo, aun sin contar con un contenido esencial resistente a la actividad legislativa, deba asumir un contenido constitucional vinculado al reconocimiento internacional de la condición de refugiado** de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y del Protoco-

lo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. La aprobación de la Constitución se efectuó en un marco normativo de compromiso internacional conforme al cual España ya estaba adherida a esos textos internacionales por Instrumento publicado en el *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978. Por tanto, aunque la Constitución omitió referirse a ninguna exigencia material condicional del desarrollo legislativo del derecho de asilo, debe entenderse al menos garantizado en relación con las solicitudes de quienes tengan fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Tampoco impide que, en atención al carácter instrumental de este derecho como protector frente a la violación de determinados derechos fundamentales, **el derecho de asilo también reciba una protección constitucional indirecta a partir del reconocimiento y garantía de los derechos sustantivos a proteger mediante el procedimiento de asilo**, incluyendo el principio de no devolución del art. 33.1 de la Convención de 1951, conforme al cual «[n]ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas».

II. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO DE ASILO EN LA ERA CONSTITUCIONAL

La configuración del derecho de asilo como un derecho de reconocimiento legal determina que su contenido y presupuestos quedan derivados a la intermediación del legislador estatal, que es el que tiene la competencia exclusiva sobre esta materia (art. 149.1.2.º CE). Desde el punto de vista sustantivo, a los efectos de determinar el contenido y presupuestos del ejercicio de este derecho, es preciso

identificar **dos grandes etapas cuya delimitación viene conformada por la delegación de soberanía a la Unión Europea** que en materia de asilo supuso el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de enero de 1999 y la profundización que se produjo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

El devenir legislativo en la materia en esta etapa constitucional comenzó con **la Orden de 16 de mayo de 1979, por la que se regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiado en España** (*BOE* núm. 124, de 24 de mayo). Esta Orden Ministerial se limitaba a establecer el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado de las personas acogidas a la protección del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), remitiéndose a otras normas la regulación de las condiciones de acogida. El rango de esta norma, que no cumplía la exigencia de reserva de ley del art. 13.4 CE, y la circunstancia de que se vinculara el ejercicio de este derecho solo al cumplimiento de los requisitos de la condición de refugiado de los textos internacionales de los que España era parte antes de la entrada en vigor de la Constitución son elementos que redundan en la anterior afirmación de que el art. 13.4 CE garantizaba un contenido mínimo de este vinculado al cumplimiento de los compromisos internacionales. De ese modo, la referida Orden no pretendía regular el contenido del derecho de asilo reservado al legislador, sino aportar el procedimiento para el ejercicio del contenido de este derecho con reconocimiento constitucional.

La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (*BOE* núm. 74, de 27 de marzo) es la primera norma que da cumplimiento al mandato constitucional de regular el derecho de asilo. Establece los supuestos en que se reconoce el derecho a solicitar asilo de una manera dual, diferenciando los casos de reconocimiento de la condi-

ción de refugiado de otros asimilados, referidos a quienes sufran persecución por (i) delitos políticos o que deriven del ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la Constitución Española, (ii) que se hubieran cometido con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el ordenamiento español o de luchar contra los sistemas no democráticos de convivencia, o (iii) cuando el reconocimiento se justifique por razones humanitarias. También determina que el contenido del derecho de asilo se concreta en la no devolución al país donde el peticionario sea perseguido o haya sido sancionado y en el reconocimiento de las condiciones de acogida y los derechos de los que gozaran en España. Se establece de un modo amplio el acceso al procedimiento, posibilitando la solicitud en el extranjero ante la Embajada o Consulado, en frontera o en el territorio español. Asimismo, regula un régimen de recursos, que en el ámbito judicial se hizo residenciar en la entonces vigente Ley 62/1978, de 28 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y, por tanto, a través del procedimiento diseñado por el art. 53.2 CE para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución. El desarrollo reglamentario de esta Ley se produjo por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero (*BOE* núm. 94, de 19 de abril).

La Ley 5/1984 fue reformada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE* núm. 122, de 23 de mayo), en un sentido restrictivo por considerar que era usada abusivamente por migrantes económicos, de modo que: (i) se retoma como único supuesto de asilo la condición de refugiado de la normativa internacional, excluyéndose las razones humanitarias, referidas a personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país, supuesto que se remite a la legislación general de extranjería, (ii) se incluye un procedimiento de admisibilidad para acelerar las inadmisio-

nes de las solicitudes manifiestamente infundadas, y (iii) se reconduce el régimen de recursos al general de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero con tramitación preferente y carácter suspensivo en los casos de denegación de reexamen de la inadmisión de una solicitud en frontera cuando el ACNUR hubiera informado favorablemente su admisión a trámite. La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluyó una DA 3.^a estableciendo que entre los supuestos del reconocimiento de la condición de refugiado figuran las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen por un temor fundado a la persecución por motivos de género. El desarrollo reglamentario de la Ley 9/1994 se aprobó por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (*BOE* núm. 52, de 2 de marzo), con modificaciones menores por los Reales Decretos 864 y 865/2001, de 20 de julio (*BOE* núm. 174, de 21 de julio); 1325/2003, de 24 de octubre (*BOE* núm. 256, de 25 de octubre); y 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 6, de 7 de enero de 2005). Por su parte, en la medida en que se reconoce también la posibilidad de ejercicio de este derecho por parte de los apátridas y que España se adhirió a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, por Instrumento publicado en el *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 1997, dicha previsión ha sido desarrollada por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (*BOE* núm. 174, de 21 de julio). Igualmente, en desarrollo de determinados supuestos de reconocimiento de protección por razones humanitarias y como transposición de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio, se dictó el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (*BOE* núm. 256, de 25 de octubre).

La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protec-

ción subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre) es la norma que actualmente da cumplimiento al mandato del art. 13.4 CE, con una puntual reforma introducida por la Ley 2/2014, de 25 de marzo (BOE núm. 74, de 26 de marzo). Su desarrollo reglamentario, a pesar de la autorización al Gobierno para que lo abordara en el plazo de seis meses, nunca se ha producido, por lo que sigue vigente, en lo que no se oponga a esta Ley, el citado Real Decreto 203/1995. **La finalidad de la Ley 12/2009 es trasponer al Derecho español las diversas normas comunitarias** aprobadas tras la asunción de competencias en la materia de asilo por la Unión Europea con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Las principales novedades que implica esta Ley son que, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho de asilo, se amplían los supuestos en que puede ser ejercido al incluir junto con la condición de refugiado —cuyos motivos de persecución quedan actualizados—, la institución de la protección subsidiaria, definida como la dispensada a las personas respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país se enfrentarían a un riesgo real de sufrir una condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura y tratos inhumanos o degradantes; o amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno. En lo que se refiere al procedimiento, que es común para el reconocimiento de la condición de refugiado o de protección subsidiaria, se imposibilita su acceso legal desde el extranjero, al eliminarse cualquier referencia expresa a la posibilidad de solicitar este derecho en Embajadas y Consulados, y no preverse tampoco ninguna manera alternativa de acceso legal al territorio para poder cursar en él la solicitud.

En todo caso, como veremos, la asunción de competencias por la UE en estas materias hace que su regulación en nuestro Derecho de fuente interna tenga un carácter, en cierto sentido, complementario.

III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO (SECA/CEAS)

El Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, supuso el momento inicial de la asunción de competencias en materia de asilo por parte de la Unión. Así, el nuevo art. 2 TUE ya establecía como uno de los objetivos de la Unión su desarrollo como un espacio de libertad, seguridad y justicia, con la necesidad de adoptar medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración. De ese modo, la nueva redacción del art. 63 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establecía el mandato al Consejo para que adoptara en el plazo de cinco años las medidas en materia de asilo en los ámbitos relativos a (a) los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, este mandato se cumplimentó por el ya derogado Reglamento (CE) núm. 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero; (b) las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, a este extremo respondió la ya derogada Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados; (c) las normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países, que se incorporaron en la ya derogada Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril; y (d) las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros, que se recogieron en la ya derogada Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, para conceder o retirar el estatuto de refugiado.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 supuso un nuevo impulso para la competencia europea en materia de asilo. Se mantiene en el art. 3.2 TUE el asilo como un objetivo de regulación dentro del espacio de libertad, segu-

ridad y justicia, mientras que el art. 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) incluye el mandato de desarrollar una política común de asilo para los nacionales de los terceros países, a los que quedan asimilados los apátridas. Así, el art. 78.1 TFUE determina que «[l]a Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes». El art. 78.2 TFUE establece, en esta ocasión como mandato dirigido ya al Parlamento y al Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la adopción de medidas relativas a un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA/CAES) que incluya: (a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; (b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; (c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; (d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; (e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; (f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; y (g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal. Por su parte, **el art. 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, que goza del mismo valor jurídico que los tratados) garantiza el derecho de asilo**, al establecer que «[s]e garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención

de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Además, **se establece en el art. 19.2 CDFUE el principio de no devolución como garantía autónoma** de protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

En desarrollo de la anterior normativa y como derecho derivado se aprueba un nuevo paquete legislativo en materia de asilo, que es el actualmente vigente, compuesto por: (i) la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, aplicable desde el 21 de diciembre de 2013; (ii) la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; y (iii) la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Estas dos últimas directivas aplicables desde el 21 de julio de 2015. Junto con ello se han aprobado también (iv) el Reglamento (UE) núm. 604/2013, de 26 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, conocido como Reglamento Dublín III, aplicable desde el 1 de enero de 2014; y (v) el Reglamento (UE) núm. 603/2013, de 26 de junio, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las huellas dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento Dublín III. No obstante, **las insuficiencias y disfunciones mostradas por el SECA/CAES con motivo de la crisis de los refugiados provocado por la guerra**

de Siria han determinado que desde el 2016 se esté proyectando una nueva reforma integral del sistema.

IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE ASILO

La jurisprudencia constitucional española sobre el derecho de asilo ha sido muy limitada, ya que el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el diseño legislativo del derecho de asilo mediante un control abstracto de constitucionalidad. No obstante, **en la STC 53/2002, de 27 de febrero, se realizaron algunas consideraciones de carácter general sobre el derecho de asilo** con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el art. 5.7 de la Ley 5/1984, en la redacción dada por la Ley 9/1994, al considerar que la obligación de que el solicitante permaneciera en unas dependencias habilitadas en el puesto fronterizo durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud vulneraba el derecho a la libertad (art. 17 CE). La STC 53/2002 destaca: (i) la progresiva configuración del derecho de asilo como derecho de la Unión Europea (FJ 3); (ii) que el art. 13.4 CE es «(...) un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo —o del ya asilado— serán, entonces, los que establezca la Ley» (FJ 4); y (iii) que el solicitante de asilo en frontera, si bien carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España (art. 19 CE) más allá de la regulación de la situación de permanencia a la espera de la decisión sobre admisibilidad, si disfruta del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas [FJ 4.a)]. A partir de ello, desestimó el recurso con el argumento de que: (i) la permanencia del solicitante de asilo en estas dependencias «en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conve-

niente» [FJ 4.b)]; y (ii) se establecen unos límites temporales definidos para la estancia en dichas dependencias, que no pueden superarse. **El derecho a la libertad también fue la invocación analizada en las SSTC 12/1994, de 17 de enero, y 179/2000, de 26 de junio**, en relación con sendas inadmisiones de procedimientos de *habeas corpus* instados, en el primer caso, por la incidencia que sobre las situaciones de privación de libertad cautelar para la ejecución de una expulsión supone que se exceptione la expulsión cuando hay una previa solicitud de asilo y, en el segundo caso, con la prolongación de la retención más allá de 72 horas en la zona de tránsito de un puesto fronterizo aeroportuario una vez inadmitida la petición de asilo.

Por su parte, **la STC 236/2007, de 7 de noviembre, declaró que los extranjeros no residentes también tenían el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales en materia de asilo** (FJ 13), por lo que consideró inconstitucional la inclusión del término «residente» en el art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (LOEx), por vulnerar el art. 24.1 CE.

V. EL DERECHO DE ASILO EN EL MARCO DEL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la oportunidad de establecer una amplia jurisprudencia sobre la garantía del derecho de asilo (art. 18 CDFUE) y sobre la interpretación a dar al derecho derivado en esta materia. Destaca: (i) en lo que se refiere al acceso al territorio y al procedimiento, la STJUE (GS) de 7 de marzo de 2017 (C-638/16), que establece que la posibilidad de solicitar un visado con la finalidad de ejercer en el territorio el derecho de asilo «en el estado actual del Derecho de la Unión Europea, solo está sujeta al Derecho nacional» y la STJUE (GS) de 21 de diciem-

bre de 2011 (C-411/10 y C-493/10) que afirma que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una presunción irrefutable según la cual el Estado miembro designado responsable del estudio de una solicitud de asilo respeta los derechos fundamentales de la Unión, por lo que incumbe a los Estados, incluidos sus órganos jurisdiccionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado responsable cuando las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, (ii) en lo que se refiere al riesgo de persecución, se han precisado las circunstancias en que existe la posibilidad de su apreciación por persecución religiosa [STJUE (GS) de 5 de diciembre de 2012 (C-71/11 y C-99/11)] y motivos de orientación sexual [SSTJUE (S4) de 7 de noviembre de 2013 (C-199/12 a 201/12); (GS) de 2 de diciembre de 2014 (C-148/13 a C-150/13) y (GS) de 25 de enero de 2018 (C-473/16)], afirmando la STJUE (GS) de 17 de febrero de 2009 (C-465/07), que para solicitar la protección subsidiaria no es necesario probar un riesgo directo de amenazas graves e individuales contra la vida o integridad, bastando que el grado de violencia indiscriminada sea tal que permitan pensar que existen motivos fundados para creer que una persona expulsada al país se enfrentaría a ese riesgo real. Por último, (iii) en lo relativo a la pérdida de la condición de refugiado, la STJUE (GS) de 2 de marzo de 2010 (C-175/08 y acumulados) establece esa posibilidad solo cuando existe un cambio significativo y no provisional de circunstancias que hagan desaparecer las condiciones que justificaron el temor a la persecución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) solo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con las diversas incidencias provocadas por el ejercicio del derecho de asilo en relación con otros derechos sustantivo, al no exis-

tir ningún tipo de reconocimiento expreso del derecho de asilo en el CEDH y sus Protocolos. A esos efectos, caben destacar las resoluciones sobre: (i) la posibilidad de afectación del derecho a no sufrir tortura o malos tratos (art. 3 CEDH), en casos de devolución de solicitantes de asilo persistiendo la situación de riesgo (SSTEDH *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, de 28 de junio de 2011; o *Singh y otros c. Bélgica*, de 2 de octubre de 2012), incluso en los casos en que se trate de entrega a otro país miembros de la Unión en aplicación del procedimiento del Reglamento de Dublín (SSTEDH, *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011; o *Mohammed c. Austria*, de 6 de junio de 2013); (ii) la afectación a la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo 4 CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) cuando no se posibilite el acceso individualizado al procedimiento de asilo (SSTEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, de 23 de febrero de 2012; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, de 21 de octubre de 2014; o *N. D. y N. T. c. España*, de 3 de octubre de 2017); o (iii) la vulneración del derecho a la libertad ambulatoria (art. 5 CEDH) (SSTEDH *Riad e Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008; o *Suso Musa c. Malta*, de 23 de julio de 2013) o de la libertad de circulación y de fijación de residencia (art. 2 del Protocolo 4 CEDH) (STEDH *Omwenyeki c. Alemania*, de 20 de noviembre de 2007).

VI. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

Existen diversas cuestiones sobre las que la jurisprudencia constitucional todavía no se ha pronunciado en relación con la frontera terrestre de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, entre otras: (i) **la cuestión de las devoluciones sumarias sin tramitación de ningún tipo de procedimiento de las personas interceptadas intentando superar las vallas fronterizas** que, por no garantizar tampoco el acceso al procedimiento de solicitud de protección internacional, han sido ob-

jeto de impugnación constitucional con motivo de su regulación en la DA 10.^a LOEx, y que han motivado ya la condena —todavía no firme— del Estado español en la STEDH (Sala 3.^a), *N. D. y N. T. c. España*, de 3 de octubre de 2017, por la vulneración del art. 4 del Protocolo 4 CEDH —prohibición de expulsiones colectivas— y del art. 13 CEDH —derecho a un recurso efectivo—; y (ii) **la reiterada política de no permitir a los solicitantes de asilo, a quienes se ha admitido a trámite su solicitud de protección internacional en estas ciudades autónomas, trasladarse a la península**, a pesar de los reiterados pronunciamientos judiciales que han declarado que dicha política vulnera, entre otros, el art. 19 CE [así, SSTSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo, 28 de mayo y 10 de junio de 2015 (recs. 1088/2014, 1089/2014 y 1091/2014)].

A su vez, la nueva configuración del derecho de asilo en la Unión Europea debe dar respuesta, entre otros, a los siguientes problemas: (i) los derivados de **la necesidad de controlar el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los paí-**

ses a los que se entrega a los solicitantes de asilo en aplicación del Reglamento Dublín III, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH y del TJUE; y (ii) **el tratamiento del derecho de asilo intracomunitario**. En efecto, el mantenimiento de esta institución entre países empeñados en la construcción de un espacio común presidido por el Derecho no deja de ser una anomalía. Anomalía que se traduce, por ejemplo, en el Protocolo (núm. 24) sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Tratado de Ámsterdam y modificado por el Tratado de Lisboa, que establece la consideración recíproca de los Estados miembros de la Unión como países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con el asilo. En consecuencia, en las relaciones intracomunitarias solo podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para examen una solicitud de asilo cuando concurren razones muy excepcionales y tasadas, con lo cual se pone en cuestión el cumplimiento por los Estados miembros de los compromisos internacionales derivados de la Convención de 1961 y el Protocolo de 1967.

BIBLIOGRAFÍA

ABRISKETA URIARTE, J., «La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 56, 2017, págs. 119 a 158.

BUISÁN GARCÍA, N., «Artículo 13.4. Derecho de asilo y protección de los refugiados», en CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, págs. 265 a 272.

DÍAZ LAFUENTE, J., *Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2016.

GARCÍA MAHAMUT, R., «La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias un desafío para Europa y para el sistema europeo común de asilo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, págs. 211 a 238.

KAHALE CARRILLO, D. T., *El nuevo sistema del derecho de asilo y protección internacional*, Andavira, A Coruña, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L., «Refugiados y derechos humanos. El Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, págs. 55 a 116.

ORIHUELA CALATAYUD, E., «El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2003, págs. 57 a 113.

PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P., «Artículo 13.4: Asilo», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1997, págs. 227-240.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., *El derecho de asilo en la Unión Europea*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Las «devoluciones en caliente» en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, *as. N. D. y N. T. vs España*, de 03-10-2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 65, 2018, págs. 101 a 135.

SANTAOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001.

SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 13.4», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 257 a 269.

DERECHOS Y LIBERTADES [ARTS. 14 A 38]

Artículo 14

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.

Sumario general:

La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, por **MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER** y **MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ**

La prohibición de discriminación, por **MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ**

LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Sumario: I. Una Constitución de la igualdad. II. El peso de las palabras. III. De la igualdad formal a la igualdad «valorativa». IV. El juicio de igualdad: la equivalencia de situaciones. V. La justificación de la diferencia de trato. VI. Los destinatarios de la igualdad. VII. La igualdad en la aplicación de la ley.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. UNA CONSTITUCIÓN DE LA IGUALDAD

El primer inciso de este artículo es una declaración que sigue antecedentes lejanos, los de las Constituciones liberales y más cercanos como los de la Constitución de 1931. Sin embargo, su lectura ha de integrarse en el contexto global de la Constitución y en un estado del desarrollo de la doctrina constitucional que van a hacer de este inciso un **precepto clave** del texto constitucional, como se comprueba en su frecuente utilización en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también porque, por su colocación sistemática, ha permitido el acceso directo del justiciable a la defensa de «su» igualdad.

La igualdad aparece mencionada en el art. 1.1 dentro de los **valores superiores** del ordenamiento y se refleja explícitamente en diversos preceptos constitucionales, relativos a derechos fundamentales (art. 23.2), a derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 31 y 32), a principios rectores de política social y económica (art. 39.2), al sufragio universal

(arts. 68.1 y 69.2), a objetivos de desarrollo económico (art. 130.1) y a la organización territorial del Estado (art. 149.1.1). Asimismo, la igualdad aparece implícitamente en otros muchos preceptos constitucionales que, al referirse al sujeto de derechos, utiliza significativamente el término «todos», «todas las personas», «los ciudadanos» o «los españoles», queriendo indicar con ello una igualdad en el acceso a tales derechos. En relación con esos preceptos, **el art. 14 CE sirve de refuerzo**, especialmente de los referidos a los derechos fundamentales, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 14 CEDH.

La amplitud de efectos de la igualdad en nuestro sistema constitucional se ha reforzado notablemente porque se ha entendido que el art. 14 CE no solo reconoce la igualdad como un principio, sino también como un derecho de la persona, a no ser tratado desigualmente. El art. 14 CE es a la vez fundamento y complemento de las reiteradas llamadas a la igualdad en el texto constitucional, y tiene también un valor propio a través de su operatividad como

derecho fundamental de la persona y como exigencia de razonabilidad de las distinciones normativas. La «cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley» se configura como un **principio general de igualdad**, y, también, «por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual» (STC 200/2001, de 4 de octubre, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas). La igualdad constitucional tiene, pues, una triple dimensión: es una exigencia objetiva del orden jurídico, en su forma y en su contenido, es condición de la regularidad del goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales y es una garantía de la persona como derecho fundamental en sí mismo.

Se ha zanjado así la controversia sobre si la igualdad jurídica es un principio o un derecho, controversia que refleja la peculiaridad de la igualdad en cuanto derecho que debe ponerse necesariamente **en relación con un derecho u objeto determinado**, y que requiere determinar, y en el marco de relaciones jurídicas concretas, frente a quién y respecto a qué se tiene derecho a la igualdad; la igualdad «ha de valorarse, en cada caso, teniendo en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte» (STC 209/1988, de 10 de noviembre, Pleno, Ponente: Antonio Truyol Serra). «El principio de igualdad constituye un derecho subjetivo cuando se invoca en la creación o aplicación de un enunciado jurídico concreto jurídico» (Zoco, 2003, 51), un principio del que se derivan titularidades subjetivas concretas en forma de derechos en relación con objetos y sujetos determinados. El que la igualdad no puede realizarse en abstracto «sino referida a situaciones fácticas o relaciones jurídicas concretas, no tiene por qué ser razón para negarle el carácter de derecho subjetivo» (MARTÍNEZ TAPIA, 2000, 82). Ello no supone una limitación, sino un reforzamiento de la **operatividad transversal** del art. 14 CE y de su efectividad como derecho subjetivo.

Su carácter de derecho subjetivo se corresponde con su vinculación con la **igual digni-**

dad de los seres humanos, su base y punto de partida, pues solo si «la igualdad se consigue como derecho subjetivo se tiene la posibilidad de situarla entre los derechos inviolables del hombre» (BAÑO, 1987, 184).

El Tribunal Constitucional ha tenido que profundizar a lo largo del tiempo en el alcance del precepto, en lógica consecuencia de la estructura de un peculiar mandato constitucional que, no integrado formalmente en el ámbito de los derechos humanos y las libertades públicas, tiene un potente respaldo en el resto del texto constitucional, una estructura preceptiva independiente de los restantes derechos fundamentales y un alcance transversal sobre el conjunto del ordenamiento jurídico deviniendo, en cierto sentido, un derecho de derechos.

II. EL PESO DE LAS PALABRAS

El antecedente más inmediato del texto del art. 14 CE es el **art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)**, según el cual el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo debe asegurarse sin distinción alguna, fundada especialmente en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, la opinión política u otras opiniones, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o toda otra situación. El tratamiento por el Tribunal Constitucional del alcance de la cláusula general de igualdad del art. 14.1 CE ha estado profundamente influido desde los inicios de su doctrina por la interpretación que ha dado al art. 14 CEDH el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las citas a su doctrina son constantes (p. ej., STC 84/2008, de 21 de julio, Sala Primera, Ponente: Javier Delgado Barrio), si bien con matices significativos que reflejan las diferencias sustantivas entre ambos preceptos.

Hay cambios significativos entre el alcance del art. 14 CE y el del art. 14 CEDH que no garantizan en sí mismos un derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación —cuestión

distinta es la que abre su Protocolo 12—. El Tribunal de Estrasburgo mantiene que el precepto debe interpretarse en relación a los demás derechos sustantivos reconocidos en el Convenio, como si en todos sus preceptos estuviese incluida la regla de la igual libertad o igual goce del correspondiente derecho, siendo la afectación a un derecho sustantivo protegido por el Convenio un nexo ineludible para la aplicación de la exigencia de igualdad, lo que no sucede con el art. 14 CE, que, aunque sea también un apoyo para el goce igual de los demás derechos y libertades constitucionales, viene **considerado en sí mismo**, en «toda su pureza», y aplicado a diferencias de trato no vinculadas a otros derechos constitucionales.

El texto francés del art. 14 CEDH utiliza, de acuerdo a la tradición jurídica de la época, la expresión «sin distinción» alguna, aunque el título del precepto sea la prohibición de discriminación. La versión inglesa sí que utiliza el término «**discriminación**», lo que ha puesto de relieve el Tribunal de Estrasburgo para reforzar el valor del precepto, pero también para incluir en el art. 14 del CEDH lo que el mismo no dice expresamente, un derecho genérico a la igualdad. Ello ha permitido distinguir en el precepto del Convenio de Roma dos manifestaciones del principio de igualdad: el principio de igualdad en sentido estricto y la prohibición de no discriminación usando un criterio claramente diferente en los casos en que exista una diferencia injustificada de trato, no justificada razonablemente, respecto a los casos en los que la diferencia o distinción se basa en uno de los factores que excluye expresamente el art. 14 CEDH (p. ej., SSTEDH de 18 de julio de 1994, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, y 21 de febrero de 1997, *Van Raalte c. Países Bajos*). El empleo del término «discriminación» en el art. 14 CE ha facilitado, sin duda, esa distinción de planos en el precepto que ha acabado aceptando la jurisprudencia constitucional.

Además, el art. 14 CEDH se refiere a asegurar el goce sin distinción «fundada especialmente». El 14 CE utiliza un término más radical, cuyo

origen puede tener un prurito de mejora del lenguaje (producto de una enmienda del Senador Cela), pero que, en realidad, ha dado una notable fuerza y significado al segundo inciso del art. 14 CE. «**Sin que pueda prevalecer**» es una expresión que no significa solo la consagración de un derecho a no ser discriminado o de una prohibición de discriminación, sino también, como se verá, un mandato de tutela antidiscriminatoria que la jurisprudencia constitucional ha conectado con el art. 9.2 CE.

Mientras el Convenio se refiere a «toda otra situación», nuestra Constitución menciona «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta referencia específica ha servido para fundamentar en un primer momento una lectura sustantiva y no meramente formal de la igualdad y, además, respecto a la prohibición de discriminación, ha permitido su apertura a nuevas circunstancias vedadas de discriminación.

En suma, aunque la redacción del art. 14 CE, consciente o inconscientemente, sigue la tradición del constitucionalismo de la posguerra, el constituyente ha incluido algunas alteraciones semánticas que han favorecido una interpretación actualizada del mismo por parte de la jurisprudencia constitucional y ordinaria con apoyo de la doctrina.

III. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD «VALORATIVA»

La declaración contenida en el primer inciso del art. 14 CE, la igualdad ante la ley, es presupuesto de todo Estado democrático de Derecho. La Constitución de 1812 hablaba de «sin distinción alguna» o sin distinción o privilegio alguno respecto a personas o grupos. En aquel contexto, la igualdad tenía **un sentido negativo** de inexistencia de privilegios y de generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. Todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce.

En el Derecho continental europeo, esa igualdad formal, que no impide ni prejuzga las diferencias normativas (a diferencia del principio de igual protección de la ley del Derecho constitucional norteamericano, que se refiere al contenido de la ley), ha venido rigiendo prácticamente hasta la Segunda Guerra Mundial, aunque, como es sabido, en la Alemania de Weimar se planteó ya el sometimiento al escrutinio del principio de igualdad de las diferencias normativas, lo que no se consolidaría, sin embargo, hasta la posguerra de 1945 por obra fundamentalmente del Tribunal Constitucional alemán, seguido, casi de inmediato, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, algo más tarde, por la Corte Constitucional de Italia.

Cuando se aprueba nuestra Constitución, ya era doctrina consolidada en el constitucionalismo comparado que la igualdad se refiere no solo a la eficacia general de la ley, sino también al **contenido de la ley**, y que cabe un escrutinio de las justificaciones de las medidas legales diferenciadoras por parte de los Tribunales Constitucionales. El principio de igualdad no significa solo una exigencia a la forma externa del mandato legal, sino también a su contenido jurídico material, como un mandato al legislador que va más allá de la realización de la legalidad.

Pese a que el texto constitucional haya utilizado el término clásico «ante la ley», la jurisprudencia constitucional ha aceptado, desde un primer momento, la utilización del parámetro de la igualdad para examinar la constitucionalidad del contenido de las leyes, o sea, la **igualdad en la ley**, y el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislador, al principio de igualdad, contemplando la importancia y trascendencia no solo política sino jurídica que la Constitución, a partir de su art. 1, otorga a la igualdad.

La propia existencia de un sistema de justicia constitucional significaba una posibilidad de control jurisdiccional de la actividad legislativa y, por ello, la admisión de un control por el

Tribunal Constitucional del respeto de la igualdad por parte del legislador, que encuentra en la igualdad un límite, la igualdad se torna en igualdad «en» la ley, una igualdad no meramente formal, **que tiene sustancia y valor**.

La más temprana jurisprudencia constitucional afirmó la vinculación del legislador al principio de igualdad, su operatividad como **límite a la acción legislativa**, y el control de su respeto por el Tribunal Constitucional. La STC 22/1981, de 2 de julio, Pleno, Ponente: Gloria Begué Cantón, afirmó que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 CE vincula y tiene como destinatario también al poder legislativo, lo que reitera la STC 34/1981, de 10 de noviembre, Pleno, Ponente: Rafael Gómez Ferrer Morant, indicando que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Estas dos sentencias iniciales contienen las bases de la doctrina constitucional sobre la igualdad en la ley que va a confirmar la jurisprudencia posterior del propio Tribunal.

La STC 22/1981 afirma que el principio de igualdad no implica «en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica», y acogiendo la doctrina del TEDH, en relación con el art. 14 CEDH, declara «que **toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación**. El art. 14 Convenio Europeo —declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias— no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

La STC 34/1981 considera que el principio de igualdad no prohíbe que el legislador contem-

ple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darle un tratamiento diverso, lo que viene exigido, incluso, para la efectividad de los valores constitucionales y que **corresponde al legislador apreciar en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente**, valoración que tiene unos límites constitucionales, ni puede ir contra otros preceptos constitucionales ni contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria.

El uso en sentido amplio del término «discriminación», en línea con el TEDH, para calificar tratamientos desiguales incompatibles con la Constitución y censurables desde el punto de vista constitucional, permitirá desde perspectiva de la diferencia de trato entre situaciones comparables ampliar la protección de ciertos derechos fundamentales, desde los que se configuran los elementos de la tutela antidiscriminatoria (STC 38/1981, de 23 de noviembre, Sala Segunda, Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra: nulidad del trato discriminatorio con imposición en su caso de la paridad, desplazamiento de la carga de la prueba). Además, ha facilitado la consideración de la igualdad como **derecho subjetivo fundamental** a obtener un trato igual (STC 49/1982, de 14 de julio, Sala Segunda, Ponente: Luis Díez-Picazo Ponce de León), para reaccionar contra las normas legales que creen situaciones razonablemente desiguales o discriminatorias y poner en marcha los mecanismos jurídicos para restablecer la igualdad (STC 103/1983, de 23 de noviembre, Pleno, Ponente: Luis Díez-Picazo Ponce de León).

Desde los primeros ochenta del pasado siglo, el reconocimiento del derecho a la igualdad ha permitido acentuar la separación entre diferencias legales permitidas, conformes con la Constitución, y diferencias legales constitucionalmente vedadas, por irrazonables y arbitrarias, calificadas por ello de discrimina-

torias. En el plano subjetivo, la protección en amparo del derecho a la igualdad va a consagrar un **derecho a no sufrir** discriminaciones en cuanto a **desigualdades de trato infundadas, pero no un derecho a tratamientos iguales**, lo que implica la íntima conexión entre la igualdad y las diferencias y el desvalor constitucional de determinadas diferencias, ya sean subjetivas, en relación con el inciso segundo, ya en un sentido más objetivo vinculado a las diferentes situaciones de hecho y a su valoración a efectos de establecer diferencias en función de unos determinados objetivos.

Es clara la conexión directa de esa jurisprudencia inicial con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas palabras son transcritas casi literalmente en la definición que de forma reiterada ha utilizado el Tribunal Constitucional: el principio de igualdad en la ley solo resulta vulnerado cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. De acuerdo a esta doctrina, el control de la razonabilidad debería venir acompañado de un cierto control de «optimización» de la medida tomada, lo que excede del análisis de la mera compatibilidad con la Constitución del criterio elegido para diferenciar, y llevaría a una exigencia de proporcionalidad y de adecuación de la cuestionada diferencia de trato.

En el caso del TEDH, se está juzgando de violaciones de otros derechos fundamentales a través de desigualdades de trato, exclusiones, tratos desventajosos, etc., en el ejercicio de tales derechos. En estos casos —piénsese, por ejemplo, en una limitación del derecho de asociación por la legislación o una decisión de un Estado miembro—, el Tribunal europeo ha sido especialmente riguroso, porque a través de la igualdad está velando también por la efectividad del derecho fundamental afecta-

do. Sin embargo, progresivamente, la jurisprudencia del TEDH ha tratado de deducir del art. 14 CEDH un concepto sustantivo de igualdad y, por ello, un derecho a la igualdad sustantiva poniendo énfasis en el fundamento de la diferenciación para proteger a la autonomía individual y contra la opresión social. Una jurisprudencia que a su vez ha influido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tanto en la interpretación de directivas relacionadas con la igualdad como en la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce expresamente el derecho a la igualdad y no discriminación (NIKOLAIDIS).

El Tribunal Constitucional, cuando, para juzgar la diferencia de trato respecto al ejercicio de otros derechos constitucionales, pone en relación el art. 14 con otro derecho fundamental, lleva a cabo un examen más incisivo y riguroso que cuando afronta la igualdad, en sí misma considerada. De ahí la dificultad del juicio de igualdad, que es, ante todo, un **juicio de la desigualdad**, puesto que ese juicio y su grado de exigencia tiene un grado de severidad o tolerancia muy distinto según el objeto de diferencia de trato enjuiciado. Es conveniente hacer esta advertencia para lo que se ha de decir a continuación.

IV. EL JUICIO DE IGUALDAD: LA EQUIVALENCIA DE SITUACIONES

El principio de igualdad **no dice lo que es igual**, ni de él cabe deducir un criterio seguro de medida. La igualdad es un **concepto relativo**, cuyo contenido y significado está vinculado al momento histórico y a la materia de que se trate. Por otro lado, la igualdad es un «concepto **relacional**», una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, siendo una condición del juicio de igualdad la existencia de diferencia entre los elementos comparados (RUBIO, 1991, 12) que exige un **elemento de comparación** respecto al que la diferencia se acusa. La igualdad

como concepto relativo y relacional requiere elementos de comparación entre las situaciones, lo que depende también de la perspectiva desde la que se establezca la comparación, cuáles sean las notas o características a tener en cuenta para equiparar situaciones o establecer diferencias, o, lo que es lo mismo, determinar cuándo dos situaciones son «equiparables», cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias.

Ese proceso requiere un complejo juicio de valor para determinar **qué criterios o rasgos se han de tener en cuenta** y cómo se reflejan en las situaciones fácticas para crear situaciones justificadas de igualdad y de diferenciación, que permitan la actuación del principio de igualdad en la ley. La igualdad requiere, así, ante todo, una exigencia en la selección de los criterios de diferenciación al proceder a las distinciones normativas, de modo que, a la postre, la igualdad es un concepto criba de admisión o rechazo de las desigualdades de trato. De este modo, el art. 14 CE «no establece un principio de igualdad absoluto [...] y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales» (STC 3/1983, de 25 de enero, Pleno, Ponente: Ángel Escudero del Corral).

La concepción valorativa de la igualdad impone la **justificación de las desigualdades de trato** que explique un tratamiento diverso entre quienes se encuentran en una situación igual, **evitando reglas arbitrarias, pero sin tratar de sustituir al legislador** en el establecimiento de diferencias. En la búsqueda de ese equilibrio está la dificultad del juicio de igualdad: asegurar la prevalencia de la igualdad como principio y valor superior del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, reconocer la libertad de opción del legislador para ponderar los diferentes intereses en juego, diferenciar lo que se estima oportuno, como resultado de su propia opción, una opción política que tiene formalmente un respaldo popular y democrático, pues mientras más in-

tenso fuera el juicio constitucional de igualdad, menos espacio se ofrecería a la posibilidad de creación e innovación legal. 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» (SSTC 55/1998, de 16 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Julio González Campos, y 167/1997, de 13 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Fernando García Mon y González Regueral).

El principio de igualdad ha de coordinarse así con la **libertad de configuración que al legislador** reconoce su propia posición en el sistema constitucional y «que 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» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, Pleno, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer, y 76/2008, de 3 de julio, Pleno, Ponente: Eugeni Gay Montalvo). Por ello, el Tribunal Constitucional, en el juicio de igualdad, lejos «de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 167/1997, de 13 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

La doctrina constitucional sobre la igualdad «exige que los **supuestos de hecho iguales** sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (STC 49/2008, de 9 de abril, Pleno, Ponente: Pablo Pérez Tremps). El juicio de igualdad impone admitir la existencia de una diferencia de trato, examinar cuáles son sus motivos o razones y cuál es su justificación, lo que ha de constatarse siem-

pre mediante un **criterio relacional del que se deduzca una diferencia de trato**. «Solo verificado este primer presupuesto se procederá a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Por idéntica razón, cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de la de otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad» (STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno, Ponente: Pablo García Manzano).

Este llamado **test de desigualdad** de trato exige en el juicio de igualdad la existencia de «un término adecuado de comparación a partir del cual pueda valorarse si, efectivamente, ha sufrido un trato desigual que pudiera comportar una vulneración de alcance constitucional» (STC 89/1998, de 21 de abril, Sala Primera, Ponente: Vicente Gimeno Sendra), un término que ha de ser «idóneo», sin que se puedan comparar «hechos distintos» (STC 186/2000, de 10 de julio, Sala Primera, Ponente: Fernando Garrido Falla). El presupuesto inicial es que debe existir «**igualdad de situaciones** entre la persona que se considera víctima de la discriminación y otra u otras que se señalan como término de comparación»; aparentemente, bastaría con el mero «cotejo de los supuestos de hecho de las normas», efectuado el cual, si la igualdad o la desigualdad «aparece de forma notoria», el tratamiento desigual puede ser ya un problema jurídico» (STC 78/1984, de 9 de julio, Sala Segunda, Ponente: Luis Díez-Picazo Ponce de León).

Presupuesto esencial del juicio de igualdad es, pues, que las **situaciones** subjetivas que quieran compararse sean, efectivamente, **equiparables** (STC 76/1986, de 9 de junio, Pleno, Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), sin que el término de comparación resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, Pleno, Ponente: Eugenio Díaz Emil). Se deben considerar

iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (STC 154/2006, de 22 de mayo, Sala Primera, Ponente: Javier Delgado Barrio). Ello ha de constatarse mediante un criterio relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, Pleno, Ponente: Pablo García Manzano) y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas).

Solo entonces la acción selectiva de la norma resulta susceptible de control constitucional, dirigido a fiscalizar si la introducción de «factores diferenciales» (STC 42/1986, de 10 de abril, Pleno, Ponente: Luis Díez-Picazo Ponce de León) o de «elementos de diferenciación» (STC 162/1985, de 29 de noviembre, Sala Segunda, Ponente: Luis Díez-Picazo Ponce de León,) «resulta o no debidamente fundamentada» (STC 273/2005, de 27 de octubre, Pleno, Ponente: Elisa Pérez Vera), **«de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados**, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas). Ello requiere verificar que la norma diferenciadora persigue un fin legítimo, que el tratamiento diferenciador es adecuado para el logro de ese fin y la proporcionalidad de las consecuencias de esa diferenciación (STC 127/2009, de 26 de mayo, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas).

El juicio es más flexible cuando la comparación se pretende establecer entre categorías de creación legal, en cuyo caso el propio legislador que las crea puede diferenciar entre ellas con el límite de la prohibición de discriminación. Las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos

distintos encuentran justificación en su distinto ámbito objetivo y subjetivo (STC 137/1987, de 22 de julio, Sala Segunda, Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueal), y, en principio, la pertenencia a distintos órdenes normativos justifica la diferencia de trato (SSTC 39/1992, de 30 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Eugenio Díaz Eimil, y 291/1994, de 27 de octubre, Sala Primera, Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueal). En suma, el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales debe tener una justificación objetiva y razonable, razonabilidad que se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida respecto a la consecución del fin perseguido por el legislador, pero, además de esa razonabilidad de la diferenciación, «el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparan que dicha razonada diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional» (STC 200/2001, de 4 de octubre, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas).

El principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, **impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias** que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (STC 144/1988, de 12 de julio, Sala Primera, Ponente: Francisco Rubio Llorente).

La comprobación de situaciones comparables no es una mera cuestión de hecho, aparte de la **dificultad de aislar los supuestos de hecho que se comparan de las razones por las que se les equiparó o diferenció**. Cualquier supuesto de hecho o cualquier persona es susceptible de ser comparada con otra, debiendo evitarse no solo el absurdo,

sino el subjetivismo propio de toda comparación abstracta, frente a la que ha reaccionado el propio Tribunal Constitucional al afirmar el vaciamiento de la igualdad que supondría su extensión excesiva (STC 42/1982, de 5 de julio, Sala Segunda, Ponente: Francisco Rubio Llorente). Ello conduce, como primera medida, a evaluar la razonabilidad de la diferencia de trato, para detectar su potencial relevancia constitucional.

Al realizarse la comparación, ha de saberse **qué debe compararse y, sobre todo, para qué debe compararse**. Ello está muy vinculado a la **finalidad** de la diferenciación, que sirve no solo para justificar la diferenciación misma y sus consecuencias, sino también para determinar qué factor aglutinante o diferencial de los supuestos de hecho debe prevalecer y, por tanto, si se ha quebrado el principio de igualdad al desprestigiar aspectos relevantes para el fin de la medida o al prestar atención a aspectos irrelevantes para ese fin, al diferenciar o equiparar situaciones que no lo debían haber sido. Solo cuando comparando la faceta de los supuestos de hecho, y en atención a la finalidad perseguida por el legislador, se compruebe la homogeneidad, se está ante supuestos iguales y será ilegítimo diferenciar.

Esta mecánica comparativa evitará que, al no ser valorada suficientemente la finalidad de la medida, no se tomen en cuenta elementos fácticos que debían haber entrado en la comparación. «Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero **voluntarismo selectivo** que no responda a una finalidad constitucionalmente acogida, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en **desproporción patente** con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad» (STC 179/2004, de 21 de octubre, Pleno, Ponente: Manuel Aragón Reyes), y ello a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia

actividad legislativa (STC 59/2008, de 14 de mayo, Ponente: Pascual Sala Sánchez), si bien ese juicio de constitucionalidad es el único que compete al Tribunal Constitucional, que nada dice «acerca de la oportunidad de la norma, ni de su calidad» (STC 45/2009, de 19 de febrero, Pleno, Ponente: Jorge Rodríguez Zapata), respecto a esta «axiología» se observa así un cierto contraste de pareceres.

El art. 14 CE no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un **tratamiento desigual a lo largo del tiempo** como consecuencia de la necesaria evolución del ordenamiento jurídico. «El principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley. [...] La desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo, y producida tan solo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley» (SSTC 70/1983, de 26 de julio, Sala Segunda, Ponente: Francisco Pera Verdaguer, y 119/1987, de 9 de julio, Sala Segunda, Ponente: Gloria Begué Cantón).

Solo superado el test de desigualdad, que de por sí requiere un delicado juicio de valor sobre la comparabilidad o equivalencia de las situaciones en relación con la finalidad de la norma, puede pasarse a examinar la justificación constitucional de la diferencia de trato.

V. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DIFERENCIA DE TRATO

Tras resolver el problema, no fácil de valorar los casos en que se ha producido realmente una desigualdad enjuiciable, el Tribunal Constitucional ha tenido que determinar los elementos que pueden contribuir a hacer razonable esa desigualdad, y el margen de intensidad de su propio control al examinar la conformidad a la Constitución del trato des-

igual. La lectura detenida de la amplia jurisprudencia constitucional sobre la materia refleja numerosas **vacilaciones** y una **pluralidad de técnicas** que utiliza el Tribunal Constitucional. Ello es explicable por la propia falta de concreción del principio de igualdad, pese a su prevalencia como valor superior del ordenamiento y por el ya señalado respeto, a veces excesivo, de la libertad de opción del legislador, al que le corresponde, en principio, ponderar los diversos intereses en juego y, como resultado de su opción, diferenciar lo que estime oportuno.

Controlar al legislador, o al correspondiente poder público, **sin sustituirlo**, sobre todo cuando no está en juego una prohibición de discriminación, un derecho fundamental o un claro bien o valor constitucional, significa una autocontención, el no llevar a sus últimas consecuencias la definición de igualdad que tomó inicialmente de la jurisprudencia del TEDH, que formula una definición «máxima» de la igualdad en la ley, en que se valora los supuestos de hecho comparables en los que exista una significativa proporción de elementos comunes, pese a que entre ellos pueda hallarse algún factor diferencial, cuya legitimidad debe enjuiciarse, la valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento que, de ser positiva, quedaría justificado el tratamiento desigual y la razonabilidad de la diferencia de trato, buscando la «razonable» adecuación de la medida tomada en relación con los fines legítimos que se persiguen a través de ella.

En la mayor parte de los casos, el Tribunal Constitucional no realiza una valoración tan intensa de la exigencia de igualdad en lo que se ha llamado el «juicio ordinario de igualdad». Aplica, más bien, una definición «mínima» sobre la que gira la mayor parte de sus decisiones, y ésta podría enunciarse así: el principio de igualdad en la ley permite introducir diferenciaciones entre supuestos de hecho potencialmente equiparables, si para la diferenciación existe una justificación «objetiva y razonable». Desde la perspectiva del

principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma pasa, según consolidada doctrina al respecto, porque «el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales **tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas** en las situaciones diferenciadas **en atención a la finalidad perseguida** por tal diferenciación» (STC 76/2008, de 3 de julio, Pleno, Ponente: Eugeni Gay Montalvo). A diferencia de la prohibición de discriminación y de las diferencias de trato en materia de derechos fundamentales, el **juicio «ordinario de igualdad»** ha acabado siendo un juicio abierto y no estricto, incluso de «mínimos» (GIMÉNEZ GLÜCK, 2004, 139). Según la STC 186/2000, de 10 de julio, Sala Primera, Ponente: Fernando Garrido Falla, «el baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de **“contenido mínimo”**, en atención a la exclusiva potestad legislativa».

Solo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable cuando quepa apreciar un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, Pleno, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; 161/1997, de 2 de octubre, Pleno, Ponente: ídem; 136/1999, de 20 de julio, Pleno, Ponente: ídem). Se perfila así, pese a la relativa continuidad de la formulación del principio, un juicio de igualdad de dinámica no muy estable.

El principio de igualdad en la ley no implica rigurosa uniformidad de tratamiento y dentro del principio de igualdad tienen cabida diferenciaciones de trato, pero no la pura y simple diferenciación arbitraria o caprichosa de tratamiento (las *naked preferences*); por ello se requiere la constatación de la **existencia de legítimos factores que justifiquen la desigualdad**. La igualdad se resuelve así «en la exigencia de **no diferenciar sin razón suficiente** entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quien hace

la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas» (JIMÉNEZ CAMPO, 1983, 93).

Es perceptible la progresiva flexibilización del control de razonabilidad de la diferencia de trato establecida entre los términos de comparación establecidos y señalados por las partes en el proceso constitucional. La propia labilidad de los confines de su definición arroja una imagen siempre relativa del principio de igualdad en la ley, porque relativos son los criterios que se emplean para detectar las desigualdades y su racionalidad: en último término, la justificación «razonable», la abstracción del criterio, que impide identificar en él una arbitrariedad, un tratamiento *ad personam* ilegítimo en atención a la finalidad que se trataba de lograr con la norma. No son delimitables a priori las operaciones a desarrollar para determinar cuál ha sido el factor diferencial y cuál ha sido la legitimación que tenía el legislativo para introducirlo.

Serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudasen consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente igualdad, como las que consigan el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga «relevancia jurídica» para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador, de modo que no sea una distinción «infundada» (STC 75/1983, de 3 de agosto, Pleno, Ponente: Ángel Escudero del Corral).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado ajena al ámbito del art. 14 CE la llamada discriminación por indiferenciación y **ha excluido** la existencia de un derecho constitucional a ser tratado de forma diferente, o sea, **un derecho a la desigualdad**. El precepto no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato

(SSTC 38/1994, de 15 de febrero, Sala Primera, Ponente: Pedro Cruz Villalón; 36/1999, de 22 de marzo, Sala Primera, Ponente: Pablo Cachón Villar, y 241/2000, de 16 de octubre, Sala Primera, Ponente: María Emilia Casas Baamonde). No existe, pues, «un derecho fundamental a la singularización normativa» (STC 86/1985, de 10 de julio, Sala Segunda, Ponente: Francisco Rubio Llorente).

Si los supuestos de hecho están legítimamente diferenciados, en atención al fin perseguido por la norma, es usual considerar que el segundo punto clave para juzgar la adecuación del contenido de una ley al principio de igualdad es **el análisis de las consecuencias jurídicas distintas** que el legislador deriva de la desigualdad de los supuestos de hecho. De nuevo, la finalidad perseguida por la medida legislativa enjuiciada vuelve a primer plano: justificó la elección del factor diferencial, y con arreglo a ella debe mediarse la «proporcionalidad» (o la «racionalidad», entendida como adecuación medios/fines) de la consecuencia jurídica elegida.

Examinar la proporcionalidad o la racionalidad de la medida legislativa en atención al fin perseguido por la norma, puede llevar al Tribunal Constitucional a valorar las opciones que la Constitución deja en manos del legislador, restringiendo en parte su margen de maniobra, porque el juicio de proporcionalidad valora el acierto de la medida cuando se trate de indagar si la medida tomada por el legislador está incluida en el radio de acción que le está permitido, **no de saber si es la medida técnicamente más correcta o políticamente más deseable**. Por ello, el Tribunal Constitucional maneja con suma prudencia el último inciso de la definición del TEDH, evitando «la influencia negativa en este punto concreto, del TEDH» (GIMÉNEZ GLÜCK, 2004, 106). El juicio de proporcionalidad, aparte de que cuando está en juego otro derecho fundamental y se juzga su restricción indebida (en cuyo caso debe tenerse muy presente **el criterio de la proporcionalidad**; STC 85/1992, 8 de junio, Sala Segunda, Ponente: Eugenio

Díaz Eimil), **es más bien complementario del de la razonabilidad del factor diferencial**, solo opera cuando la razonabilidad sea insuficiente para realizar el juicio de igualdad, y existan desproporciones claras y manifiestas en la norma enjuiciada.

En la jurisprudencia constitucional es básico el análisis de la **razonabilidad del factor diferencial** escogido por el legislador, deducido en función de los fines perseguidos por este, fines que, a su vez, deben ser legítimos, para legitimar de reflejo toda la operación diferenciadora, debiendo existir congruencia entre la diferencia de trato y su finalidad, una coherencia entre las medidas diferenciadoras y el fin perseguido (STC 158/1993, de 6 de mayo, Pleno, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer). La **legitimidad del fin** debe vincularse, desde luego, con la propia Constitución como sistema dentro del que buscar las razones diferenciadoras. La vinculación a la Constitución puede estructurarse, **positivamente**, asegurando que la legitimación para introducir diferenciaciones descansa en una habilitación expresa de la Constitución o, como es más frecuente, **negativamente**, deduciendo la legitimidad de la diferencia de trato del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso de la misma. «Las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas **una finalidad no contradictoria con la Constitución** y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin perseguido» (STC 179/2004, de 21 de octubre, Pleno, Ponente: Manuel Aragón Reyes).

El art. 14 CE impone, para permitir el trato dispar de situaciones homologables, la concurrencia de una **doble garantía: la razonabilidad y la proporcionalidad** de la medida, lo que impide diferenciar entre situaciones que pueden considerarse iguales sin una justifi-

ficación objetiva y razonable o «desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida», no basta la licitud del fin perseguido, «es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin [...] evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos» (STC 179/2004, de 21 de octubre, Pleno, Ponente: Manuel Aragón Reyes). Además de su razonabilidad, la diferenciación no debe llevar a consecuencias manifiestamente desproporcionadas que la hagan constitucionalmente rechazable, poniendo en relación la finalidad que persigue la norma con la diferencia de trato que establece.

Con otras palabras, «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, **en términos no inconsistentes** con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, Pleno, Ponente: Vicente Gimeno Sendra, y 59/2008, de 14 de mayo, Pleno, Ponente: Pascual Sala Sánchez). «Solo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un **desequilibrio patente y excesivo o irrazonable** [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, Pleno, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; 161/1997, de 2 de octubre, Pleno, Ponente: ídem; 136/1999, de 20 de julio, Pleno, Ponente: María Emilia Casas Baamonde, y 59/2008, de 14 de mayo, Pleno, Ponente: Pascual Sala Sánchez).

En suma, detectada la diferencia de trato y admitida la legitimidad de la finalidad con ella perseguida, se sigue un tipo **de control que**

no siempre se plantea de manera uniforme, pero que parece descansar sobre dos bases: la **adecuación de la medida** a los fines legítimos propuestos —control de idoneidad no siempre explícito— y el **ajuste entre la finalidad de la medida y la restricción de derechos** que la desigualdad introduce, todo ello basado en criterios razonables, según criterios de valor generalmente aceptados (SSTC 49/1982, de 14 de julio, Sala Segunda, Ponente: Luis Díez-Picazo, y 75/1983, de 3 de agosto, Pleno, Ponente: Ángel Escudero del Corral). Todo ello teniendo en cuenta que, por lo general, no se trata de un control de optimización o de menor lesión posible, sino de adecuación medios/fines en un contexto de proclamado respeto a la libertad del legislador que preside todo el juicio de igualdad.

VI. LOS DESTINATARIOS DE LA IGUALDAD

El principio y el derecho a la igualdad plantean la cuestión de quiénes son titulares del mismo y quiénes están obligados a respetarla. La respuesta parece sencilla, el art. 14 CE se refiere a los «españoles» y el art. 53.1 CE se refiere a los «poderes públicos». Sin embargo, la práctica constitucional ha mostrado que el asunto es bastante más complejo.

Titulares del derecho son, en principio, los ciudadanos **españoles**. Siguiendo la tradición republicana, y la de otras Constituciones próximas como la italiana, el art. 14 CE se refiere a los españoles, lo que podría interpretarse como voluntad de exclusión de los no españoles de la protección constitucional de la igualdad. Sin embargo, la Constitución, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, ha aceptado la idea de la existencia de unos derechos humanos, o derechos inherentes a la persona («existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos») de los que no podrían ser excluidos los **extranjeros**, aunque otros derechos se reconocen solo a los nacionales o

no se reconocen directamente a los extranjeros, o no en su goce en igualdad de condiciones que los españoles (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, Ponente: Francisco Rubio Llorente), pues el reconocimiento del derecho no impide matizaciones o especialidades en función de la extranjería.

Desde luego, los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio son titulares de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona humana, que, conforme al art. 10.1 CE, constituyen el fundamento del orden político. Según el Tribunal Constitucional «derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles». En otros derechos constitucionales pueden establecerse restricciones o modulaciones y esta es una tarea encomendada al legislador, disponibilidad por el legislador del derecho que no supone su desconstitucionalización, «los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo constitucionales y, por tanto, dotados [...] de la protección constitucional» (STC 104/1987, de 17 de junio, Sala Primera, Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

No hay duda de que **la igualdad tiene su base en la igual dignidad de los seres humanos** y que hay una tendencia en la normativa internacional de derechos humanos de una protección de derechos fundamentales de los no nacionales, de modo que los extranjeros no pueden ser excluidos del derecho a la igualdad (SSTC 159/1994, de 23 de mayo, Sala Primera, Ponente: Pedro Cruz Villalón; 130/1995, de 11 de septiembre, Sala Segunda, Ponente: José Gabaldón López, y 130/2000, de 16 de mayo, Sala Segunda, Ponente: Tomás S. Vives Antón), con independencia de que **resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los español-**

les», diferencia de trato que puede resultar directamente de otros preceptos constitucionales o de decisiones del legislador constitucionalmente legitimado para utilizar la nacionalidad no española (o en su caso no comunitaria) como criterio de diferenciación, pero respetando los límites constitucionales expresos o las propias exigencias de razonabilidad del art. 14 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno, Ponente: María Emilia Casas Baamonde).

El derecho a la igualdad se ha reconocido no solo a las personas físicas, sino también a entidades privadas, pero **no a los entes públicos**, que «no pueden ser considerados titulares del derecho proclamado en el art. 14 CE» (SSTC 139/2005, de 26 de mayo, Pleno, Ponente: Manuel Aragón Reyes, y 45/2007, de 1 de marzo, Pleno, Ponente: Eugeni Gay Montalvo).

En cuanto a sus destinatarios o sujetos pasivos, según reiterada doctrina constitucional son **los poderes públicos**, de forma directa e incondicionada. No los sujetos privados, ni, por ello, la autonomía contractual (SSTC 59/1982, de 28 de julio, Sala Primera, Ponente: Ángel Escudero del Corral, y 34/1986, de 21 de febrero, Sala Primera, Ponente: Rafael Gómez Ferrer Morant). En la igualdad en la ley, el destinatario principal del mandato de igualdad es el legislador (SSTC 144/1988, de 12 de julio, Sala Primera, Ponente: Francisco Rubio Llorente, y 110/2004, de 30 de junio, Pleno, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas). También la Administración, en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, encuentra un vínculo de parecida naturaleza (SSTC 50/1986, de 23 de abril, Sala Primera, Ponente: Francisco Rubio Llorente; 57/1990, de 29 de marzo, Sala Primera, Ponente: Francisco Tomás y Valiente, y 293/1993, de 18 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo).

Resulta de aplicación, aunque con matices, a actos de la autonomía colectiva, dada su especial relevancia constitucional y su trascen-

dencia en las relaciones laborales. Es señaladamente el caso de los **convenios colectivos** estatutarios (STC 119/2002, de 20 de mayo, Sala Primera, Ponente: Fernando Garrido Falla). «En el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad» (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Gloria Begué Cantón; 171/1989, de 19 de octubre, Sala Primera, Ponente: Fernando García Mon y González Regueral, y 2/1998, de 12 de enero, Sala Segunda, Ponente: Fernando García Mon y González Regueral). Ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles (STC 27/2004, de 4 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Tomás S. Vives Antón).

El **contenido** propiamente dicho del derecho a la igualdad ante la ley no tiene el alcance de imponer una igualdad a toda costa, rigurosa, en el ámbito de un Estado compuesto, por el ejercicio por las **Comunidades Autónomas** de las competencias que tienen asumidas constitucionalmente. La **divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad** (STC 76/1986, de 9 de junio, Pleno, Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer). Uno es el ámbito propio del principio constitucional de igualdad del art. 14 y otro el alcance de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las diver-

gencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias (los arts. 139.1, 149.1.1.^a y 149.1.18.^a, que aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía) (STC 122/1988, de 22 de junio, FJ 5, Sala Segunda, Ponente: Ángel Latorre Segura). **La igualdad integradora de las autonomías territoriales no puede identificarse con la del art. 14 CE** (que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas), ni cabe tampoco sostener que la igualdad en la ley y ante ley resulte menoscabada a resultas de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias (STC 247/2007, de 12 de diciembre, Pleno, Ponente: Elisa Pérez Vera).

VII. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El mandato de igualdad no solo se dirige a los poderes públicos normadores, sino también a los poderes públicos **en el momento de aplicación de las normas jurídicas**, lo que se ha venido en llamar igualdad en la aplicación de la ley, objeto también de una abundantísima jurisprudencia constitucional, que ha generado una doctrina más formalista pero más estable que la de la igualdad en la ley, «formando un corpus bastante seguro y consistente, aunque de alguna complejidad» (SUAY, 1991, 869). Los poderes públicos están obligados a aplicar de igual modo la misma norma a supuestos equiparables, exigiéndose aquí también **la razonabilidad de la diversidad de trato frente a un mismo mandato jurídico** que ha de ser aplicado por el operador jurídico sea este la Administración, sea el órgano judicial, sin distinción de personas. La jurisprudencia constitucional se ha centrado sobre todo en la lesión del principio de

igualdad en la aplicación judicial de la ley, también por la conexión del tema con los derechos reconocidos en el art. 24 CE.

Esta faceta de la igualdad no afecta a la falta de respeto por el órgano judicial del principio de legalidad, que le lleve a decisiones manifiestamente infundadas y arbitrarias, sin base legal alguna y equivalentes a una denegación de justicia contraria al art. 24 CE, como sería un discurrir incoherente, impropio de la lógica jurídica, sin objetividad y con error notorio (STC 29/2000, de 31 de enero, Sala Primera, Ponente: María Emilia Casas Baamonde), sino a la **existencia de una diferencia de trato entre justiciables en situaciones comparables** al haber el mismo órgano la misma norma en una situación comparable de forma caprichosamente diferente.

No es misión del Tribunal Constitucional censurar la interpretación de la ley ni revisar la estructura de las decisiones judiciales (STC 29/2000, de 31 de enero, Sala Primera, Ponente: María Emilia Casas Baamonde), y debe respetar la independencia judicial y también la función nomofiláctica propia del Tribunal Supremo, solo le corresponde examinar en su caso la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de los órganos judiciales, derecho garantizado por el art. 14 CE. Según doctrina consolidada, para que se dé tal vulneración es preciso **que las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial, que los supuestos en ellas resueltos guarden entre sí una identidad sustancial y que la resolución en que se produce el cambio de criterio que se recurre en amparo no ofrezca fundamentación adecuada que justifique dicho cambio, a fin de excluir tanto la arbitrariedad como la inadvertencia del mismo por los justiciables** (SSTC 66/1987, de 21 de mayo, Sala Segunda, Ponente: Luis López Guerra; 102/1987, de 17 de junio, Sala Primera, Ponente: Francisco Rubio Llorente; 161/1989, de 16 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Francisco Rubio Llorente; 126/1992, de 28 de septiembre, Sala Primera, Ponente: Vi-

cente Gimeno Sendra; 218/1992, de 1 de diciembre, Sala Segunda, Ponente: Luis López Guerra; 235/1992, de 14 de diciembre, Sala Segunda, Ponente: ídem, y 90/1993, de 15 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo).

El Tribunal Constitucional ha procurado sistematizar su «consolidada» doctrina sobre la igualdad en la aplicación de la ley en las SSTC 29/2005, de 14 de febrero, Sala Segunda, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas; 146/2005, de 6 de junio, Sala Segunda, Ponente: Elisa Pérez Vera; 27/2006, de 30 de enero, Sala Segunda, Ponente: ídem; 2/2007, de 15 de enero, Sala Primera, Ponente: Javier Delgado Barrio, 31/2008, de 25 de febrero, Sala Segunda, Ponente: Pascual Sala Sánchez, y 13/2011, de 28 de febrero, Ponente: Ramón Rodríguez Arribas) en extensas síntesis de doctrina en que unas sentencias se enlazan con otras.

De acuerdo con esa consolidada doctrina, para poder comprobar la lesión se precisa:

— La acreditación de un *tertium comparationis*, el juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues solo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro (STC 27/2006, de 30 de enero, Sala Segunda, Ponente: Elisa Pérez Vera); idéntica manifestación en sentencia anterior (STC 78/1984, de 9 de julio, Sala Segunda, Ponente: Luis Díez-Picazo).

— La **identidad de órgano judicial**, no solo de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de estas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley. Solo respecto al mismo órgano cabe valorar si la divergencia

de criterio en la decisión judicial es fruto de la libertad de apreciación propio del juzgador (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos o un cambio puramente arbitrario, carente de fundamento suficiente y razonable. «Es decir, en expresión popular, la utilización por el mismo órgano judicial de una doble vara de medir» (SSTC 152/2002, de 15 de julio, Sala Segunda, Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez, y 106/2003, de 2 de junio, Sala Segunda, Ponente: Eugeni Gay Montalvo).

— La **existencia de alteridad** en los supuestos contrastados es exigible en todo alegato de desigualdad en la aplicación de la ley, «la referencia a otro»; no cabe la comparación del justiciable consigo mismo (SSTC 1/1997, de 12 de enero, Sala Segunda, Ponente: Rafael de Mendizábal Allende; 64/2000, de 13 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, y 111/2002, de 6 de mayo, Sala Segunda, Ponente: ídem).

— La **inexistencia de motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio**, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual. El tratamiento desigual ha de concretarse en la **quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado** y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (SSTC 54/2006, de 27 de febrero, Sala Primera, Ponente: Javier Delgado Barrio, y 27/2006, de 30 de enero, Sala Segunda, Ponente: Elisa Pérez Vera), respondiendo a una *ratio decidendi* solo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad. Es de destacar la progresiva traslación a primer término de la arbitrariedad de la decisión, de la **acepción de personas**, el «que se haya producido un cambio de criterio inmotivado o con una motivación *intuitu personae*» (STC 75/2000, de 27 de marzo, Sala Segunda, Ponente: Rafael de

Mendizábal Allende), y como garantía de que ello no es así se impone una motivación de cambio general de criterio para el futuro a fin de excluir la arbitrariedad y también la inadvertencia, o sea, el cambio irreflexivo o arbitrario.

Ello lleva a afirmar que **«el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro**, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*» (STC 117/2004, de 12 de julio, Sala Segunda, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas), «siendo ilegítimo (el cambio) si constituye tan solo una **ruptura ocasional** en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad (STC 201/2001, de 15 de octubre, Sala Segunda, Ponente: Rafael de Mendizábal Allende) y no como fruto de un mero **voluntarismo selectivo** frente a casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 117/2004, de 12 de julio, Sala Segunda, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, y 76/2005, de 4 de abril, Sala Segunda, Ponente: Ramón Rodríguez Arribas). En suma, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional **no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada** de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada» (STC 31/2008, de 25 de febrero, Sala Segunda, Ponente: Pascual Sala Sánchez).

No existirá lesión de la igualdad si se está ante un cambio de criterio con vocación de generalidad. Es **exigencia del principio de igualdad** en la aplicación de la ley que el órgano judicial ofrezca una **justificación suficiente del cambio de criterio** judicial, lo

que se vincula con la exigencia constitucional de motivación de las decisiones judiciales (art. 24.1 CE), al privarse al justiciable de una justificación de la diferencia de trato sufrida.

La motivación en principio habría de ser **expresa**, exteriorizando las razones que han llevado a un cambio de criterio judicial, aun sin cambio normativo, considerándose razonable la evolución de la interpretación de la norma o incluso de corregir errores anteriores (STC 30/1987, de 11 de marzo, Sala Primera, Ponente: Francisco Rubio Llorente) para evitar toda sospecha de arbitrariedad, pero su exigencia viene impuesta ante todo por el art. 24.1 CE, pues al margen de la igualdad toda decisión judicial debe ser motivada y basada en razonamientos generalizables de carácter objetivo. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha admitido una motivación **implícita** del cambio de criterio, cuando esas razones se deduzcan de la propia resolución judicial, pero también incluso «de otros **elementos de juicio externos**, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como **solución genérica aplicable en casos futuros** y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso» (STC 31/2008, de 25 de febrero, Sala Segunda, Ponente: Pascual Sala Sánchez).

La posibilidad de justificar no solo implícitamente sino también indirectamente un cambio de criterio judicial, que no se deduzca de la propia resolución judicial, sino de factores externos a la misma para poder deducir el carácter consciente y reflexivo del cambio, «pone en tela de juicio el desarrollo del principio de igualdad en la aplicación de las normas» (Zoco, 2003, 213).

En suma, y con palabras del Tribunal Constitucional, lo invariablemente exigido es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales. Lo que prohíbe el principio de igualdad en

la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, una «ruptura ocasional» en una línea precedente, pero «el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mante-

nido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*» (STC 27/2006, de 30 de enero, Sala Segunda, Ponente: Elisa Pérez Vera).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, XI Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

AA. VV., *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.

BAÑO LEÓN, J. M., «La igualdad como derecho público subjetivo», *RAP*, núm. 114, 1987.

GAVARA DE CARA, J. C., *El término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.

GONZÁLEZ BEILFIS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, 2000.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite al legislador», *REDC*, núm. 9, 1983, págs. 71-114.

MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la jurisprudencia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000.

NIKOLAIDIS, Ch., *The Right to Equality in European Human Rights Law*, Routledge, 2015.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007.

OLLERO TASSARA, A., «La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 87, 2006.

RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional europeo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RUBIO LORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: introducción», *REDC*, núm. 31, 1991, págs. 9-36.

SUAY RINCÓN, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios García de Enterría*, Madrid, 1991, II, págs. 837-892.

VILLACORTA MANCEBO, L., «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», *REP*, núm. 130, 2005.

ZOCO ZABALA, *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de las sentencias*, J. M. Bosch, Barcelona, 2003.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Sumario: I. El sentido del precepto en la primera doctrina. II. El cambio de doctrina o la importancia de dos sentencias de amparo. III. El sentido de la prohibición de discriminación. 1. La influencia comunitaria. 2. Rasgos de la figura. 3. Clases. 4. Remedios. 5. Tutela judicial: carga de la prueba y relaciones laborales. IV. Las causas de la discriminación. 1. Las causas expresamente enunciadas. 2. La cláusula general antidiscriminatoria.

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. EL SENTIDO DEL PRECEPTO EN LA PRIMERA DOCTRINA

En la Constitución Española, art. 14.2, se recoge una **prohibición de discriminar por una serie de motivos** que, enunciados en parte por el constituyente, culminan en una **cláusula abierta**: cualquier otra condición o circunstancia, personal o social. Con ello, nuestra Norma Fundamental se hace eco de una numerosa serie de **tratados internacionales** que han hecho frente al fenómeno, prohibiéndolo, desde la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948), art. 2; hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 2.1; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 2.2. También, en el ámbito regional europeo, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos del Hombre (1950), art. 14, y su fundamental Protocolo 12 (2006), cuyo respeto es asumido por la propia Unión Europea, art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) y la amplia Carta Comunitaria de Derechos de los Ciudadanos, Capítulo III, especialmente art. 21. Y, en el terreno de las organizaciones internacionales especializadas, el fundamental Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo,

sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, que contiene una de las más avanzadas definiciones de lo que sea la discriminación, que ha estado en la base (no siempre explícita) de la elaborada en otros contextos internacionales.

De todos es sabida la especialísima trascendencia que la igualdad presenta en nuestra Constitución, desde la proclamación como Estado social de Derecho, uno de cuyos valores superiores es precisamente la igualdad, que ha de ser promovida por los poderes públicos (art. 9.2 CE), hasta la puntual mención de la igualdad como marco aplicativo o criterio interpretativo de otros numerosos preceptos. Sin embargo, la recepción de la prohibición de discriminación en el texto constitucional no tiene lugar principal, en un precepto o apartado de precepto propio y diferenciado. Forma parte, casi sin solución de continuidad, del art. 14 CE, en el que, sin mayor virtud sistemática, se integran la proclamación del principio de igualdad en y ante la ley, y la prohibición de discriminación, que se hace patente, en su segundo inciso, con una fórmula contundente: «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o cir-

cunstancia personal o social». Un derecho que, como la igualdad, viene expresamente reconocido a «los españoles».

Con esta opción sistemática, la propia CE ha dado origen a una **interpretación original por parte del Tribunal Constitucional** en la que aparecía confundida con el juego del principio de igualdad, como una variante del mismo, todo lo más, necesitado de una interpretación más rigurosa de la razonabilidad de los tratamientos diferenciados establecidos en base a alguna de las causas enunciadas en el art. 14 CE. Con este punto de partida se prescindía del valor descriptivo de determinados y arraigados males sociales que conducen a la victimización de colectivos enteros de personas por la sola pertenencia a un grupo dado, y se neutralizaba lo que en esta prohibición hay de emancipador y liberador, de búsqueda de la efectiva integridad de los derechos asociados a la ciudadanía de los colectivos discriminados, tan directamente enlazada con el mandato del art. 9.2 CE. Una visión, por cierto, inherente a los instrumentos internacionales que se han enunciado al principio, como se desprende de sus textos y de los debates que condujeron a su elaboración.

Los factores de diferenciación enunciados en el art. 14 CE eran, entonces, solo factores prohibidos de diferenciación que jugaban por igual sobre todo sujeto en el que recayera, sin tener en cuenta su condición social y su situación de preterición y minusvaloración. Ello dio origen a una corriente jurisprudencial que se manifestó especialmente en relación con el sexo como causa de discriminación, y, más en particular, en el ámbito laboral: **la jurisprudencia del «varón discriminado»** de que hablara ALONSO OLEA. Es en este contexto donde se produce la afirmación de que «la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14» (STC 81/1982, de 21 de diciembre, Sala Segunda, Ponente: L.

Díez-Picazo Ponce de León). La sentencia se refería a la irrazonabilidad de la retribución diferenciada de horas extraordinarias de auxiliares sanitarios femeninos en comparación con sus colegas masculinos y probablemente su conclusión fuera acertada, aunque no su razonamiento, que condujo a numerosas resoluciones *planas* en las que el sujeto discriminado era (por lo que hace a la causa examinada) el hombre. Por poner un ejemplo de esta línea doctrinal, baste citar las resoluciones judiciales vinculadas a materias tan importantes como, por ejemplo, la titularidad de las pensiones de viudedad de la Seguridad Social, en relación con la cual se afirma que «la hipotética presunción *iuris et de iure*, de necesidad de la mujer, que se quiera fundar en datos sociológicos y en la realidad histórica, tampoco ofrece por sí solo un fundamento suficiente y es, además, justamente lo contrario de la igualdad preconizada en el art. 14» (STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6, Pleno, Ponente: L. Díez-Picazo Ponce de León, conclusión rebatida en varios votos particulares; en la misma línea y sobre la misma materia, STC 104/1983, de 23 de noviembre, Pleno, Ponente: A. Escudero del Corral).

II. EL CAMBIO DE DOCTRINA O LA IMPORTANCIA DE DOS SENTENCIAS DE AMPARO

Esta situación cambia sustancialmente (y en eso existe unanimidad doctrinal y en la jurisprudencia del propio TC) con la **STC 128/1987**, de 16 de julio (Sala Segunda, Ponente: L. López Guerra), que señala el final de la etapa del «varón discriminado» y añade elementos conceptuales básicos de lo que sea la discriminación prohibida en palabras que serán citadas numerosas veces en la jurisprudencia posterior. «El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos. [...] Esta referencia constitu-

cional expresa no implica [...] la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una **explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE» (FJ 5). Se debatía en el caso la licitud constitucional de la reserva a las trabajadoras con hijos de un complemento de guardería, que solo se reconocía a los hombres en el caso de ser viudos o divorciados, todo ello desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo. La tesis de esta sentencia es que «no debe ciertamente olvidarse que la expresada exclusión de discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo». Desde esta perspectiva, las normas referidas al trabajo femenino necesitan evaluarse cuidadosamente, porque hay reglas que «refleja(n) los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral», «partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares», reglas que por lo mismo inciden en la discriminación ahondándola. Hay otras, en cambio, que responden a un tratamiento diverso de situaciones distintas que «puede venir incluso exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las

condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» (FJ 7). En el caso, «la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo [...] en tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños» (FJ 10).

En la misma, pero con un mayor nivel de detalle conceptual, otras sentencias posteriores profundizan en la noción de discriminación. De este modo, la **STC 145/1991**, de 1 de julio (Sala Segunda, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), dictada en un caso de diferencias retributivas que hacían de peor condición a las mujeres que a los hombres por trabajos, en el caso, iguales. Según la sentencia citada, «la prohibición constitucional de discriminación [...] se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no solo la noción de **discriminación directa**, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la **discriminación indirecta**, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo», y a ambas modalidades debe abarcar el control judicial (FJ 2), de modo porque «el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarca así también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equi-

valentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y de las condiciones de la prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo [...] y en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino» (FJ 4).

A partir de las dos sentencias que se acaban de citar se inaugura una línea jurisprudencial que llega al día de hoy y a la que nos referiremos en exclusiva a partir de ahora.

III. EL SENTIDO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. La influencia comunitaria

Como se ha visto en las sentencias citadas arriba, la noción de discriminación viene vinculada desde su origen con la idea de igualdad material (art. 9.2 CE) en la medida en que su erradicación exige una tarea de remoción de obstáculos y de promoción de la igualdad que particularmente recae sobre los poderes públicos. Por ello es frecuente que en los casos en que se examinan supuestos de discriminación se invoque el art. 9.2 CE (SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, Sala Primera, Ponente: C. de la Vega Benayas, FJ 5, o 28/1992, de 9 de marzo, Sala Segunda, Ponente: J. L. de los Mozos y de los Mozos, FJ 3), pero, como se ha visto en relación con el art. 9.2 CE, la fuerza del concepto de discriminación, y su carga equiparadora es tal que progresivamente la intervención pública se ha basado constitucionalmente en el propio art. 14 CE. Lo que no ha impedido que, en paralelo, la prohibición de discriminar por el ejercicio de otros derechos fundamentales haya acabado absorbida en la tutela de éstos, fuera del art. 14.2 CE. Así, en relación con los arts. 23.2 o 28.1 CE, STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 3, Pleno, Ponente: J. Rodríguez Zapata Pérez.

En la **elaboración de las nociones** y las clases de discriminación el TC ha manejado, ob-

viamente, **Tratados internacionales**, como canon interpretativo a la luz de lo preceptuado en el art. 10.2 CE. El problema es que la mayor parte de los tratados (salvo los muy específicos, como los dedicados en el seno de la ONU a la erradicación de la discriminación por razón de raza, sexo o discapacidad) no contienen definiciones detalladas más allá de la pura prohibición de discriminar. Por eso es indiscutible que en relación con la prohibición de discriminación el **influjo determinante ha venido del Derecho comunitario**: del texto de los tratados, pero, sobre todo, del de Directivas antidiscriminatorias (relativas al sexo en la mayor parte, aunque recientemente extendidas a otras causas de discriminación) y de una abundante referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en adelante, TJCE). En este sentido, el TC se ha decantado por una pragmática e implícita matización de su tesis de separación de ordenamientos y de control de legalidad relativo separado para ambos (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, Pleno, Ponente: V. Conde Martín de Hijas, FJ 3, y antes STC 28/1991, de 14 de febrero, Pleno, Ponente: J. Leguina Villa). En el ámbito de la discriminación es inexcusable subrayar la importancia que han tenido el Derecho comunitario y también incluso documentos comunitarios sin rango normativo, por ejemplo, en materia de acoso, la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 para la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 3, Sala Segunda, Ponente: R. Mendizábal Allende). La cita de los referentes comunitarios no se produce por conexión con el art. 10.2 CE; tiene lugar como al desgaire, a mayor abundamiento, pero no es dudoso el fenómeno de importación de categorías teóricas y de proyección de las mismas bajo el amparo del art. 14 CE (por ejemplo, SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 4, Sala Primera, Ponente: M. E. Casas Baamonde, o 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, Sala Segunda, Ponente: E. Pérez Vera). En este sentido, una vez que se ha interioriza-

do la categoría teórica, su proyección se produce respecto de la totalidad de causas de discriminación, y no solo el sexo, para la que primeramente se formularon en los textos comunitarios.

2. Rasgos de la figura

En parte ya se ha descrito con las referencias a las SSTC 128/1987 y 145/1991, pero lógicamente se ha perfeccionado con el paso del tiempo. La discriminación consiste en «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 [...] por el art. 14 CE» (STC 182/2005, de 4 de julio, citada, FJ 3, con amplia cita de jurisprudencia en este sentido; asimismo, STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4, Sala Primera, Ponente: J. Delgado Barrio). Por esta razón se cualifica por el resultado peyorativo de la posición jurídica de un colectivo o un miembro de un colectivo victimizado y «no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta [...] en estos casos lo que se compara «no son los individuos» sino grupos sociales» (STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7, Pleno, Ponente: V. Conde Martín de Hijas). Es característico de la prohibición de discriminación el enunciado de una serie de factores prohibidos de diferenciación, pero no se trata de un listado cerrado desde luego en el art. 14 CE, dada su cláusula abierta (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, Pleno, Ponente: V. Conde Martín de Hijas, y 41/2006, de 13 de febrero, citada, FJ 3). La referencia de la discriminación a colectivos víctimas impone evaluar las medidas de promoción o equiparación en el mismo sentido global: «la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, solo

puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar» (STC 269/1994, de 3 de octubre, Sala Primera, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, FF. JJ. 2 y 4). La prohibición de discriminación, a diferencia del principio general de igualdad «que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato», implica «un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que impone(n) como fin y generalmente como medio la parificación» (STC 200/2001, de 4 de octubre, citada, FJ 4; en el mismo sentido, STC 154/2006, de 22 de mayo, citada, FJ 6, entre otras muchas). La prohibición de discriminación por los motivos descritos impide por lo general su uso como criterios de diferenciación, aunque es posible que tal uso se produzca y en ese caso «la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torno aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE» (STC 200/2001, de 4 de octubre, citada, FJ 4); «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» (STC 182/2005, de 4 de julio, citada, FJ 3). El ámbito en que opera se describe con una apreciable generalidad: puede nacer de una norma, pero también de la interpretación de una norma (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, Sala Primera, Ponente: J. Delgado Barrio); «resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por diferenciación”, al no consagrar el principio

de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4, Sala Primera, Ponente: P. Pérez Tremps). También vincula a los Convenios Colectivos (STC 28/1992, de 9 de marzo, Sala Segunda, Ponente: J. L. de los Mozos y de los Mozos). Incluso vincula a la autonomía privada (STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 1, Sala Segunda, Ponente: F. Rubio Llorente, o STC 5/2007, de 15 de enero, FJ 2, Sala Primera, Ponente: P. Pérez Tremps); en este sentido, numerosas veces se ha hecho constar hasta qué punto vincula la prohibición en el ejercicio de los poderes que al empleador otorga el contrato de trabajo y su titularidad sobre la organización productiva (por todas, STC 182/2005, de 4 de julio, citada, FF. JJ. 7 y 8). Y también la Administración queda vinculada por la prohibición (STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 8, Sala Primera, Ponente: M. Aragón Reyes). Para empresario y Administración, el efecto del art. 14 CE se despliega sobre el ejercicio de poderes causales, pero también discrecionales (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, Sala Segunda, Ponente: E. Pérez Vera). Abarca también a las facultades legalmente reconocidas al empresario (STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 7), o en relación con la permanencia en puestos de libre designación (STC 168/2006, de 5 de junio, citada, FF. JJ. 8 y 9) «en el ámbito de las relaciones entre los empleados públicos y la Administración [...] el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de los servicios no modifica la exigencia» como tampoco lo hace «la naturaleza de un puesto de libre designación» (STC 168/2006, de 5 de junio, citada, FJ 8).

3. Clases

La distinción entre discriminación directa e indirecta queda firmemente establecida desde la STC 145/1991, de 1 de julio, citada, y permanece en la actualidad (por todas, SSTC

253/2004, de 22 de diciembre, FJ 7, Pleno, Ponente: J. Rodríguez Zapata Pérez; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, Sala Primera, Ponente: J. Delgado Barrio, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 3, Sala Primera, Ponente: M. E. Casas Baamonde). También las ocultas, en las que no es manifiesto el motivo último de discriminación, por ejemplo, en relación con la raza «hemos rechazado rotundamente que, bajo el manto protector de la libertad ideológica o de la libertad de expresión (art. 20 CE) puedan cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo» (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 7, Sala Segunda, Ponente: G. Jiménez Sánchez). La discriminación múltiple, como resultante del juego conjunto de dos causas de discriminación, que generan una tercera específica y distinta de las otras dos en su respectivo juego singular, no ha recibido todavía acogida en nuestro país, sin perjuicio de que el TC señale la existencia de una «discriminación múltiple» que en realidad es un caso de doble discriminación por acumulación de causas individuales independientes (Sentencia 3/2018, de 22 de enero, Sala Segunda, Amparo, Ponente: Ricardo Enríquez Sánchez). La discriminación por asociación, en cambio, comienza a aparecer en relación con el reconocimiento a varones de derechos de cuidado y eventuales perjuicios por esta causa. Así, STC 26/2011, de 14 de marzo, Sala Primera, Amparo, Ponente: Manuel Aragón Reyes. Ello aunque lo haga con menos claridad que la utilizada por el TJUE caso *Chez*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, Asunto C-83/14 ECLI: EU: C:2015:480. Finalmente, con plasmación legal, pero también en la jurisprudencia constitucional, los acosos en sus diversas modalidades y en sus diversas causas son considerados supuestos de discriminación.

4. Remedios

La prohibición de discriminación impone a los poderes públicos la obligación de suprimirla y corregir sus efectos. Por lo general, y

sobre todo en relación con el legislador, su poder de configuración es amplio, aunque, excepcionalmente, el TC ha recordado que «si bien no cabe, por lo general, medir *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, Sala Primera, Ponente: C. de la Vega Benayas). Normalmente, la constatación de la existencia de una discriminación conlleva la nulidad del acto en que se materializa. También es posible una defensa activa frente a la discriminación puesta en ser por los poderes públicos. Esa defensa activa puede tener diversos alcances y se diversifica en consecuencia el canon de constitucionalidad. Es posible, por ejemplo, la existencia de medidas protectoras de la trabajadora si responden a una adecuada finalidad antidiscriminatoria, no en cambio cuando la medida protectora «puede(n) suponer en sí misma(s) una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo», que «resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que el privilegio instituido a favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella» (STC 3/1993, de 14 de enero, FJ 3, Pleno, Ponente: C. de la Vega Benayas). Es posible asimismo introducir medidas compensatorias de las dificultades actuales de acceso y permanencia en el trabajo de la mujer con hijos (para el permiso de lactancia, STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 3, Pleno, Ponente: J. Galdón López). Y es posible asimismo introducir medidas directas de promoción del colectivo discriminado: «la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejem-

plo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida [...] 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» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5, Sala Primera, Ponente: C. de la Vega Benayas). Específicamente en relación con las medidas de favorecimiento de la mujer trabajadora, «la maternidad, y por lo tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4, citada), aunque este deba ser defendido en caso de adopción de discriminación derivada de su asunción del cuidado de familiares (STC 26/2011, de 14 de marzo, Sala Primera, citada). Entre las posibles medidas favorecedoras la introducción de medidas de acción positiva, o directamente, de cuotas, a favor del colectivo discriminado ha sido admitida en la generalidad de los tratados sobre causas específicas de discriminación: así, Convenio Internacional para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), art. 4; Convenio Internacional para la erradicación de la discriminación racial (1966), art. 1.4; o el Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), art. 4.4. Y en el plano comunitario, el art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, proclama esta posibilidad, si bien en relación con la mujer y en el plano laboral, en la misma línea que el art. 22 de la Carta Comunitaria de Derechos fundamentales. En relación con la posible existencia de reserva de plazas a personas con discapacidad en el acceso a la función pública, el TC ha tenido ocasión de afirmar que «la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al tra-

bajo [...] no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado» (STC 169/1994, de 3 de octubre, FJ 4, Sala Primera, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

5. Tutela judicial: carga de la prueba y relaciones laborales

Desde el punto de vista de la tutela judicial frente a la discriminación, el TC ha recordado la necesidad de que los Jueces valoren adecuadamente la dimensión constitucional de la cuestión que se les plantea. Incluso no solo en relación con el art. 14 CE, de modo que, en relación con la adaptación horaria solicitada por una mujer para cuidado de un hijo menor, ha sostenido el TC que «los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde» (STC 3/2007, de 15 de enero, citada, FJ 5).

La mayor cantidad de jurisprudencia se ha generado, sin embargo, en torno a la cuestión de la carga de la prueba de la discriminación, particularmente en el ámbito laboral, desde la doble perspectiva de qué es lo que ha de ser probado, y de qué medios de prueba son adecuados a este fin. Una extensa síntesis de doctrina se contiene en la STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4, Sala Primera, Ponente: M. Aragón Reyes, acerca de una discriminación por motivos sindicales: «hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental [...] principio de prue-

ba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido. [...] Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. [...] La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental» (STC 168/2006, de 5 de junio, citada, FJ 6; en la misma línea, STC 41/2006, de 13 de febrero, FF. JJ. 5 y 6, citada, en un caso de «despido pluricausal»).

IV. LAS CAUSAS DE LA DISCRIMINACIÓN

La evaluación de conjunto de la doctrina del TC acerca del art. 14.2 CE evidencia hasta qué punto, de entre todas las causas posibles de discriminación, es el sexo la que originado más pronunciamientos y, sin duda por la influencia comunitaria, ha incorporado más técnicas y recursos interpretativos en la elaboración de la noción misma de discriminación y los remedios frente a estas conductas. No obstante, existe jurisprudencia sobre prácticamente todas las circunstancias mencionadas en la DUDH y en CEDH. Y en las Directivas 43 y 78/2000 sobre discriminación general. Es problemático el valor de estas últimas en la interpretación constitucional, pero existe el dato inexcusable de lo sucedido con las Directivas en materia de discriminación por razón de sexo, su recepción indirecta pero decidida en los fallos de las sentencias clave en la materia. Con esta precisión inicial, la elaboración de las causas de

discriminación en la jurisprudencia del TC podría sintetizarse así:

1. Las causas expresamente enunciadadas

Nacimiento/filiación. En el marco europeo la noción de nacimiento está más vinculada, sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH a las distinciones fundadas en la filiación, y a su impacto sobre el estatus jurídico del sujeto. Ya en la Sentencia *Marckx-Bélgica*, de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979, 2), serie A, núm. 31, el TEDH sostuvo que el «derecho a la vida familiar [...] implica que, dentro de ciertos límites, y para permitir el desarrollo de la vida familiar «el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento» en el sentido de filiación legítima o ilegítima», a la luz de convenios específicos en el ámbito internacional — muy especialmente de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño o el Convenio europeo sobre los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 1975—, pero sobre todo a la luz de la evolución de los ordenamientos de los países miembros del Consejo en relación con esta materia en el sentido de equiparar derechos de los ciudadanos con independencia de su filiación. El problema, sin embargo, se sigue presentando, y el TEDH sigue sentando la doctrina *Marckx*, por ejemplo, en el caso *Mazurek-Francia*, de 1 de febrero de 2000 (34406/1997), para un supuesto de diferencia entre los derechos sucesorios de hijos naturales y adulterinos, pues «solo razones muy fuertes podrían llevar a estimar compatible con la Convención una distinción fundada en el nacimiento» (FJ 49). En esa línea, sostiene el TC (STC 200/2001, de 4 de octubre, Pleno, Ponente: V. Conde Martín de Hijas, FJ 4): «dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, y más concretamente, dentro de la no discriminación por razón de nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación [SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 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]. Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación [...] 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 estos ante la Ley con independencia de su filiación [...]”, 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 intermedias» (en la misma línea, STC 154/2006, de 22 de mayo, Sala Primera, Ponente: J. Delgado Barrio, FJ 4).

Raza y origen étnico. Se trata de una noción que ha evolucionado en el contexto del TEDH, y en el plano internacional. De este modo, «el origen étnico o la raza son nociones vinculadas, secantes. Si la noción de raza encuentra su origen en la idea de una clasificación biológica entre seres humanos en subespecies según sus particularidades morfológicas (color de la piel, rasgos del rostro), el origen étnico se funda sobre la idea de grupos sociales que tienen en común una nacionalidad, una pertenencia tribal, una religión, una lengua, orígenes y medios culturales tradicionales» (§ 54). Asume el Tribunal, en efecto, que es posible contraponer una noción «dura» de raza, pero concluye afirmando que igualmente «la discriminación fundada sobre el origen étnico real o percibido constituye una discriminación racial» (§ 56) (Stedh *Timichev-Rusia*, de 13 de diciembre de 2005; casos 55762/00 y 55974/00). El TC no ha llegado a plantearse abiertamente qué es la noción de raza, pero la revisión de sus sentencias evidencia que comparte la noción amplia decantada en el TEDH. A rasgos físicos se refiere la STC 13/2001, de 29 de enero, Sala Segunda, Ponente: G. Jiménez Sánchez, referida a una persona de color, que recuerda que «aun advirtiendo de la prudencia con la que deben usarse las referencias de carácter étnico para evitar malentendidos, su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada,

no resulta por principio discriminatoria», usándose «el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española», y sin que «los funcionarios policiales desplegasen su actuación de forma desconsiderada, ofensiva o gratuitamente obstaculizante de la libertad de circulación de la demandante de amparo» (FJ 9). Al origen étnico se refiere la STC 69/2007, de 16 de abril, Sala Primera, Ponente: P. Pérez Tremps, descartando que sea una discriminación racial el no reconocer el legislador el matrimonio celebrado por el rito gitano a efectos de causar derecho a las prestaciones de viudedad de la Seguridad Social.

Sexo. Ya se ha visto antes cómo el sexo, como característica fisiológica que divide a los seres humanos, es una circunstancia diferenciadora examinada con intensa sospecha en la jurisprudencia del TC, y cómo, a partir de 1987, se entiende básicamente de una manera unilateral, que designa a la mujer como colectivo protegido (por todas, con un amplio resumen de doctrina, STC 253/2004, de 22 de diciembre, Pleno, Ponente: J. Rodríguez Zapata Pérez): «Tal tipo de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (STC 182/2005, de 4 de julio, Sala Primera, FJ 4, Ponente: M. E. Casas Baamonde), de modo que los tratamientos peyorativos asociados a la situación de embarazo, o a las bajas laborales derivadas de la situación de embarazo, son considerados discriminatorios (STC 17/2007, de 12 de febrero, FF. JJ. 3 y 6, Sala Primera, Ponente: M. E. Casas Baamonde). Es perceptible una extensión de la cobertura de la protección antidiscriminatoria al disfrute de los derechos reconocidos en las normas para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de las personas trabajadoras,

que sistematiza la STC 233/2007, de 5 de noviembre, Sala Segunda, Ponente: G. Jiménez Sánchez, FJ 7, de la forma siguiente:

«Existen diversos supuestos discriminatorios que, en esencia, se reconducen a un mismo concepto básico de contenido constitucional determinado por la existencia de una discriminación por razón de sexo:

1) La negación a la mujer trabajadora del disfrute de un derecho asociado a la maternidad constituirá un primer supuesto de discriminación [...].

2) Además de estos casos en que la trabajadora ve limitado un derecho asociado a la maternidad, pueden darse otros en los que resulten apreciables prácticas discriminatorias posteriores que tengan lugar pese al inicial reconocimiento y ejercicio del derecho [...].

3) Finalmente, con independencia del grado e intensidad del perjuicio que se haya podido ocasionar, el art. 14 CE resultará también lesionado si se acredita que el incumplimiento del régimen legal anteriormente descrito tiene una motivación discriminatoria.»

Como se afirma en la STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3, Sala Primera, Ponente: R. García Calvo: «la protección de la mujer no se limita a su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también [...] condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar probado cualquier perjuicio derivado de aquel estado».

Resulta difícil prever las consecuencias que pueda llegar a tener la recepción expresa del concepto de género en la STC 59/2008, de 14 de mayo, Pleno, Ponente: J. Delgado Barrio, FJ 10.b y c): «Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino [...] el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraiga desigualdad».

En el contexto de la discriminación por razón de sexo se genera también la calificación como discriminaciones de los supuestos de acoso sexual. Según la STC 224/1999, de 13 de diciembre, Sala Segunda, Ponente: R. Mendiábal Allende, FJ 5: «el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 CE), presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación». La STC 136/2001, de 18 de junio, Sala Segunda, Ponente: T. Vives Antón, FJ 5, define también el acoso sexual ambiental: «para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto».

Religión. Una de las causas de discriminación que integra el «núcleo duro» de estas recogido a escala internacional guarda una di-

rectísima relación con la libertad religiosa como derecho, siendo posible hallar razonamientos jurisprudenciales que entremezclan los arts. 14 y 16 CE. Ninguno de los dos preceptos impone un tratamiento diferenciado otorgando «prestaciones (sanitarias) de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias» (STC 166/1996, de 28 de octubre, FJ 5, Sala Segunda, Ponente: J. González Campos). La importante serie de sentencias que inicia la 38/2007, de 15 de febrero, Pleno, Ponente: M. E. Casas Baamonde, establece que «la facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas calificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. Siendo ello así, y articulada la correspondiente cooperación a este respecto (art. 16.3 CE) mediante la contratación por las Administraciones públicas de los profesores correspondientes, habremos de concluir que la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público» (FJ 9).

Opinión. Trasunto de la libertad ideológica, se trata asimismo de una causa de discriminación prohibida integrante del «núcleo duro» de las recogidas en los diversos textos internacionales. Obviamente, así también ha sido recibida en la jurisprudencia del TC, generando la nulidad de los actos de poderes públicos o privados que tengan en ella su origen. Así, en el contexto de la valoración de la prueba en un proceso, el TC sostiene que «el criterio por el cual se les niega todo valor probatorio contraviene claramente la prohibición de discriminación por motivos de opinión establecida en el art. 14 de la CE. Basta observar para llegar a esta conclusión que la descalificación como testigos no se deriva de las circunstancias específicas del caso o a las de las personas con-

cretas de quienes prestaron declaración, sino que se hace de una forma tan general y apriorística que equivale a afirmar que por el mero hecho de ser simpatizante o afiliado al Bloque Nacionalista Gallego ya se pierde toda objetividad e imparcialidad. A tenor de lo establecido en el art. 14 de la CE, ni el nacimiento, ni la raza, ni el sexo, ni la religión, ni la opinión, ni cualquier otra condición o circunstancia personal o social, justifican sin más la denegación apriorística del carácter objetivo e imparcial de una declaración testifical. Negar todo valor probatorio a una declaración por el simple hecho de provenir de afiliados o simpatizantes de un partido, sin otras consideraciones vinculadas al caso concreto, equivale a aplicar un criterio de valoración arbitrario que introduce una discriminación contraria a lo prevenido en el art. 14 de la Constitución y a las exigencias del derecho a un proceso justo con todas las garantías consagrado en el art. 24 del texto constitucional» (STC 63/1993, de 1 de marzo, Sala Segunda, Ponente: C. Viver Pi-Sunyer, FJ 5). En relación con la extinción por amortización de un puesto de trabajo cuya causa técnica no es acreditada, persistiendo la imputada por el actor discriminación por motivos políticos, STC 49/2003, de 17 de marzo, Sala Primera, Ponente: R. García Calvo Montiel: «está fuera de controversia que la militancia del actor en el PSOE se conocía por el INSS y que de forma simultánea a dicho conocimiento la nueva dirección procedió a una modificación peyorativa de sus condiciones de trabajo. En efecto, la incorporación del nuevo equipo directivo del INSS coincidió cronológicamente con la merma de funciones laborales y, seguidamente, con la privación de ocupación efectiva hasta el mismo momento del cese de la relación laboral, lo que se concretó en los hechos que acabamos de recordar en el fundamento anterior, declarados probados en el proceso. Esa conexión temporal (en este caso entre el conocimiento de la tendencia política y las medidas adoptadas por el Instituto, con menoscabo de la posición laboral del trabajador hasta llegar a su despido) resulta relevante para la conformación del panorama indiciario (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril;

214/2001, de 29 de octubre; 84/2002, de 22 de abril, o 114/2002, de 20 de mayo, por ejemplo)» (FJ 6).

En general, respecto de cargos públicos, «como hemos dicho en la STC 32/1985, la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 CE), dota de relevancia jurídica (y no solo política) a la adscripción política de los representantes. Ello significa que esa adscripción política puede ser tenida en cuenta sin existencia de una discriminación ideológica (en razón de la opinión que se profesa) prohibida por dicho artículo, puesto que del art. 14 CE no se deduce la exigencia de que a los titulares de cargos representativos se les dé siempre el mismo trato, prescindiendo de las opiniones que expresen, “pues pertenece a la esencia de la democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría (que es siempre proyección de las preferencias manifestadas por la voluntad popular) y la ocupación por la primera de los puestos de dirección política. Si ninguna otra norma lo impide, por tanto, no hay discriminación ideológica en el hecho de que, al proveer cargos públicos de naturaleza política [...], se dé preferencia a los correligionarios” (STC 32/1985, FJ 3.º). El acuerdo impugnado no ha incurrido, así, en la discriminación por motivos ideológicos que se denuncia en la demanda» (STC 163/1991, de 18 de julio, FJ 2, Sala Segunda, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

2. La cláusula general antidiscriminatoria

Es doctrina constante del TC que el elenco de circunstancias enunciado en el art. 14.2 CE no es exhaustivo, y que por tanto pueden emerger causas de discriminación adicionales, al

amparo de la cláusula general que cierra el precepto. Por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, Sala Segunda, Ponente: E. Pérez Vera: «(la) referencia expresa a tales motivos o causas de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación [...] 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 solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (FJ 3), que predica de la cláusula general una noción de circunstancia discriminatoria heredera directa de la STC 128/1987, citada. En la misma línea, SSTC 200/2001, de 4 de octubre, citada, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, citada, FJ 2. Al amparo de esta cláusula general ha ido surgiendo la jurisprudencia constitucional sobre relevantes causas de discriminación plasmadas en los textos internacionales, algunas de ellas emergentes.

Nacionalidad. Es calificada como potencial causa de discriminación en la STC 5/2007, de 15 de enero, Sala Primera, Ponente: P. Pérez Tremps, declarando discriminatoria la conducta de la escuela por la que «al personal de nacionalidad española se le aplica la normativa convencional de centros privados de enseñanza, mientras que al de nacionalidad italiana en sus mismas circunstancias se le aplica las retribuciones previstas para la enseñanza pública española», sensiblemente superiores (FJ 3). La serie de sentencias del TC que se inicia con la núm. 236/2007, de 7 de noviembre, Pleno, Ponente: M. E. Casas Baamonde, articula de modo notable la posición constitucional del ciudadano extranjero en situación irregular, pero el análisis no se acomete tanto desde la perspectiva de la prohibición de discriminación, cuanto de los derechos fundamentales sustantivos analizados en todas ellas. En interpretación directa del art. 13 CE, y con relación a la exigencia legal de autorización para trabajar y su licitud desde la perspectiva de la igualdad ante la ley,

SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, Sala Segunda, Ponente: F. Rubio Llorente, y 150/1994, de 23 de mayo, Sala Segunda, Ponente: A. Rodríguez Bereijo, entre otras.

Discapacidad. Se trata de una causa de discriminación que ha fraguado como tal recientemente. Según la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 —ratificada por España, así como su Protocolo Facultativo—, art. 1.2, las personas con discapacidad son «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás», estableciendo una línea divisoria relativamente limpia entre la discapacidad como situación permanente y la enfermedad. La propia Convención puntualiza que por discriminación por motivos de discapacidad «se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. *Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables*», que se definen como «(las) modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para un caso en particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2). A la discapacidad y a la licitud constitucional de las reservas de plazas en concursos para acceder a la función pública de una determinada Comunidad Autónoma se refiere la STC 269/1994, de 3 de octubre, Sala Primera, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer. Cfr., asimismo, art. 25, apartados g) y h), del Convenio citado. Aunque en la jurisprudencia española se ha tendido a des-

cartar la enfermedad como discapacidad, en el plano comunitario comienza a establecerse una jurisprudencia que extiende la noción de discapacidad a supuestos de enfermedad, si bien en términos todavía difusos (STJUE de 18 de enero de 2018 asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16).

Orientación sexual. Siguiendo la pauta del TEDH y del Tribunal de Justicia comunitario, el TC ha asumido también la virtualidad discriminatoria de la orientación sexual de la víctima del tratamiento peyorativo fundado en esta causa. «La orientación homosexual, si bien no parece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia, personal o social” [...] Conclusión a la que se llega a partir [...] de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría». No existen referencias a la transexualidad en la doctrina del TC; por ello es preciso mencionar que, según el TEDH, Sentencia *Christine Goodwin-Reino Unido*, de 11 de julio de 2002 (28957/1995), para un caso en que la reclamante, transexual, ve denegada su pretensión de celebrar matrimonio con su pareja, al pertenecer ambos al mismo sexo, sin acceder a los derechos derivados del estado matrimonial. La doctrina de la Corte puede resumirse como sigue (párrafo 90): sin minusvalorar las dificultades técnicas que su doctrina puede crear al Estado demandado, «la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. En el plano del art. 8 en particular, en que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la

interpretación de las garantías de esta disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendido en ella el derecho de cada uno a definir su identidad como ser humano [...]. En el siglo XXI la facultad para los transexuales de gozar plenamente como sus conciudadanos del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral no podría ser una cuestión controvertida, exigiendo tiempo para que se comprendan más claramente los problemas en juego. En síntesis, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente ni a un sexo ni al otro no puede durar más».

Lengua. En seguimiento del tenor literal del CEDH, el TEDH ha subrayado cómo la lengua puede erigirse en una causa de discriminación [desde la Sentencia sobre algunos aspectos del Régimen Lingüístico de la Enseñanza en Bélgica, de 23 de julio de 1968 (asuntos 1474/1962, 1677/1962, 1691/1962, 1769/1963, 1994/1963, 2126/1964)]. El TC, por su parte, ha tenido ocasión también de recordar el potencial discriminatorio de esa causa: «no debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito *ad extra*, independiente del mérito y la capacidad acreditadas [...] en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el art. 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar y por tanto guarda la debida relación con el mérito y la capacidad tal como impone el art. 103 CE», ya que «sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. Ciertamente una aplicación desproporcionada del precepto legal podría llevar a resultados discriminatorios, contrarios tanto al art. 14 como al 23.2 CE» (STC 46/1991, de 28 de febrero, Pleno, Ponente: M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, FJ 4; en la misma línea, STC 253/2005, de 11 de octubre, Pleno, Ponente: M. E. Casas Baamonde, FJ 10, en relación esta vez con la exigencia de conoci-

miento del euskera). Ha sido mucho más frecuente, sin embargo, el examen de la incidencia del conocimiento de la lengua cooficial desde la perspectiva de la relación Estado-CC. AA. (SSTC 56/1990, de 29 de marzo, Pleno, Ponentes: E. Díaz Eimil, L. López Guerra y V. Gimeno Sendra; 270/2006, de 13 de septiembre, Pleno, Ponente: A. Aragón Reyes, además de las primeramente citadas).

Sindicación. Como variante de la libertad de asociación o de la libertad ideológica, la pertenencia del trabajador a una organización sindical no puede generar en su perjuicio tratamientos desfavorables de clase alguna; y paralelamente la protección y el trato igual se extienden a las organizaciones en que los trabajadores se integran. Se enuncia esta variante de la prohibición de discriminación, sin embargo, como integrada en el mandato del art. 28.1 CE. Sintetizando su doctrina al respecto, recientemente, STC 168/2006, de 5 de junio, FJ 4, Sala Primera, Ponente: M. Aragón Reyes: «Desde nuestra temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos venido subrayando que el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) comprende, en su vertiente colectiva, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 4/1983, de 28 de enero, FJ 3; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 94/1995, de 16 de junio, FJ 2, y 145/1999, de 22 de julio, FJ 3). Y que, asimismo, como recordábamos en la STC 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2, este derecho garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una «garantía de indemnidad», que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus

representantes en relación con el resto de aquellos (por todas, SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5, y 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3)».

Edad. Es una causa de discriminación correctamente valorada por la OIT como «forma de discriminación recién reconocida» —de hecho, en el plano de las grandes declaraciones de derechos asociados a la prohibición de discriminación, la primera mención al respecto se contiene en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, art. 21.2—. Una discriminación emergente que, paradójicamente, puede tender a desplegar sus efectos en torno a los dos extremos de la pirámide: las personas más jóvenes y las de mayor edad. Y ambas caras del problema tienen una repercusión muy especial en el marco estrictamente laboral. En el marco comunitario, con la posible excepción de su aplicación a las Fuerzas Armadas (art. 3.4), la Directiva 78/2000 cuida de mantener al margen de la prohibición de esta causa de discriminación la materia de las pensiones y prestaciones de los regímenes profesionales de Seguridad Social vinculadas a ella (art. 6.2), que queda remitida a la acción de los Estados «siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo». Y de extender esta excepción, por la vía de declarar su inaplicabilidad, a «los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de Seguridad Social o de protección social» (art. 3.3). Resulta fundamental el art. 6, que autoriza las diferencias de trato por razón de edad «si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Precisamente las excepciones del art. 6 ya han dado lugar a cierta contradicción interpretativa del TJCE que augura un largo debate. La primera resolución es la Sentencia dictada en el caso *Mangold*, de 22 de

noviembre 2005, C-144/04, para un caso de contratación temporal de un trabajador por razón de su edad prevista en la normativa de referencia. El TJCE considera que en el caso, efectivamente, existe una diferencia de trato por edad, que puede estar justificada por motivos de fomento del empleo, pero que esta argumentación no es por sí sola suficiente en todos los casos, pues la diferenciación, además de legítima, ha de ser proporcionada. Y «tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien en la medida de lo posible el principio de la igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido». «El principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», de donde que «el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general en el Derecho comunitario». En la misma línea, la Sentencia en el caso *Palacios de la Villa*, de 16 de octubre de 2007, C-411/05, en la que el recurrente había visto extinguido su contrato por jubilación forzosa al amparo de lo previsto en el Convenio Colectivo aplicable. El TJCE aborda la cuestión mediante una valoración del «contexto» en que la medida fue tomada, del que deduce una conexión directa con la finalidad de fomento del empleo, que enlaza, no ya solo con las excepciones de la Directiva, sino con el propio art. 2 TCE, que señala la promoción del empleo como de los objetivos de la Comunidad. Se trata, pues, de

una justificación «objetiva y razonable», y proporcionada, cabe añadir, pues no menoscaban excesivamente «las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad, puesto que la normativa pertinente no se basa solo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en la pensión de jubilación».

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse reiteradas veces a la edad como causa de diferenciación de trato. De ese modo, la STC 37/2004, de 11 de marzo, FJ 6, Pleno, Ponente: J. Rodríguez Zapata Pérez, analizando la constitucionalidad de un precepto legal que imponía límites de edad para el acceso a la función pública local, sostiene que «el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. En efecto, «en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos» (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3). Pero «corresponde a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea» y no neutralizaron tal carga en el caso, básicamente porque «la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales». La STC 341/2006, de 11 de diciembre, Sala Primera, Ponente: J. Rodríguez Zapata Pérez, es la que recae en el asunto *Palacios de la Villa*, que luego sería examinado por el TJCE, como hemos visto. También en este caso se desestima el recurso de amparo de un trabajador que ha sido jubilado forzosamente por preverlo así el Convenio Colectivo aplicable, tras un análisis

de los numerosos cambios normativos en torno a la Disposición Adicional 10.^a ET, concluyendo que «conforme a la doctrina mantenida en las sentencias citadas (SSTC 22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril), para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado, es preciso, de un lado, que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Y en este sentido hemos considerado que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucionalmente legítima siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo. De otro lado es necesario, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De este modo, el límite máximo de edad solo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación y se cumple el resto de requisitos para acceder a la pensión correspondiente» (FJ 3). En la misma línea, STC 280/2006, de 9 de octubre, Sala Segunda, Ponente: P. Sala Sánchez. Desde la perspectiva combinada con la discapacidad, como «discriminación múltiple», *vid.* Sentencia 3/2018, de 22 de enero, Sala Segunda, Recurso de amparo 2699-2016 Ponente: R. Enríquez Sancho.

Estado civil. No incorporada en la DUDH, aparece sin embargo en algún instrumento internacional especializado. Así, resulta típica la redacción del art. 1 del Convenio para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ya viene propiciada por el propio título del Tratado: «A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». La doctrina del TC respecto al juego

de esta causa de discriminación no es sin embargo uniforme. En la STC 222/1992, de 11 de diciembre, Pleno, Ponente: V. Gimeno Sendra, respecto de la restricción existente en la entonces vigente legislación de arrendamientos urbanos que restringía la subrogación en el arrendamiento al cónyuge en caso de muerte del arrendatario, el TC destaca que «la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio. Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja». «La Constitución [...] no da una respuesta unívoca o general para este tipo de problemas, aunque sí impone que las diferenciaciones normativas que tomen como criterio la existencia de una unión matrimonial se atemperen, según su diverso significado y alcance, al contenido dispositivo de la propia Norma fundamental» (FJ 5). En el caso se declaró la nulidad del precepto restrictivo por entenderlo el TC carente «de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional [...] (y) que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental» como la protección de la familia (FJ 6). La STC 184/1990, de 15 de noviembre, Pleno, Ponente: J. Leguina Villa, en relación con la reserva de la pensión de viudedad de la Seguridad Social al cónyuge superviviente sostiene, a su vez, que (el art. 39.1 CE) «no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unida-

des convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*. Decisión esta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan solo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que estos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la Constitución) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 de la Constitución), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos. Y es asimismo diferente aquel supuesto del que se refiere a la necesaria protección de las madres cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2 de la Constitución), ya que en este caso resultan comprometidos otros intereses y valores distintos a los de los solos integrantes de la unión estable de hecho, unión que, por lo demás, en este caso puede

perfectamente no existir» (FJ 2). En consecuencia, «en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia» (FJ 3). Una doctrina sentada ya en numerosas sentencias del año anterior: SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, todas ellas de 14 de febrero, Pleno, Ponente: F. Tomás y Valiente, y 77/1991, de 11 de abril, Pleno, Ponente: F. Tomás y Valiente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRET BURGÚES, M. E., *La discriminación positiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación y orientación sexual o identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

CABEZUELO ARENAS, A. L., «Matrimonio y parejas de hecho ¿es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

CABRA DE LUNA, M. A., «Discapacidad y aspectos sociales», *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004.

CAMPOY CERVERA, I., *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ BEIFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

MORENO CABRERA, J. C., *La dignidad e igualdad de las lenguas. Crítica de la discriminación lingüística*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

OLLERO TASSARA, A., *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, 2007.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROSELL GRANADOS, J., *La no discriminación por motivos religiosos en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

SAGRERA, M., *El edadismo: contra jóvenes y viejos, la discriminación universal*, Fundamentos, Madrid, 1991.

SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo* [Recurso electrónico], Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TOMEI, M., «Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo», *Revista internacional de Trabajo*, núm. 4, 2003.

CAPÍTULO II

DERECHOS Y LIBERTADES [ARTS. 14 A 38]

SECCIÓN 1.ª

**De los derechos fundamentales y de las libertades públicas
[arts. 15 a 29]**

Artículo 15*

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Sumario: I. El derecho a la vida. 1. Alcance de la obligación estatal de protección. 2. La protección de la vida en las fases previas al nacimiento. A) El aborto. a) La STC 53/1985, de 11 de abril. b) La constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. B) La protección del embrión preimplantatorio. 3. El final de la vida: el suicidio y el problema de la eutanasia. 4. Protección de la vida (y la integridad física) en otros contextos. II. El derecho a la integridad física. 1. Aproximación conceptual y relación con el derecho a la protección de la salud. 2. El derecho a consentir/rechazar tratamientos médicos. A) Ubicación del derecho y sus consecuencias. B) Límites al derecho. La huelga de hambre penitenciaria. C) El paciente incapaz. La esterilización de incapaces. 3. Las intervenciones corporales. A) Concepto. B) La cuestión de la previsión legal. C) Requisitos de legitimidad. D) Cuestiones por resolver. En especial, el problema de la imposición coercitiva. III. El derecho a la integridad moral y la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. 1. La integridad moral como derecho fundamental. 2. La prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes. A) Delimitación de las conductas que caen en el ámbito de la prohibición. B) Destinatario de la prohibición. 3. Carácter absoluto de la prohibición. 4. Deberes de abstención y deberes de protección frente a la prohibición de la tortura, o tratos inhumanos o degradantes. A) Torturas, extradición y entregas a terceros Estados. B) Deber de tutela judicial frente a la denuncia de tortura, tratos inhumanos o degradantes. 5. Penas inhumanas o degradantes. IV. La abolición de la pena de muerte.

MERCEDES PÉREZ MANZANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA

PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

* Los epígrafes I y II han sido realizados por Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, y los epígrafes III y IV han sido realizados por Mercedes PÉREZ MANZANO.

I. EL DERECHO A LA VIDA

1. Alcance de la obligación estatal de protección

La jurisprudencia constitucional respecto del derecho a la vida —que el Tribunal califica en la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, de «derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», o del que afirma, en STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 2, que «tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura»— aplica a este derecho, como no podía ser de otro modo, lo que constituye una premisa básica predicable genéricamente de los derechos fundamentales, a saber, su traducción en una **doble exigencia al poder estatal**: el Estado debe, por un lado, **abstenerse de lesionarlo**, y por otro, se encuentra vinculado por la **obligación positiva de garantizar su eficacia** a través de un adecuado sistema legal de protección.

Esta segunda vertiente entronca directamente con la **doctrina de los deberes estatales positivos**, desarrollada de modo particularmente intenso por el TEDH. En el ámbito concreto de la protección de la vida (art. 2 CEDH), el Tribunal de Estrasburgo ha insistido en numerosas ocasiones en que sobre el Estado pesa la obligación de intervenir (ya sea a través de una regulación apropiada, ya a través del control y la intervención fáctica) respecto de cualquier actividad, pública o privada, en la que aquella puede verse en peligro. De ahí que se haya apreciado responsabilidad de los Estados por no haber actuado con la debida diligencia en contextos tan diversos (por citar tan solo algunos ejemplos) como la evitación fáctica de homicidios previsible contra personas concretas (doctrina sentada en la central STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*); la evitación de suicidios previsible de perso-

nas que se encuentran bajo custodia, ya sean presos (SSTEDH de 3 de abril de 2001, asunto *Keenan c. Reino Unido* —si bien se condena en concreto por infracción del art. 3— o de 14 de febrero de 2012, asunto *Shumkova c. Rusia*) o ciudadanos bajo otro tipo de dominio estatal (soldados en servicio militar obligatorio, STEDH de 24 de abril de 2014, asunto *Pe-revedentsevy c. Rusia*); la prevención de desastres naturales (STEDH de 29 de septiembre de 2008, asunto *Budayeva y otros c. Rusia*); el mantenimiento de edificios (STEDH de 18 de junio de 2013, asunto *Banel c. Lituania*); la seguridad de los escolares (STEDH de 10 de abril de 2012, asunto *Ilbeyi Kemaloglu y Merive Kemaloglu c. Turquía*); la regulación y control de industrias contaminantes (si bien a menudo este tipo de casos se analizan bajo el prisma del derecho al disfrute de la vivienda enmarcado, junto al derecho a la vida privada y familiar, en el art. 8 del CEDH; entre otras muchas, SSTEDH Gran Sala de 19 de febrero de 1998, asunto *Guerra y otros c. Italia*, o de 9 de junio de 2005, asunto *Fadeyeva c. Rusia*), y, en general, el control de los nuevos riesgos tecnológicos (expresamente, con cita de la jurisprudencia de Estrasburgo, aplicándola al derecho a la integridad física conectado con la salud, SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FF. JJ. 5 y 6, y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 5; *vid. infra* II.1); en esta misma línea, varias sentencias han valorado el alcance del deber positivo del Estado de proteger la vida en supuestos de decisiones médicas de retirar tratamientos a pacientes en condiciones extremas (STEDH de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert c. Francia*). En el contexto sanitario, insiste a menudo el Tribunal en la obligación de los Estados de disponer de regulaciones de la actividad hospitalaria protectoras de la vida de los pacientes (entre otras, SSTEDH de 26 de octubre de 1999, asunto *Erikson c. Italia*, o de 12 de enero de 2002, asunto *Calvelli and Ciglio c. Italy*); en cuanto a la compleja cuestión del deber de ofrecer a los ciudadanos unos mínimos de atención sanitaria, más que en ese aspecto general (de muy complejo control jurisdiccional, STEDH de 30 de abril

de 2003, asunto *Pentiacova y otros c. Moldavia*), el Tribunal se ha centrado en la vulneración del Convenio derivada de que las autoridades pusieran en riesgo la vida del ciudadano al denegarle una atención médica que sí se proporciona a la población en general (STEDH, Gran Sala, de 10 de mayo de 2001, asunto *Chipre c. Turquía*).

En este contexto de los deberes positivos del Estado de proteger y garantizar la efectividad de los derechos convencionales más importantes se plantea la cuestión de si y **en qué medida dicha protección habría de vehicularse a través del *ius puniendi***. A partir de una respuesta afirmativa a este interrogante, el TEDH ha construido una amplísimo cuerpo jurisprudencial en el que sienta: 1) deberes de criminalización y de previsión de penas suficientes; 2) deberes de investigación (cuyo incumplimiento ha acarreado varias sentencias condenatorias contra España en el ámbito de la investigación de denuncias por torturas, *vid infra* III); 3) deberes de celebración del proceso, y 4) deberes de imposición de sanciones suficientes y de ejecución de las penas (en este último caso, con la expresa prohibición de indultar delitos de torturas; sobre todo ello ampliamente TOMÁS-VALENTE LANUZA, 2016, *passim*).

La proyección de esta doctrina sobre la jurisprudencia del TC ha sido más bien escasa, con la excepción de las obligaciones de investigación. En lo que se refiere al primero de estos deberes (el **recurso a las normas penales**), para el TEDH la protección efectiva de la vida exige del Estado un marco legal que *disuada* eficazmente a los ciudadanos de vulnerarla, lo que solo puede lograrse mediante la previsión —y efectiva imposición— de sanciones penales (entre muchas otras, en STEDH de 28 de marzo de 2000, asunto *Kilic c. Turquía*). En la jurisprudencia del TC, la idea puede encontrarse (influida en puridad más que por el TEDH, por la doctrina del Tribunal Constitucional alemán vertida en su primera sentencia sobre el aborto, de 25 de febrero de 1975) en la STC 53/1985, de 11 de

abril, FF. JJ. 4, 7 y 12, en los términos que enseguida se examinan; admite no obstante el Tribunal, en el caso de la utilización de fetos (abortados) y embriones humanos —a los que como enseguida veremos no se considera titulares del derecho fundamental, sino encarnación de la vida humana como bien constitucional, y acreedores por tanto de una protección menos intensa— que la sanción de determinadas conductas pueda ser tan solo de índole administrativa (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 10). Por otro lado, el citado deber positivo de protección alcanza también al **ámbito civil**, puesto que ha de informar la institución por el legislador de un régimen legal de resarcimiento por los daños causados (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8); en esta última sentencia, por la que se resolvieron varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra ciertos preceptos de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, consideró el Tribunal, además, que tal mandato no se identifica con la reparación total del daño, y que para satisfacerlo basta, desde el punto de vista estrictamente constitucional, con la fijación por el legislador civil de unas pautas indemnizatorias suficientes (en el sentido de respetuosas de la dignidad); de ahí que dicho deber estatal no se vea vulnerado por la opción legal de establecer para un determinado ámbito (como el de las muertes causadas en el tráfico rodado) unos concretos baremos para el cálculo de las cuantías de la reparación y unos topes máximos de las mismas.

2. La protección de la vida en las fases previas al nacimiento

A) *El aborto*

Son **varias las ocasiones en las que el Tribunal se ha pronunciado** directamente sobre la protección constitucional de la vida humana en las fases previas al nacimiento; al margen de algún temprano recurso de amparo contra resoluciones judiciales condenatorias por delitos de aborto, que enseguida co-

mentaremos, la jurisprudencia sobre esta cuestión (inevitablemente polémica) se contiene en la conocida STC 53/1985, de 11 de abril, por la que se resuelve el entonces vigente recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley orgánica que introducía el art. 417 bis en el Código Penal —precepto que, como es sabido, instituía un sistema de indicaciones como forma de despenalización parcial del aborto—; la STC 212/1996, de 19 de diciembre, que aborda el recurso planteado contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos; y la STC 116/1999, de 17 de junio, que valora la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida. El núcleo de esta jurisprudencia se sienta ya con la primera de las sentencias citadas; las dos siguientes lo reiteran y asumen como punto de partida desde el que contrastar con el art. 15 CE los diversos preceptos legales sometidos a su consideración.

La cuestión de la interrupción del embarazo, y por tanto la de la protección de la vida humana antes del nacimiento, se suscita por vez primera ante el Tribunal con el recurso de amparo que dio lugar a la **STC 75/1984, de 27 de junio**, en la que se enjuiciaba la constitucionalidad de una condena por delito de aborto en un caso en el que la conducta había sido realizada fuera de España. Si bien el núcleo del recurso y el motivo por el que se concede el amparo estriba en la vulneración del principio de legalidad del art. 25 CE, la sentencia contiene ya una pincelada de lo que después se asentaría en la 53/1985, en la medida en que ya se apunta que la vida prenatal constituye un «bien que constitucionalmente merece protección» a la luz del art. 15 CE (FJ 6); la concreta idea de que el feto no es titular de derechos fundamentales —básica en la sentencia de 1985— no se formula todavía de modo expreso, aunque sí se enuncia ya con toda claridad por el magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, que la liga a la ausencia en el feto de la condición de persona.

a) La STC 53/1985, de 11 de abril

Tal es, en efecto, uno de los puntos fundamentales de la STC 53/1985, de 11 de abril. Como es sabido, el núcleo del recurso planteado contra la Ley que introducía en nuestro ordenamiento la despenalización parcial del aborto en determinados supuestos radicaba en que con ello se producía una absoluta desprotección de la vida del feto que vulneraba radicalmente el art. 15 CE, en la medida en que este establece que «todos tienen derecho a la vida». La interpretación de ese «todos», es decir, de los titulares del derecho fundamental, constituía por tanto el núcleo desde el que se abordaría el conjunto del recurso. Pues bien, el Tribunal estima que la titularidad del derecho a la vida —y para ello se recurre a una interpretación del art. 15 tanto sistemática como a la luz de los Tratados internacionales— se adquiere con el nacimiento: **el embrión y el feto no son por tanto titulares del derecho fundamental a la vida**. Ahora bien, en la medida en que la vida en cuanto realidad biológica, germen de la futura persona, se encuentra presente ya desde el inicio del embarazo, es merecedora también en esta fase de protección constitucional; en concreto entiende la sentencia que nos encontramos ante un **bien constitucional** o bien jurídico constitucionalmente protegido, que (junto a las garantías institucionales y los principios rectores) constituye una de las tres emanaciones posibles de los preceptos que consagran derechos fundamentales y libertades públicas, más allá del reconocimiento de estos últimos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3). Se parte así de un concepto de la vida humana como un proceso, «sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico y privado del sujeto vital», con el nacimiento como momento sustancial de cambio (STC 53/1985, FJ 5), al que en el caso de los procedimientos de reproducción asistida se añade el de la transferencia al útero de la mujer («los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transfe-

ridos al útero materno», STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 12). Una concepción gradual sobre la vida humana (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1997, 273 y ss.) que, casi huelga decirlo, resulta absolutamente decisiva: entender que lo que se confronta con determinados bienes y derechos de la embarazada es la vida de otro —al que se considera persona— con el rango de derecho fundamental, difícilmente hubiera permitido ninguna modulación de su protección en los supuestos de conflicto —la propia sentencia lo cataloga, como hemos visto, de «el derecho fundamental esencial y troncal» (FJ 3)—, salvo en el caso de que el embarazo supusiera un grave peligro para la vida de la madre; en cambio, partir de que la vida prenatal merece protección como bien constitucional, pero no en cuanto derecho fundamental, posibilita una ponderación más flexible entre su preservación y la de los derechos de la embarazada en los casos conflictivos recogidos por las indicaciones, así como (y sobre ello volveremos enseguida) en el contexto de la reproducción asistida y la investigación con embriones humanos (PEÑARANDA RAMOS, 2005, 1673-1675 y 1701-1704).

Una vez sentado este extremo, repasa el Tribunal cada una de las tres indicaciones previstas (riesgo grave para la salud física o psíquica de la embarazada, origen del embarazo en un delito de violación, y presencia en el feto de graves taras físicas o psíquicas), y en todas ellas concluye a favor de la conformidad constitucional de la ponderación plasmada por el legislador (FJ 11). La importancia de los derechos de la embarazada que en estas circunstancias no desea proseguir la gestación (su propia vida e integridad física o psíquica, en la primera indicación; los múltiples derechos afectados por la violación origen del embarazo en el segundo de los supuestos previstos —dignidad, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y psíquica, honor, intimidad—, embarazo cuya continuación obligatoria supondría una grave instrumentalización de la mujer; y las graves implicaciones que para toda su vida supondría el nacimiento de un hijo con graves taras,

en la tercera indicación) permite al Tribunal **asumir como constitucionalmente válida la opción legislativa** de permitir en tales casos la interrupción del embarazo. Con ello salvaba la sentencia el núcleo sustantivo básico de la regulación recurrida, si bien ello no obstó, como es conocido, a la declaración de inconstitucionalidad de aspectos más puntuales de la norma; partiendo de la obligación positiva del Estado, a la que aludíamos *supra*, de crear un sistema efectivo de protección de la vida, lo que en este caso exigía la disposición de «las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto» (FJ 12), el Tribunal consideró que las medidas de garantía dispuestas por la norma recurrida resultaban insuficientes, pues no lograban asegurar la protección de la vida del *nasciturus* en situaciones distintas de las autorizadas, como tampoco que la práctica de los supuestos permitidos se llevara a cabo en las condiciones sanitarias adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la embarazada. De ahí que ya en la sentencia se indicaran al legislador una serie de garantías suplementarias que deberían ser incluidas en la norma para salvar su constitucionalidad, lo que valió al Tribunal, por cierto, numerosos e intensos reproches por haber traspasado los límites jurídicos de su competencia, erigiéndose en una especie de legislador positivo (reparos ya formulados, con diversas matizaciones de argumentación, en todos los votos particulares, y luego asumidos por numerosa doctrina).

No corresponde tratar aquí el pronunciamiento de la sentencia en relación con la cuestión de la objeción de conciencia de los profesionales a la práctica del aborto, analizada en el comentario del art. 16 CE. Sí ha de dejarse constancia, no obstante, de que a la hora de dirimir (y otorgar) el amparo a un farmacéutico sancionado administrativamente por negarse (por razones de conciencia) a expender la llamada «**píldora del día después**», la STC 145/2015, de 25 de junio, parte de la que valora como «controversia científica» sobre

los efectos abortivos de esta última para equiparar el conflicto de conciencia sobre su dispensa al planteado por la práctica del aborto (equiparación objeto de crítica, junto a muchos otros extremos de la sentencia, en el durísimo voto particular de la magistrada Asúa Batarrita).

- b) La constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

En el momento de redactarse estas líneas, y transcurridos ocho años desde su entrada en vigor, continúa pendiente de sentencia el recurso de inconstitucionalidad presentado en su día por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario popular y por el Gobierno de Navarra contra la LO 2/2010, de 3 de marzo, que instituye un sistema de plazos (combinado con indicaciones una vez transcurridas las primeras 14 semanas de gestación). Hasta este momento, solo contamos con el ATC 90/2010, de 14 de julio, que desestima la suspensión de la vigencia de la norma, con varios votos particulares. **El primer motivo del recurso ataca el sistema de plazos *per se***, que se considera incompatible con la doctrina de la prohibición de infraprotección de la vida prenatal sentada en la sentencia de 1985 en la medida en que el reconocimiento de un plazo de tiempo durante el cual la mujer pudiera someterse al aborto simplemente por ser esa su decisión supone relegar al embrión durante esas semanas a una total desprotección (ya en su día RODRÍGUEZ MOURULLO, 1987, 192). No parece, sin embargo, que la única forma constitucionalmente válida de vehicular la obligada protección del bien jurídico constitucional pase por limitar el aborto legal exclusivamente a los casos cubiertos por las antiguas indicaciones y penalizar el resto de supuestos. Ya en las sentencias subsiguientes a la de 1985 (las SSTC 212/1996 y 116/1999 que enseguida examinaremos, en sus FF. JJ. 10 y 16, respectivamente) matiza el Tribunal la necesidad de conferir a la protección de la vida un carácter

necesariamente penal; por otra parte, tampoco puede desconocerse seriamente que la protección penal de la vida prenatal en sus primeras fases de desarrollo se ha revelado como totalmente ineficaz si pretende imponerse en contra de la voluntad de la embarazada (idea que constituía la base de la última despenalización alemana), lo que a mi entender ofrece ya una buena razón desde el punto de vista constitucional para renunciar a ella; la previsión en la ley de periodos de reflexión obligatorios o el de un asesoramiento a la embarazada para informarle de las medidas públicas de apoyo a la maternidad podrían perfilarse —como a la postre viene a reconocer el Tribunal Constitucional alemán, aun partiendo de una obligación estatal de protección configurada de modo más intenso que en la STC 53/1985— como mecanismos suficientes para articular la obligación estatal de protección de la vida prenatal (que por lo demás se manifiesta en muchos otros contextos, p. ej. sancionando el aborto no consentido por la embarazada, sea doloso o imprudente) (sobre otros motivos del recurso VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, 2012, 198 y ss.).

B) *La protección del embrión preimplantatorio*

Las líneas maestras de la STC 53/1985 son reiteradas como punto de partida por las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, que extienden al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto incorpora un germen de vida humana. Ambas sentencias suscitan un interesante interrogante: la cuestión se plantea, en concreto, por el hecho de que tanto en uno como en otro de estos dos pronunciamientos (pero sobre todo en el segundo de ellos) el Tribunal concedió importancia, como base para rechazar las impugnaciones de ciertos preceptos de las dos leyes objeto de recurso, al argumento de que en todo caso se estaba tratando de **embriones «no viables»**, incapaces de convertirse en seres humanos en el futuro y, por eso mismo, carentes

de esa consideración de bien constitucionalmente protegido que sí se otorga a los viables (al igual que al feto). Así se razona en el FJ 5 de la STC 212/1996, de 19 de diciembre, y sobre todo en la STC 116/1999, de 17 de junio (FJ 9), cuando precisa que el hecho de que la Ley solo permita la experimentación e investigación con embriones no viables:

«es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE por cuanto descartada —incluso por los recurrentes— que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna del art. 15 CE, el resto de las hipótesis a que se refiere la Ley solo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto pre-embiones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados por la STC 212/1996.»

En ese sentido, algunos autores (LEMA AÑÓN, 2000, 113, o LAURENZO COPELLO, 2004, 131) opinaron en su día que esta jurisprudencia podría como mínimo generar **dificultades de cara a la justificación de ulteriores reformas legales que pudieran llegar a autorizar la investigación sobre embriones viables**, reformas que de hecho se produjeron con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (que en su art. 15 eliminó la anterior diferenciación entre embriones viables y no viables a efectos de investigar sobre ellos); de hecho, tras la promulgación de dicha ley el argumento fue utilizado para tacharla (en este aspecto concreto) de claramente inconstitucional (PÉREZ DEL VALLE, 2006, 110-114).

Pues bien, aunque es cierto que esta concreta argumentación de las sentencias citadas puede introducir algunas dudas al respecto, creo, a la postre, que un análisis global de las mismas no permite extraer la conclusión de su inexorable incompatibilidad con la Ley

14/2006 en el extremo que ahora interesa, esto es, en la medida en que viene a permitir la investigación (y por lo tanto destrucción) de embriones viables. Como señalaba alguna autora (LAURENZO COPELLO, 2004, 131 y 133-135), nada en los pronunciamientos del Tribunal impide llevar a cabo una ponderación de los intereses en juego que a la postre conduzca a **justificar el sacrificio de tales embriones en aras de permitir avances en la investigación para el tratamiento de graves enfermedades** que merman de manera muy seria la salud de millones de personas, sobre todo teniendo en cuenta que el propio Tribunal vino a realizar una ponderación similar al dar por bueno que la aplicación de técnicas de reproducción asistida generase embriones sobrantes (también viables) que finalmente no serán implantados —y cuyo destino se admite implícitamente que terminaría siendo la destrucción: en su FJ 11, la STC 116/1999 considera «inevitable» la generación de embriones supernumerarios—, sacrificio este que —de nuevo implícitamente— se considera admisible ante el interés en remediar el problema de la esterilidad humana.

3. El final de la vida: el suicidio y el problema de la eutanasia

La jurisprudencia constitucional sobre lo que podemos denominar el final de la vida puede calificarse de ciertamente escasa, pues se reduce, en puridad, a algunas consideraciones sobre el suicidio contenidas en la STC 120/1990, de 27 de junio, relativa a la huelga de hambre de internos penitenciarios. Hubiera resultado de enorme interés que el Tribunal llegara a pronunciarse sobre el fondo del recurso de amparo planteado por el Sr. R. Sampedro —protagonista de un caso por todos conocido— en 1996, tras agotar previamente la vía judicial ordinaria, en la que había venido solicitando el reconocimiento de su **derecho a una muerte digna** y la garantía de impunidad a quienes cooperasen a causar aquella; sin embargo, este proceso de amparo

se declaró extinguido por el fallecimiento del demandante, tras desestimar el Tribunal la sucesión procesal instada por la heredera de este último al considerar que dicha figura no resultaba aplicable a un caso en el que el derecho invocado (que se pretendía fundamentar en el art. 15 CE en relación con el valor superior libertad del art. 1.1 y la dignidad del art. 10) revestiría un marcado carácter personalísimo (ATC 242/1998, de 11 de noviembre).

Bien es verdad, no obstante, que las afirmaciones del Tribunal respecto del suicidio en la citada STC 120/1990, de 27 de junio, permitían augurar un fallo desfavorable al reconocimiento de dicho derecho fundamental a la muerte digna en sede del art. 15 CE. Según esta sentencia, **el derecho a la vida carece de una vertiente negativa a disponer de ella**; el suicidio constituye un actuar simplemente lícito —en el sentido de no prohibido— por parte del ciudadano, pero en modo alguno un derecho subjetivo, y menos aún de rango fundamental, que permitiera exigir al poder público (y como parte de este, al legislador) un apoyo positivo para que dicho supuesto derecho pudiera ser realizado (FJ 7). Aunque el Tribunal no pretendía en ese momento llegar tan lejos, pues no era este el objeto del recurso, sí podría afirmarse que con estas consideraciones parece bloquear la viabilidad de aquellas propuestas doctrinales que tachan de inconstitucional la prohibición del auxilio y de la ayuda ejecutiva al suicidio (contemplada en el art. 143 del Código Penal) al menos en circunstancias eutanásicas (el «modelo de la eutanasia como derecho fundamental», según la categorización de las distintas posturas al respecto propuesta por REY MARTÍNEZ, 2008, *passim*). Ahora bien, que la despenalización de algunas conductas eutanásicas no pueda considerarse una opción obligada a la luz de la jurisprudencia constitucional —como por su parte sentó el TEDH en la central sentencia de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*— nada dice, por supuesto, respecto de la constitucionalidad de dicha opción si el legislador español se decidiera a adoptarla; a día de hoy, nada

hay en los pronunciamientos del Tribunal ni desde luego en los del TEDH en torno al derecho a la vida que impida esta posibilidad.

4. Protección de la vida (y la integridad física) en otros contextos

Para concluir este repaso a la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la vida no puede dejar de aludirse a algunas sentencias en las que diversas actuaciones de los poderes públicos son examinadas como fuente de su posible lesión (tratada conjuntamente con la de los derechos a la integridad física y psíquica). Así, por ejemplo, son varios los **recursos de amparo presentados contra concesiones de extradición** en los que se alega vulneración de los derechos a la vida e integridad física del extraditado (así como de su derecho a no ser torturado) por ser altamente probable que en el país receptor pudiera atentarse contra dichos bienes. Pues bien, en tales casos el Tribunal deniega el amparo cuando el demandante no acredita indicio alguno de que en el país solicitante de la extradición pudiera atentarse contra su vida o integridad (por ejemplo, STC 351/2006, de 11 de diciembre, FJ 7); pero sí ha llegado a concederlo cuando el recurrente ha aportado indicios en ese sentido y las resoluciones judiciales no han hecho uso de las posibilidades con que cuentan para evitar esa eventual vulneración en el otro país —entre ellas, no conceder la extradición— (así, STC 32/2003, de 13 de febrero).

En un contexto distinto, pero que guarda cierta relación con el anterior, el Tribunal también ha debido resolver diversos **recursos de amparo contra resoluciones en las que se denegaba bien la suspensión del ingreso en prisión de un condenado, bien la libertad condicional de un interno**, en casos en los que el sujeto alega encontrarse en una situación de grave e incurable enfermedad en la que el ingreso en prisión o la continuación en ella podría suponer un agravamiento de su deteriorado estado de salud o incluso un riesgo de muerte. La jurisprudencia respecto de

este tipo de recursos es clara en algunos extremos y, a mi juicio, no tanto en otros: sí lo es en cuanto establece, en primer lugar, que la apreciación de la gravedad del estado de salud del sujeto es competencia de la jurisdicción ordinaria, como también lo es el ponderar si, aun concurriendo dicho estado, ha de denegarse la suspensión (o la libertad condicional) por motivos de seguridad pública (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 3); por otra parte, requiere el Tribunal, en lo que no constituye sino una aplicación de exigencias generales conectadas a los derechos fundamentales, que las resoluciones denegatorias satisfagan —en la medida en que puedan incidir en los derechos del art. 15 CE— el canon reforzado de motivación, lo que de no producirse daría lugar a la estimación del amparo por la vía del art. 24 CE (como de hecho sucedió en la STC 25/2000, de 31 de enero). A ello se añade, por último, la exigencia (también común a los derechos fundamentales, y orientada a concederles la máxima eficacia) de que el Tribunal ordinario opte por la interpretación de la norma que resulte más favorable para los derechos. Precisamente este último fue uno de los motivos en los que se basó la concesión del amparo en la STC 48/1996, de 25 de marzo, pues la jurisdicción ordinaria —al fundamentar la denegación del beneficio en la inexistencia de un «peligro seguro para su vida» [scil. del interno], aun acreditada la gravedad e irreversibilidad de la dolencia— había interpretado en un sentido restrictivo la normativa de la libertad condicional en supuestos de enfermedad, introduciendo un requisito obstativo que no se encontraba incluido en la norma (FJ 3).

II. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

1. Aproximación conceptual y relación con el derecho a la protección de la salud

No cabe duda de que la dimensión propiamente física o corporal del derecho a la inte-

gridad se encuentra **ligada** a la moral o espiritual (relación resaltada de modo destacado por los partidarios de englobar ambas en un concepto unitario como el de la «integridad personal»; CANOSA USERA, 2006, *passim*), así como a la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes y de la tortura misma. Sin embargo, y sin perjuicio de esa estrecha relación, el derecho que ahora comentamos es susceptible de una caracterización propia, y de hecho ha sido objeto específico de una extensa jurisprudencia que le confiere un tratamiento autónomo.

En esa **caracterización jurisprudencial** del derecho resulta casi obligado comenzar por la conocida cita de la STC 120/1990, de 27 de junio, según la cual el derecho fundamental a la integridad física y moral protege a la persona «no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (FJ 8). El derecho se configura así como una suerte de *incolumidad corporal*, traducido en el:

«derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Antes de analizar las distintas manifestaciones del derecho a la integridad física tal y como han venido siendo delineadas en estos casi cuarenta años de jurisprudencia constitucional, conviene detenerse en una cuestión esencial para su caracterización: su **relación con el derecho a la salud**. Como no podía ser de otro modo, dado su reconocimiento di-

ferenciado (arts. 15 y 43.1 CE), derecho a la integridad física y derecho a la protección de la salud no coinciden entre sí, ni en el bien objeto de tutela ni en la intensidad de la misma; en este sentido, en varias ocasiones ha advertido el Tribunal contra la tendencia de los recurrentes a introducir en el primero (para así poder servirse de la garantía del recurso de amparo reservada a los derechos fundamentales) contenidos que propiamente lo son solo del segundo (AATC 192/1993, de 14 de junio, FJ 1, y 57/2007, de 26 de febrero, FJ 3). Que se trata de tutelar bienes jurídicos diferenciados resulta especialmente obvio desde el momento en que, como detallaremos enseguida, el art. 15 comprende el derecho a rechazar cualquier intromisión en el sustrato corporal, incluidos los tratamientos médicos *beneficiosos para la salud*.

Ahora bien, la atribución de un ámbito específico a cada uno de estos dos derechos no impide que en determinadas situaciones su protección pueda solaparse, en el sentido de que **ciertas afecciones a la salud puedan ser conceptuadas como vulneración del derecho a la integridad física**, con el esencial efecto de posibilitar al ciudadano la vía del amparo. Así, entiende el Tribunal que el derecho a la integridad física protege, si no frente a cualquier riesgo o daño para la salud, sí frente a las actuaciones que la pongan en *grave peligro* (en ocasiones adjetivado además como «cierto» e «inmediato»), sin que sea necesario por tanto, para apreciar una eventual vulneración del art. 15, que la lesión a la salud haya llegado efectivamente a producirse. Lo que sí se requiere, en todo caso, es que esa relación de riesgo entre la actuación recurrida y la salud resulte «palmaria y manifiesta»: parte el Tribunal de que es al juzgador ordinario a quien —en aplicación del principio de inmediación— compete apreciar la existencia o no del riesgo, de tal modo que en sede constitucional solo cabrá declarar vulnerado el art. 15 cuando aquel resulte absolutamente manifiesto, y no si el juzgador ponderó su relevancia de forma razonada y fundada.

La doctrina que acaba de exponerse ha ido siendo progresivamente perfilada en diversas resoluciones, la mayoría de las cuales concluyen con fallo denegatorio del amparo: así ocurre en la STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4 (que declara la conformidad con el art. 15 de una denegación de suspensión de la condena a un interno, por haber argumentado el juzgador concreta y razonablemente la inexistencia de riesgo para la salud), o en la STC 119/2001, FJ 6 (la exposición a niveles intensos de ruido puede traducirse en un grave riesgo para la salud y por tanto constituir una afectación del derecho al art. 15 CE que la Administración —en aplicación de la construcción de los deberes positivos de protección— tendría el deber de impedir, pese a lo cual se rechaza el amparo sobre la base de una supuesta falta de prueba; la denegación valió a España la condena por el TEDH en su STEDH de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez c. España*, condena que, a juicio del TC, no imposibilita la denegación del amparo, de nuevo por falta de prueba aunque con otros matices, en el supuesto muy similar resuelto por STC 150/2011, de 29 de septiembre).

La vinculación entre los derechos consagrados en los arts. 43 y 15 ha sido también expresamente resaltada por el Tribunal en algunas (solo en algunas) de las varias resoluciones relacionadas con el polémico RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que eliminaba el acceso a la atención primaria gratuita a personas inmigrantes en situación irregular. Así, en varios autos que tenían por objeto la suspensión de las normativas autonómicas que, a pesar de dicho RDL, mantuvieron dicha prestación gratuita (normas a su vez objeto de conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno central), el Tribunal aludía, como fundamento de su decisión contraria a aquella, a «la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE (...) en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» —con cita expresa a la

STEDH de 8 de julio de 2004, asunto *VO c. Francia*—, y a la importancia de los riesgos para la salud así entendida que la suspensión podría comportar (AATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5; 114/2014, de 8 de abril, FJ 8, y 54/2016, de 1 de marzo, FJ 5). Cierto es que el propio TC insistía en que la resolución sobre este incidente procesal de suspensión de las normas autonómicas en nada predeterminaba la que hubiera de adoptarse más adelante sobre la constitucionalidad del propio RDL 6/2012 en la resolución de los recursos planteados por varias CC. AA., pero en cualquier caso sorprende la ausencia en la STC 139/2016, de 21 de julio (y en todas las posteriores que a ella se remiten, SSTC 183/2016, de 3 de noviembre; 33/2017, de 1 de marzo; 63/2017, de 25 de mayo; 98/2017, de 20 de julio) de toda referencia a la conexión entre derecho a la salud del art. 43 y los derechos del art. 15 CE, así como a la doctrina vertida por el TEDH sobre los deberes positivos del Estado en relación con la asistencia sanitaria como instrumento para garantizar adecuadamente los derechos del art. 2 del CEDH—como destaca el voto particular del Magistrado García Valdés a la STC 139/2016, al que se adhiere el Magistrado Xiol Rius, con cita de numerosa jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo—.

Especialmente relevante resulta la **aplicación de esta conexión entre la salud y el art. 15 CE en el ámbito laboral**, cuando el trabajador recurre en amparo frente a medidas adoptadas por el empleador (y luego confirmadas en la vía judicial ordinaria), sea este empresario o Administración, que supuestamente ponen en peligro su salud; se trata de situaciones estrechamente relacionadas con el art. 40.2 CE (el cual obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo), razón por la cual resulta en este momento obligada la remisión al comentario de dicho precepto, no sin insistir, en todo caso, en que si en estos supuestos se acude a la vía del amparo es por su reconducción al derecho a la integridad del art. 15, presupuestos plenamente admitido por el Tribunal en

aplicación de la doctrina expuesta, aunque en la mayoría de los casos se concluya con una inadmisión a trámite o con un fallo denegatorio del amparo por faltar totalmente la prueba del riesgo para la salud o por haber sido este ponderado y valorado de modo razonado por el juzgador ordinario. Tal es el caso del ATC 868/1986, de 29 de octubre, FJ 2 (en el que se impugnaba la previsión de un determinado régimen de descanso y comidas en convenio colectivo); el ATC 17/1995, de 24 de enero, FJ 2 (sobre condiciones laborales de un empleado); la STC 220/2005, FF. JJ. 4 y 5 (en la que se recurría en amparo contra la denegación de prórroga de una baja laboral por enfermedad); o el ATC 57/2007, de 26 de febrero (relativo a un novedoso procedimiento de control de permanencia en el puesto de trabajo a través de la lectura biométrica de la mano, que el trabajador entendía podía ser peligroso para la salud). Otorga el amparo, en cambio, la STC 62/2007, de 27 de marzo, FF. JJ. 3 a 6; baste decir, a los efectos que ahora importan, que la sentencia entiende vulnerado el derecho a la integridad física de una trabajadora a la que la Administración—incumpliendo las obligaciones impuestas por la legislación en materia de prevención de riesgos laborales—mantuvo en idénticas condiciones de trabajo aun después de tener conocimiento de su embarazo, siendo así que el tipo de funciones desempeñadas suponían un palmario riesgo para su salud (y la del feto), dado el avanzado estado de gestación en el que se encontraba.

Veamos ahora las distintas proyecciones del derecho a la integridad física tal y como han ido siendo perfiladas por la jurisprudencia constitucional.

2. El derecho a consentir/rechazar tratamientos médicos

A) Ubicación del derecho y sus consecuencias

Desde la STC 120/1990, de 27 de junio, y su afirmación reproducida *supra*, el Tribunal ha

consolidado su doctrina de que **el derecho del paciente a aceptar o rechazar medidas terapéuticas forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad física del art. 15**, que no solo se ve vulnerado por conductas perjudiciales para el organismo, sino también por actuaciones bienintencionadas que, aun dirigidas a restaurar o mejorar la salud, supongan una intromisión no consentida en la esfera corporal del afectado. Se trata, por tanto, de «un derecho de autodeterminación que tiene por objeto su propio sustrato corporal —como distinto del derecho a la salud o a la vida— y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física» (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9); un derecho que comprende también, como presupuesto básico de su ejercicio, el de recibir la información previa adecuada sobre los riesgos de la opción terapéutica sobre la que el paciente ha de decidir (STC 37/2011, de 28 de marzo, que en FJ 5 califica la prestación de la información como «una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental»).

Con ello opta el Tribunal por un determinado anclaje constitucional del «consentimiento/rechazo informado», descartando otras posibilidades anteriormente sugeridas por la doctrina, algunas excesivamente estrechas (lo que les impedía abarcar la totalidad del derecho, como las que partían de la libertad religiosa del art. 16 CE) y otras, en cambio, mucho más amplias. Entre estas últimas se contarían eventuales fundamentos como la dignidad del art. 10.1 CE o un supuesto derecho de autonomía personal a adoptar las decisiones más esenciales de la propia vida, al estilo de la *privacy* de la Constitución estadounidense (que muchos Tribunales norteamericanos han utilizado para atribuir rango constitucional al derecho a rechazar tratamientos), cuya acepta-

ción como bases del derecho del paciente hubiera comportado el riesgo de no poder explicar adecuadamente el porqué de no admitir como expresiones de esa misma autonomía individual otras decisiones igualmente centrales para la propia existencia, como por ejemplo la de poner fin a la propia vida. Hacer radicar este derecho del paciente en el art. 15 CE supone, por una parte, negar relevancia a los motivos de su decisión («el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa» —STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3, y similar en la STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9—), y, por otra, **ofrece una base constitucional desde la que poder negar el rango de derecho fundamental a otras decisiones ciertamente muy centrales —como la de quitarse la vida—, pero en las que no se encuentra implicado el derecho a la integridad física**. Expresado con un ejemplo, desde esta base resultaría coherente considerar amparada por el art. 15 CE la decisión de una paciente totalmente paralizada (consciente y mentalmente competente) de que le fuera retirado un respirador artificial que la mantenía con vida, aunque ello fuera a significar su muerte (y así lo entendió el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen núm. 90/2007 sobre un caso de estas características, en el que efectivamente se llevó a cabo la retirada), y, en cambio, negar el derecho fundamental a morir a otro paciente (en similar situación de postración, pero sin ventilación mecánica) que no pudiera quitarse la vida por sí mismo y que solicitase para ello la ayuda de terceros. Por mucho que desde un punto de vista más amplio se trate de situaciones que pudieran ser valoradas como equivalentes y merecedoras de un tratamiento similar en la legalidad ordinaria, lo cierto es que desde el punto de vista estrictamente constitucional existe esa diferencia esencial (invasión o no de la integridad física del paciente por un aparato de medicina intensiva) que permitiría justificar esa diferencia de trato.

B) *Límites al derecho. La huelga de hambre penitenciaria*

Esta manifestación del derecho a la integridad física puede, con todo, ser objeto de algunas limitaciones. Como es sobradamente conocido, así lo declaró el Tribunal en la STC 120/1990, de 27 de junio, así como en la 137/1990, de 19 de julio, en las que apreció la conformidad constitucional de la alimentación coactiva de presos terroristas en huelga de hambre sobre la base de varios argumentos (ampliamente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 1999, 331 y ss.). De entre ellos el razonamiento esencial descansa, como se sabe, en la afirmación de una **relación de sujeción especial** entre la Administración Penitenciaria y los internos, deducida conjuntamente del art. 25.2 CE y del art. 3.4 de la LOGP, que obligaba a aquella a velar por la vida y la salud de estos (STC 120/1990, FJ 6, y STC 137/1990, FJ 4); el punto discutible estriba en si tal deber ha de entenderse en un sentido garantista o prestacional ligado a la voluntad de los supuestos beneficiados (de tal manera que la obligación desaparece cuando estos renuncian a la asistencia, tal y como sugerían los dos votos particulares a la primera de las sentencias) o si se mantiene también en contra de la voluntad de los internos, llegando a amparar la imposición coactiva de la prestación sanitaria (como entendió la opinión mayoritaria plasmada en la sentencia).

En todo caso, la sentencia no se basa tan solo en dicho argumento, sino que recurre a otros dos razonamientos, cuya utilización resulta a la postre distorsionadora —RUIZ MIGUEL 1993, 140 y ss.—. En primer lugar, el Tribunal se refiere a la **esencial importancia del bien jurídico vida**, a cuya preservación va dirigida la medida de alimentación forzosa (SSTC 120/1990, FJ 8, y 137/1990, FJ 6). No obstante, lo cierto es que el papel de este razonamiento se difumina en cierto modo al presentarse unido al anterior: si la vida es un bien de tal importancia constitucional que su salvación justifica la lesión de otros derechos fundamentales por parte del

Estado, ello constituye una premisa básica que debería operar por igual para todos los ciudadanos que pongan en claro riesgo su vida por negarse a recibir un tratamiento. En caso contrario, si no se acepta esta aplicación amplia del argumento, ocurre que el recurso al mismo se presenta en realidad como innecesario: la sentencia podría haberse limitado a decir que el Estado puede y debe intervenir en casos como el que dio lugar al recurso únicamente porque es garante de la vida de cualquier individuo al que se encuentre unido por una relación de sujeción especial como la penitenciaria; el desarrollo de la idea de la mayor importancia de la vida no cumpliría entonces función alguna.

En segundo lugar, el Tribunal se remite a la **ilegalidad de los fines perseguidos por la huelga de hambre** como un factor añadido que jugaría en apoyo de la intervención estatal discutida (SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5), pero con el que de nuevo introduce cierta confusión en el conjunto de las sentencias. En primer término, cabría pensar que si el Estado se halla realmente obligado a garantizar la vida de los internos penitenciarios (argumento de la sujeción especial), ello debería predicarse de todos los que se encuentran en esta situación: la alusión —siquiera sea a modo de refuerzo argumental— al propósito perseguido por el preso con su protesta no se compadece bien, a mi entender, con el que pretende ser el factor decisivo del fallo. En ese sentido, conceder relevancia al elemento motivacional de la huelga de hambre conlleva no poca inseguridad en el tratamiento jurídico de estos supuestos; y es que —sirviéndonos de un razonamiento *a contrario*— ello parecería implicar la necesidad —o al menos la posibilidad— de respetar la negativa del preso cuya protesta se fundamentara en una pretensión justa o, incluso, en una cuestión cuya solución no dependiera de la Administración Penitenciaria (por ejemplo, aquel que inicia una huelga para llamar la atención de su cónyuge, que no acude a visitarle). En definitiva, se haría depender la vida o muerte del preso huelguista de lo justo o injusto de su

petición, dándose la paradoja de que se le salvaría la vida cuando su reclamación fuera injusta o ilegal, mientras que se respetaría su negativa cuando su petición obedeciera a un motivo legítimo. Por otra parte, la cuestión del fin perseguido por la huelga de hambre no se compagina bien con el otro argumento empleado por la sentencia, cual es el de la importancia del bien vida en nuestro ordenamiento constitucional. Si la relevancia esencial de esta constituye una razón para justificar la intervención en otros derechos fundamentales cuando de ello dependa la salvación de la primera, en nada interesa el hecho de que el riesgo para la vida proceda de una actividad lícita o ilícita. De hecho, la utilización de este argumento por el TC ha sido severamente criticada por la doctrina, tanto en lo relativo a su inutilidad para resolver estos concretos conflictos como desde un punto de vista más general (ATIENZA, 1993, 134-135).

C) *El paciente incapaz. La esterilización de incapaces*

Al margen de estos peculiares casos de huelgas de hambre penitenciarias, la piedra de toque de la legitimidad constitucional de un tratamiento médico reside, como hemos visto, en que sea consentida por el afectado o, en los supuestos en los que este no tenga capacidad suficiente para decidir, por las personas legalmente determinadas a tal efecto y siempre bajo el principio del mejor interés del paciente incapaz; en tales casos, «el problema de la sustitución del consentimiento... se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal» (STC 215/94, de 14 de julio, FJ 4). Desde este prisma evaluó el Tribunal la constitucionalidad de la esterilización de incapaces (regulada en el art. 156.2.º del vigente Código Penal de 1995, en términos idénticos al precepto del antiguo Código objeto de la cuestión de constitucionalidad), declarando su **conformidad con el art. 15 CE** en la medida en que persigue finalidades constitucionalmente legítimas (evitar

al incapaz una descendencia respecto de la que no podría satisfacer las obligaciones asignadas a los padres por el art. 39 CE, además de equiparar su vida en mayor medida a la de las personas capaces, al permitirle no estar sometido a una constante vigilancia posiblemente lesiva de su dignidad e integridad moral, y posibilitarle el ejercicio de la sexualidad sin riesgos), y lo hace de modo proporcionado (dimensión en la que resulta de esencial importancia que la intervención no suponga un grave riesgo para su salud). La relativa brevedad de este razonamiento (todo él contenido en el FJ 4 de la sentencia arriba citada) contrasta, como pone de manifiesto el magistrado Gimeno Sendra en su voto particular, con el mucho mayor desarrollo del examen de la proporcionalidad contenido en otras sentencias en relación a intervenciones objetivamente mucho menos invasivas (como la analítica de sangre en la STC 7/1994, de 17 de enero).

3. Las intervenciones corporales

A) *Concepto*

El de las intervenciones corporales constituye, probablemente, **el más problemático** de los ámbitos de juego del derecho a la integridad física, y aquel en el que la jurisprudencia constitucional presenta más oscuridades. En sentido amplio, y sin entrar en las diversas concepciones doctrinales, la expresión suele emplearse para designar una amplia gama de actuaciones del poder público que de alguna manera recaen sobre el cuerpo del ciudadano, la mayoría de ellas realizadas en el curso de una investigación criminal para contribuir al esclarecimiento de hechos que puedan ser constitutivos de delito o a la determinación de su autor, si bien también puede tratarse de medidas acordadas en el seno de un procedimiento civil (como las pruebas biológicas de paternidad) o, en el ámbito penitenciario, como formas de vigilancia y control (observaciones radiológicas del interno).

De entrada ha de diferenciarse las actuaciones que afectan directamente al derecho a la integridad física —que son las que aquí más nos interesan— de aquellas otras que, según el Tribunal, podrían en su caso comprometer derechos distintos. En principio **los registros y las inspecciones corporales** son definidos por el Tribunal (esencialmente en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FF. JJ. 2 y 3) como cualquier tipo de medida de reconocimiento del cuerpo humano (reconocimientos en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, electrocardiogramas, etc.), que si bien no afectan a la integridad física del sujeto sobre el que se realizan, sí pueden menoscabar su derecho a la intimidad corporal o el más general de la intimidad personal en la medida en que recaigan sobre partes íntimas del cuerpo, como es el caso de las inspecciones vaginales o anales o de los exámenes ginecológicos (supuesto este último de la STC 37/1989, de 15 de febrero, en el que la exploración se enderezaba a investigar si la mujer había cometido un delito de aborto). Por su parte, las llamadas **intervenciones corporales (o intervenciones corporales en sentido estricto)** pueden consistir en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos que posteriormente serán objeto de informes periciales, o en la exposición del organismo a radiaciones (rayos X —supuesto de la STC 35/1996, de 11 de marzo, como medida de vigilancia en centro penitenciario—, TAC, resonancias magnéticas), y cabe dividirlos a su vez en graves (aquellas susceptibles de poner en peligro la salud o de ocasionar sufrimientos al sujeto que las padece, como sería el caso de las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo), y leves (en caso contrario); así, por ejemplo, se consideran intervenciones corporales leves la extracción de elementos externos del cuerpo, como el pelo (supuesto de la STC 207/1996, de 16 de diciembre), o las uñas, o incluso de algunos internos, como los análisis de sangre (ATC 221/1990, de 31 de mayo, y STC 7/1994, de 17 de enero, ambas sobre pruebas de paternidad, o STC 234/1997, de 18 de diciembre, sobre la prueba de alcohol-

mia, así como la STC 25/2005, de 14 de febrero). Por tanto, a diferencia de los registros e inspecciones, las intervenciones corporales sí afectan —de manera más o menos intensa— a la integridad corporal del sujeto, y dependiendo de los casos pueden llegar a colisionar también con su intimidad corporal así como con la más amplia intimidad personal; de este modo, por ejemplo, la extracción de un cabello a un imputado afectaría tan solo —y de modo leve— a su derecho a la integridad física, mientras que el posterior análisis de dicho cabello podría llegar a lesionar el derecho a la intimidad personal si mediante el mismo se descubrieran datos pertenecientes al ámbito más privado que el sujeto mantiene reservado del conocimiento ajeno (sobre la afectación de la intimidad por intervenciones corporales no invasivas de la integridad física SSTC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6, o 135/2014, de 8 de septiembre, FF. JJ. 2 y 4 —esta relativa a la extracción de saliva de un detenido mediante un frotis bucal, considerada intervención corporal leve y analizada solo a la luz del derecho a la intimidad—).

B) *La cuestión de la previsión legal*

El estudio de la jurisprudencia recaída en torno a este tipo de actuaciones debe partir de un extremo esencial, como es el hecho de que en nuestro ordenamiento (en vivo contraste con otros sistemas próximos, como el alemán) **no existe una regulación legal expresa** (con excepción de las pruebas de ADN, cuya práctica se encuentra prevista, tras la LO 15/2003, en el párr. 2.º del art. 363 de la LECrim.). En efecto, a diferencia de otras actuaciones estatales restrictivas de derechos fundamentales como la detención, la entrada y registro domiciliarios o la intervención de las comunicaciones, las intervenciones corporales carecen en nuestro ordenamiento de una previsión legal concreta que habilite de modo específico para su realización y fije las condiciones y los límites de su admisibilidad; en este sentido, las previsiones contenidas en determinados preceptos de la LECrim., como

el art. 339, el art. 344 o el art. 478, no se encuentran específicamente referidas a este tipo de actuaciones, y revisten un carácter muy general. Es precisamente esta ausencia de regulación expresa la que da lugar a una intensa polémica doctrinal sobre muchos extremos relativos a esta clase de medidas (sobre quién y por quién pueden practicarse, con qué límites, etc.), así como, en lo que ahora interesa, a una **jurisprudencia constitucional un tanto ambigua**. En efecto, partiendo de la premisa de que el primer requisito de la legitimidad de estas medidas pasa por su previsión legal, obligada a la luz de la reserva de ley contenida en el art. 53 CE, en un primer momento el Tribunal pareció considerar que los genéricos preceptos de la LECrim. antes citados podrían satisfacer dicha exigencia (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, en un caso en que, según la clasificación del propio Tribunal, en puridad no afectaría directamente a la integridad física sino a la intimidad, por tratarse de una inspección vaginal), si bien es cierto que ello no significaba en modo alguno que con esto quedase salvada la legitimidad de cualquier medida que pretendiera basarse en tales preceptos legales, pues la propia sentencia, consciente de su «carácter genérico e indeterminado», se encargaba de añadir una serie de requisitos ulteriormente necesarios para ello, que han venido siendo desarrollados por la jurisprudencia posterior y de los que enseguida nos ocuparemos. Sin embargo, afortunadamente este extremo fue reconsiderado en la fundamental STC 207/1996, de 16 de diciembre —el pronunciamiento de obligada referencia respecto de las intervenciones corporales—, en la que la ausencia de previsión legal específica de la medida se mencionaba como una de las bases de la concesión del amparo. La sentencia señala expresamente, en referencia al art. 339 LECrim., que:

«al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.)

que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma, pero no encontrará en esta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado» (FJ 6),

lo que es reiterado en la STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6; en esta línea de exigir un respeto más escrupuloso al principio de legalidad en este ámbito se pronuncia también el voto particular de la Presidenta Casas Bahamonde a esta última sentencia, en el que insiste en que la restricción de los derechos implicados exige una previsión legal expresa y concreta.

C) *Requisitos de legitimidad*

Pues bien, para aquellos casos en los que se satisface la primera exigencia de la habilitación legal (lo que ha sido afirmado con respecto a las pruebas biológicas de paternidad previstas en el antiguo art. 127 del Código Civil, actual art. 767.2 de la LEC, o en las observaciones radiológicas a internos como medida de vigilancia *ex art. 23 LOGP*, así como respecto de las pruebas de alcoholemia sobre la base de la previsión actualmente contenida en el art. 12 del RDLeg. 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial), la legitimidad constitucional de la medida se subordina todavía al **cumplimiento de otros requisitos con los que se satisfaría el canon de proporcionalidad** en sentido amplio, que han ido siendo fijados, con mayor o menor detalle, por las sucesivas sentencias sobre intervenciones corporales (así, SSTC 7/1994, de 17 de enero, FF. JJ. 2 y 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; ATC 57/2007, de 26 de febrero, FJ 3, o ya antes, STC 37/1989, de 15 de febrero, relativa a una inspección vaginal; ha de tenerse en cuenta, por cierto, que la mayoría de estos requisitos de legitimidad de las intervenciones corpora-

les lo son también de las inspecciones y registros afectantes a la intimidad). Así, se exige:

— **Fin constitucionalmente legítimo** de la medida (considerándose que lo son el interés estatal en la investigación de un delito, el mantenimiento del orden y la seguridad en un centro penitenciario o la averiguación de la paternidad).

— **Intervención judicial** que autorice la actuación mediante resolución, si bien se admite que la Ley pueda autorizar a la Policía Judicial (dado que el art. 15 CE, a diferencia de otros preceptos relativos a derechos fundamentales, no establece reserva absoluta de intervención judicial) a disponer, por razones de urgencia y necesidad, la práctica de intervenciones corporales leves. En aplicación de doctrina constante del Tribunal en relación con las resoluciones constrictivas de derechos fundamentales, se requiere de la resolución una motivación reforzada, expresiva del juicio de ponderación realizado entre el fin (constitucionalmente protegido) perseguido por la medida y el sacrificio impuesto al derecho.

— **Proporcionalidad de la intervención**, aplicándose aquí lo que ya es doctrina reiterada del Tribunal sobre las medidas limitativas de derechos fundamentales: juicios de idoneidad (capacidad de la intervención para conseguir el fin propuesto), necesidad (inexistencia de otra alternativa igualmente eficaz menos constrictiva), y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre las ventajas y perjuicios que de ella pudieran derivarse).

— Por último, se precisa la satisfacción de una serie de requisitos derivados de las peculiaridades del derecho a la integridad física objeto de la limitación: así, la intervención corporal deberá llevarse a cabo **por personal sanitario** (personal médico especializado en el caso de las intervenciones graves), y **en ningún caso podrán constituir una forma de trato inhumano y degradante o suponer «riesgo o quebranto» para la salud;**

a este último respecto, no obstante, precisa el ATC 57/2007, de 26 de febrero, FJ 3, que solo serán rechazables las actuaciones que supongan un riesgo grave, de manera que existirán intervenciones corporales que «puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional [el art. 15 CE], pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada».

D) Cuestiones por resolver. En especial, el problema de la imposición coercitiva

La reiteración de estos requisitos en diversas resoluciones —aun con ligeras diferencias entre ellas— no impide identificar varios puntos todavía no resueltos por esta línea jurisprudencial:

a) El primero de ellos se refiere al propio planteamiento de la cuestión de la vulneración de la integridad física. En concreto respecto del caso de la analítica de sangre, en varias ocasiones ha señalado el Tribunal que **si la misma se lleva a cabo de forma voluntaria, no se puede considerar afectado el derecho a la integridad física** (STC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, o STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6, que adopta este punto de partida para orientar todo su razonamiento a la posible vulneración del derecho a la intimidad personal, en un supuesto en el que un accidentado había sido sometido en cuanto paciente a una analítica de sangre —siendo la extracción en sí misma consentida— que luego fue utilizada para detectar un consumo previo de alcohol que pudiera llegar a acarrearle responsabilidades penales; un caso muy similar sirvió de base también al recurso de amparo resuelto por la STC 132/2006, de 27 de abril, si bien en este caso se desestimó por no haberse alegado oportunamente la posible vulneración de derechos). Ahora bien: lo que ya resulta mucho más confuso es que el Tribunal recalque, como hace en el ATC 405/2006, de 14 de noviembre, que «en ningún caso pueden haberse menoscabado

los derechos invocados en la demanda [scil. integridad física e intimidad] ya que la pericia requerida... no se ha realizado» (FJ 2). El recurso de amparo se interpone en este caso por un sujeto procesado por un posible delito de abuso sexual, al que se le ordena someterse a una prueba biológica para investigar su eventual responsabilidad; pues bien, al margen de que el motivo fundamental de la inadmisión a trámite (el no haber agotado la previa vía ordinaria) parece más que discutible en este caso —cuestión en la que no procede adentrarse aquí—, lo que no resulta de recibo es esta otra sorprendente argumentación complementaria, con la que pretende reforzarse el fallo de inadmisión, según la cual **el hecho de no haberse llegado a realizar la prueba** impide por completo hablar de menoscabo de la integridad. Si tal cosa fuera cierta, supondría que las meras órdenes judiciales de someterse a intervenciones corporales (analíticas de sangre, extracción de cabellos o uñas, pruebas radiológicas) no podrían ser valoradas a la luz de estos derechos fundamentales antes de su realización, lo que contradice de modo frontal toda la tarea que el Tribunal viene desarrollando a este respecto, pues de todas las sentencias relativas a intervenciones corporales, solo en un caso (las observaciones radiológicas al interno penitenciario en la STC 35/1996, de 11 de marzo) se enjuicia la legitimidad de pruebas efectivamente realizadas; en todos los demás supuestos lo que se valora es precisamente si el contenido de tales órdenes es legítimo y si por tanto el ciudadano se encuentra o no jurídicamente obligado a someterse a ellas; a este respecto, ya sentencias anteriores habían dejado sentado que el hecho de que la intervención corporal no se hubiera realizado «no confiere a la demanda de amparo un carácter meramente cautelar, ni obsta a su enjuiciamiento, dada la existencia de un acto conminatorio de los poderes públicos, aunque no ejecutado, frente al cual se reclama la preservación de derechos fundamentales, que, de no dispensarse inmediatamente por este Tribunal, podría ocasionar la consumación de su lesión definitiva» (STC 207/1996, de 16 de diciembre,

FJ 1, reiterando en este punto la STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 6). Como argumenta el propio Tribunal en la STC 62/2007, de 27 de marzo, para desechar el argumento de la Administración empleadora según el cual el derecho a la integridad física de la trabajadora embarazada no se habría visto vulnerado en la medida en que no llegó a incorporarse al puesto de trabajo asignado (y que la sentencia consideraba que ponía en riesgo su salud y la del feto), «ese planteamiento equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el art. 15 CE» (FJ 6).

b) El segundo punto sobre el que la jurisprudencia recaída hasta el momento no resulta del todo definitiva es el de las posibilidades del **uso de la coerción** para forzar a un sujeto a someterse a una intervención corporal considerada en sí misma legítima. La STC 207/1996, de 16 de diciembre, resuelve solo parcialmente la cuestión, en la medida en que deja claro que los preceptos genéricos de la LECrim. (en concreto el todavía vigente art. 339) no constituyen base legal suficiente para ordenar la «extracción coactiva» de elementos corporales. Lo que esto implica es, por tanto, que *esa concreta* previsión legal —absolutamente genérica— no puede servir de base a una extracción coercitiva, y ello, por cierto, ni siquiera aunque se satisficieran los demás requisitos de legitimidad de la intervención corporal, dado que la previsión legal se configura como un requisito previo que en todo caso ha de satisfacerse (cfr. al respecto, interpretando esta sentencia sobre este concreto punto, las posturas contrapuestas de GÓMEZ AMIGO, 2003, 64, y MARTÍN PASTOR, 2006, 103). Pero con ello no se agota, ni mucho menos, la cuestión de la admisibilidad constitucional del uso de la coerción en este ámbito. Veámoslo brevemente:

En primer lugar, surge la cuestión de hasta qué punto la previsión legal de una determi-

nada intervención corporal habría de **recoger expresamente la posibilidad del uso de la coerción** para configurarse como base legal suficiente de su imposición coactiva. El art. 363 párr. 2.º de la LECrim., introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, plantea exactamente esta dificultad, en la medida en que prevé de modo expreso la posibilidad de que el Juez de Instrucción acuerde, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, pero nada dice —y parece inexplicable que no se haya aprovechado la introducción del precepto para aclarar este fundamental extremo (EXTEBERRIA GURIDI, 2000, 37, o LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, 2001, 202), aun antes de la aprobación del texto definitivo— sobre si en caso de negarse el sospechoso puede procederse a la extracción de tales muestras mediante el uso de la fuerza. Dicha coerción ¿podría considerarse amparada por el 363 de la LECrim. en su actual formulación, o sería necesario que dicha posibilidad se mencionara expresamente? Aunque no exactamente en estos términos, la cuestión vino a plantearse ya en el voto particular del magistrado Cruz Villalón a la STC 7/1994, de 17 de enero, relativa a una prueba de investigación de paternidad a través de una analítica de sangre, medida prevista de modo específico como medio admisible de investigación y prueba de la paternidad y maternidad por el entonces vigente art. 127.1.º del Código Civil (hoy sustituido por el art. 767.2 de la LEC, que se expresa en idénticos términos). Partiendo del acuerdo con la sentencia en lo que se refiere a la legitimidad constitucional de la prueba, discrepa Cruz Villalón de los efectos concedidos por aquella a la negativa del sujeto a someterse a dicha intervención corporal, que a su juicio hubieran debido ser los de que «se proceda a la práctica de la prueba biológica». Parece con ello asumir el magistrado que la previsión legal del Código Civil ofrecería cobertura a la realización coercitiva de la prueba, punto no asumido por la opinión mayoritaria plasmada en la sentencia —en puridad, esta no se pronuncia expresamente so-

bre ese extremo, puesto que en realidad no era la práctica coactiva lo que solicitaba la madre demandante, pero en la medida en que no se acepta la opinión del voto discrepante, es claro que se rechaza la práctica compulsiva—. Solo en un caso, el enjuiciado por la STC 35/1996, de 11 de marzo, se da por buena la que parece haber sido una imposición coactiva de una intervención corporal (observaciones radiológicas sobre un interno como medida de mantenimiento de la seguridad en el centro), por considerarla cubierta por el art. 23 de la LOGP.

Por último, habría todavía de mencionarse una cuestión en puridad distinta de la anterior: la del **grado de coerción constitucionalmente admisible per se**, al margen de que existiera una previsión legal expresa al respecto, y no parece imposible, por cierto, que pueda llegar a haberla, puesto que no puede ignorarse que las implicaciones del rechazo a someterse a una intervención corporal no son las mismas en una prueba de paternidad (en las que la negativa injustificada puede dar lugar a la declaración de la filiación si existen otros indicios en ese sentido, tal y como en la actualidad recoge el art. 767.4 de la LEC), que en una investigación por delito.

En ese sentido, resulta obvio que el hecho de que el uso de la coacción para llevar a cabo una intervención corporal se encontrara específicamente autorizado por ley no implicaría su legitimidad de modo automático, pues dicha norma habría de ser en sí misma constitucionalmente contrastada. La cuestión es de nuevo objeto de discrepancia doctrinal; en cuanto a lo que sobre ello pueda extraerse de la jurisprudencia con la que contamos hasta el momento, lo cierto es que en ninguna de las sentencias que venimos comentando se veda ya de entrada el uso de la fuerza (más bien al contrario, puesto que, como decíamos más arriba, la STC 35/1996, de 11 de marzo, da por buenas, sobre la base del art. 23 de la LOGP, unas intervenciones corporales en el ámbito penitenciario que parecen haberse llevado a cabo sin el consentimiento del interno); pare-

ce lógico pensar, por tanto, que **la legitimidad de las previsiones legales que eventualmente autorizaran el empleo de la coerción física en este ámbito dependería de la satisfacción del conjunto de los requisitos que el Tribunal ha ido perfeccionando a lo largo de su jurisprudencia relativa a las intervenciones corporales, y muy especialmente del parámetro de la proporcionalidad** —esto es, de la ponderación entre la necesidad del uso de la coerción a la luz del fin perseguido por la intervención y el grado de afectación de los derechos del investigado— (cfr. en la doctrina, por ejemplo, EXTEBERRIA GURIDI, 1999, 405 y ss., 465 y ss., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, 297 y ss., 302 y ss.; *vid* también Díez PICAZO, 2004, 234-235).

III. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD MORAL Y LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES

1. La integridad moral como derecho fundamental

Como es sabido, el tenor literal de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes incluida en el art. 15 CE coincide con el del art. 3 CEDH y ahora también con el de los arts. 3.1 y 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000 y II.64 del Tratado de la Unión Europea, de modo que no puede sorprender que la jurisprudencia constitucional española se haya desarrollado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reconociendo su influencia en el origen del precepto, ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5). No obstante, a diferencia del art. 3 CEDH, que solo se refiere a las prohibiciones, el art. 15 CE menciona expresamente la integridad moral como derecho fundamental. En consonancia con dicha mención, el Tribunal Constitucional lo ha configurado como un **derecho autónomo**

e independiente de los derechos a la vida y a la integridad física, lo que probablemente ha influido en la creación de un título específico para la protección de la integridad moral en el Código Penal en 1995. Ante la ausencia de una definición por parte del Tribunal Constitucional, la doctrina ha formulado alguna definición, como «el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona» (CONDE-PUMPIDO, 1996, 1169). Esta definición, sin embargo, no es suficientemente precisa, dado que en el núcleo de este derecho se ha de incluir también el derecho a no ser sometido a tratamientos que anulen o modifiquen las ideas, pensamientos o sentimientos de la persona, como vamos a ver.

En su configuración jurisprudencial, se aprecian diferentes facetas o plasmaciones de este derecho. Así, de un lado, la integridad moral se ha vinculado con la **dignidad humana** (art. 10.1 CE) de la que es una concreta manifestación; esta vinculación ha conducido a sostener que la integridad moral protegería **la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria igual a todo ser humano**. En consecuencia, la vulneración de este derecho se produciría cuando se reduce a la persona a mero sistema biológico o mero objeto desconociendo su faceta moral, esto es, cuando se actúa sobre ella sin respetar su capacidad de decisión y el contenido de su voluntad, cuando se la degrada a ser instrumento de una voluntad ajena. Así, la jurisprudencia señala que los comportamientos prohibidos en esta disposición suponen un atentado frontal y radical a la dignidad humana, «bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13). De otra parte, también se encuentran resoluciones en las que la integridad moral se concibe como **integridad y salud psíquica** de la persona. Esta concepción

se observa, por ejemplo, en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, y 71/2004, de 19 de abril, en las que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con la integridad moral de un **menor** respecto de resoluciones judiciales en las que se había decidido sobre la guarda de hecho o acogimiento del menor. En una tercera perspectiva, la integridad moral protege la **indemnidad o inviolabilidad de la propia personalidad** (sobre esta faceta, GONZÁLEZ CUSSAC, 1998, 406-407) o **identidad moral**. Como se afirmó en la STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 5), «el derecho a la integridad física y moral [...] protege la inviolabilidad de la persona [...] [entre otros] contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu». La integridad moral se conecta entonces con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la libertad de creencias y de conciencia de la persona, y con el derecho a una personalidad propia, de modo que los comportamientos contrarios a la Constitución son los que niegan el derecho a tener **una identidad moral propia**. El derecho se vulneraría, por ejemplo, con procedimientos de «lavado de cerebro», de manipulación psíquica, a través de los cuales se modifican las creencias, pensamiento o personalidad de la persona, o mediante los denominados métodos de desorientación sensorial y psicológica, que se aplican en la privación de libertad como el aislamiento celular, y que van dirigidos a quebrantar no ya la voluntad, sino la personalidad, y a minar el equilibrio psicológico de la persona (MAQUEDA, 1986, 437). Esta perspectiva también ha sido puesta de relieve en relación con los menores, declarando el Tribunal Constitucional que:

«frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos

de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal» (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5, sobre las restricciones del derecho de visitas de un padre integrado en el Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España).

El derecho a la integridad moral, más allá de su naturaleza de derecho subjetivo, tiene una dimensión objetiva de la que derivan para el Estado **deberes de protección incluso contra la voluntad de su titular**, erigiéndose la dignidad humana en fundamento de las limitaciones a la libertad de disposición del sustrato biofísico de la misma, esto es, del propio cuerpo o de la propia persona (TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2014, 191 y ss.).

2. La prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes

A) *Delimitación de las conductas que caen en el ámbito de la prohibición*

La prohibición contenida en el art. 15 CE tiene un carácter notablemente **abierto**, debido a la propia vaguedad y relatividad histórico-cultural de los términos calificadores de las conductas: *inhumanos* o *degradantes*.

El Tribunal Constitucional ha definido genéricamente el conjunto o **clase de comportamientos** prohibidos señalando (siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo desde su STEDH *Irlanda c. el RU*, de 18 de enero de 1978, § 167) que implican la irrogación de «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (STC 120/1990, FJ 9, reiterado por ejemplo en SSTC 137/1990, de 19 de julio, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 196/2006, de 3 de julio, FJ 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Los **tres elementos que caracterizan los comportamientos** son, por tanto: el padecimiento, dolor o sufrimiento, que puede ser físico y psíquico o moral, el carácter vejatorio del comportamiento y la intención con la que se realizan, vejatoria y dirigida a someter la voluntad de la víctima. Elemento fundamental es entonces que la producción del **padecimiento** o sufrimiento, físico o psíquico o moral, mediante cualquier acción u omisión, constituya o no una injerencia directa en la integridad física de la víctima; es irrelevante que los actos hayan dejado huellas físicas en el cuerpo de la víctima, siempre que se haya demostrado que la técnica aplicada produce un sufrimiento físico o psíquico en quien la sufre. El segundo elemento que configura la clase de actos que vulnera la prohibición es su **carácter vejatorio**, es decir, que implique la humillación o degradación de la víctima. El Tribunal Constitucional comenzó apelando a un criterio subjetivo en la determinación del carácter vejatorio del acto, exigiendo que el trato fuera vejatorio para quien lo sufre (STC 120/1990, FJ 9), si bien con posterioridad al recoger la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha señalado que para que el trato sea degradante «debe ocasionar también al interesado —ante los demás o ante sí mismo— una humillación o un envilecimiento» (ATC 33/1997, FJ 5, recogiendo SSTEDH de 25 de febrero de 1982, asunto *Campbell y Cosans*, § 28; de 25 de marzo de 1993, asunto *Costello-Roberts c. el RU*, § 30). Y es que en este ámbito, tanto la valoración individual como social del acto son relevantes, no siendo fácil discernir con carácter general en qué medida y en qué casos ha de prevalecer el criterio individual o social, dado que la prohibición de la tortura como manifestación de la protección de la dignidad humana trasciende lo meramente individual. El tercer elemento que integra la definición es la **intención** con la que se realizan estos actos: vejatoria y de doblegar la voluntad de la víctima. Con esta delimitación del elemento intencional el Tribunal Constitucional se decanta por una concepción amplia de las conductas constitucionalmente ilícitas, pues no limita la clase de

objetivos pretendidos con los actos de tortura a la obtención de información con fines políticos o de investigación penal.

El criterio **cuantitativo** de la **intensidad**, severidad o gravedad del sufrimiento infligido, constituye el elemento del que se sirve la jurisprudencia constitucional, tanto para efectuar una delimitación externa del ámbito de lo prohibido o límite mínimo de lo prohibido como una diferenciación interna de las tres conductas mencionadas en el art. 15 CE. Desde esta perspectiva cuantitativa se ha declarado que para la apreciación de la vulneración de la prohibición lo determinante no es el empleo de medios coercitivos (STC 120/1990, FJ 9), sino que el trato contrario a la dignidad, el maltrato o trato humillante debe traspasar «un **umbral mínimo** de severidad», que se determinará en atención de las circunstancias del caso, pero teniendo en cuenta, en primer término, que, dado el carácter absoluto de la prohibición, es irrelevante «la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida» con el acto, y que en el caso de que el trato degradante sea una sanción, el padecimiento provocado ha de ir más allá del que resulte inevitablemente unido o inherente a la sanción misma (ATC 333/1997, FJ 5). Pero además, el criterio cuantitativo de la intensidad del padecimiento infligido es el elemento de diferenciación entre los tres comportamientos prohibidos que se sitúan en una **escala gradual** en la que el escalón de menor intensidad viene constituido por el trato degradante [SSTC 137/1990, FJ 7; 57/1994, FJ 4. A); 215/1994, de 14 de julio, FJ 5; 34/2008, FJ 5; ATC 333/1997, FJ 5], que ha sido definido a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo como «aquel que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral» (ATC 33/1997, FJ 5, y SSTEDH *Irlanda c. el RU*, § 167; *Campbell y Cosans c. RU*, § 28; *Costello-Roberts c. el RU*, § 30). De modo que en la jurisprudencia no se observa ninguna diferenciación cualitativa entre los tratos inhumanos o degradantes como la

apuntada en la doctrina en el sentido de que en los tratos **inhumanos** predominaría el factor crueldad, la imposición de dolor o sufrimiento físico o psíquico, mientras que en los tratos **degradantes** predominaría el factor de la humillación (Torío, 1986, 81); así, por ejemplo, un castigo corporal sería siempre inhumano, mientras que si se ejecuta sobre la persona desnuda sería además degradante.

En aplicación de estos criterios, el Tribunal ha negado la calificación de trato inhumano o degradante a distintas actuaciones en el **ámbito penitenciario** al entender que no traspasaban el umbral mínimo exigido; en concreto ha negado la calificación: a la **autorización de alimentación forzosa por vía parenteral** a internos en prisiones porque «no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos [...] sino a evitar [...] los efectos irreversibles de la inanición», porque en la actuación médica «no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad», y porque se autorizó en tanto era estrictamente necesaria para la conservación de la vida de los internos, de acuerdo con la evolución de su situación clínica y la *lex artis* (SSTC 120/1990, FJ 9; 137/1990, FJ 7); a la **orden de realizar flexiones desnudo dada a un interno** en centro penitenciario tras una comunicación especial o íntima, afirmando que ni por su finalidad (evitar la introducción de objetos y sustancias peligrosas en el establecimiento penitenciario) ni por el contenido de la orden (que no implicaba contacto corporal, sin que constara la duración y el número de flexiones, por lo que no se podía afirmar que causarían un sufrimiento físico de especial intensidad), ni por las circunstancias de su ejecución (no constaba si había de practicarse en presencia de terceras personas) había acarreado un sufrimiento de especial intensidad o provocado una humillación o envilecimiento del interno (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4) —sin embargo, en este caso el Tribunal declaró la vulneración del derecho a la intimidad corporal con argumentos, entre otros, que cuestionan el pronunciamiento previo de la no vulnera-

ción del art. 15 CE: de un lado, se afirma que no se ha acreditado la necesidad concreta de la medida, pues no consta que en el establecimiento penitenciario existiera una situación de amenaza para la seguridad y el orden, ni tampoco indicios serios de que el recluso tratase de introducir objetos en el establecimiento; y de otro, se afirmó que «la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, [...] entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre» (STC 57/1994, FF. JJ. 6 y 7)—; a la **extracción de cabellos de diferentes partes de la cabeza y del vello de las axilas** a realizar por el médico forense para su análisis con la finalidad de obtener información sobre el eventual consumo de drogas (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 5); a la orden dada a un preso de **desnudarse totalmente para ser cacheado y pasar dos veces por el arco detector de metales vestido solo con una bata** por razones de seguridad al llegar al centro penitenciario al que fue trasladado (ATC 94/1999, de 14 de abril, FJ 2).

Fuera del ámbito penitenciario, el Tribunal Constitucional también ha rechazado la calificación de trato inhumano o degradante: respecto de la **esterilización de persona incapaz** con grave enfermedad psíquica del antiguo art. 428 CP (STC 215/1994, FJ); en un procedimiento de filiación a la orden judicial de «verificación de un **examen hematológico** por parte de un profesional de la medicina, en circunstancias adecuadas» (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3); al **castigo** impuesto a un menor de catorce años en colegio privado no concertado consistente en **apartarlo de su clase e incorporarlo al jardín de infancia durante cuatro meses**, como consecuencia de una falta de disciplina, con el argumento de que a pesar de estar en el jardín de infancia recibió diariamente las clases de forma individualizada (ATC 333/1997, FJ 5); la decisión de escolarización de un menor en un centro especial con el argumento de que no concurre el mínimo de gravedad exigido por

la jurisprudencia y porque se trataba de un expediente en el que se evaluaban las necesidades educativas (STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 3).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evolucionado incrementando el estándar de protección, señalando que ha de hacerse una **interpretación dinámica** del art. 3 del CEDH, de acuerdo con las condiciones de vida actual y afirmando expresamente que ciertos actos que han sido calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes podrían calificarse de torturas en el futuro (STEDH de 28 de julio de 1999, *asunto Selmouni c. Francia*, § 101); la excesiva severidad del trato exigida en los comienzos para calificar de tortura, aunque no solo, explica que hasta la STEDH de 18 de diciembre de 1996, *asunto Aksoy c. Turquía*, no se haya apreciado la existencia de torturas. Quizá también haya influido la toma en consideración, en los primeros años, del denominado criterio sociológico (sobre este criterio, SUDRE, 1984, 844 y ss.), conforme al cual se pondera la gravedad de la práctica en atención a lo necesario para la protección de la sociedad democrática y si procede de una práctica generalizada del Estado o constituye un hecho aislado. Para decidir si se ha traspasado el umbral mínimo de severidad ha de atenderse a las circunstancias del caso, la duración, los efectos físicos o mentales, el sexo, edad, estado de salud, entre otros. Se ha considerado que traspasan el umbral mínimo severidad requerido por el art. 3 CEDH y serían por tanto constitutivos de **trato degradante** el castigo a un alumno con quince azotes mediante vara de abedul subsistente en la Isla de Mann en 1972, sobre todo debido a la crueldad de la espera de la ejecución y a su aplicación en los glúteos desnudo (STEDH de 25 de abril de 1978, caso *Tyrer c. Reino Unido*); **afeitar la cabeza de un detenido** (STEDH de 11 de diciembre de 2003, asunto *Yankov c. Bulgaria*) y **atar a la cama de un hospital a un recluso** (STEDH de 27 de noviembre de 2003, asunto *Henaf c. Francia*). Se ha calificado de **trato inhumano** y negado la existencia de

tortura respecto de las cinco **técnicas de interrogatorio** aplicadas a los miembros del IRA (permanecer de pie frente a una pared, encapuchados con brazos y piernas separados, sin dormir y como único alimento diario una rebanada de pan y medio litro de agua y aplicarles un fuerte silbido constante) — STEDH *Irlanda c. RU*—. Ha apreciado la existencia de tratos inhumanos por las **condiciones materiales de la privación de libertad** en centros penitenciarios (espacio, ventilación, luz, condiciones higiénicas y sanitarias...) en las SSTEDH de 15 de julio de 2002, asunto *Kalashnikov c. Rusia*, §§ 96 y ss.; de 20 de enero de 2005, asunto *Mayzit c. Rusia*, §§ 39 y ss.; de 6 de noviembre de 2014, asunto *Briek c. Eslovenia* (entre otras), y en **centros de internamiento de extranjeros** (SSTEDH de 11 de junio de 2009, asunto *S. D. c. Grecia*; 11 de diciembre de 2014, *A. L. K. c. Grecia*; 28 de noviembre de 2017, asunto *Boudraa c. Turquía*; entre otras); ha calificado de trato degradante que un interno de ochenta y cuatro años, parapléjico, habiéndosele agravado sus **enfermedades** permaneciera en prisión (STEDH de 2 de diciembre de 2004, asunto *Farbuhs c. Lituania*, §§ 56 y ss.) o no dar los **cuidados médicos** adecuados al estado de salud del interno (SSTEDH de 6 de marzo de 2014, asunto *Gorbulya c. Rusia*; 6 de julio de 2017, asunto *Petrov c. Rusia*), o no haber aislado a un enfermo de tuberculosis, lo que ocasionó el contagio del recurrente (STEDH de 24 de julio de 2012, asunto *Fülöp c. Rumania*); ha considerado trato inhumano y degradante someter a un recluso a inspecciones anales diarias grabadas en video (STEDH de 20 de enero de 2011, asunto *El Shennawy c. Francia*); ha negado que un **aislamiento** durante ocho años constituya trato inhumano, aunque admite que la incomunicación puede destruir la personalidad y provocar daños emocionales y psíquicos irreparables (STEDH de 27 de enero de 2005, asunto *Ramírez Sánchez c. Francia*, y asunto *Van der Veder c. Países Bajos*, § 63); pero ha admitido la vulneración en un caso de aislamiento en celda durante dos años al no estar justificado por motivos de seguridad en el

asunto *Rzakanov c. Azerbaiyán* de 4 de julio de 2013; y ha estimado que constituyen tratos inhumanos o degradantes las **condiciones de espera de la ejecución de la pena de muerte** (entre otras, SSTEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. RU*, § 104; de 29 de abril de 2003, asunto *Aliev c. Ucrania*, § 148 —aislamiento las veinticuatro horas, ventanas de la celda tapiadas, ningún ejercicio diario, ninguna actividad ni contacto humano—). Fuera del trato dado a los reclusos, ha considerado que la **destrucción de la casa de una anciana**, en la que había vivido toda su vida, **ante sus ojos** constituyó un trato inhumano (STEDH de 30 de enero de 2001, asunto *Dulas c. Turquía*, § 55) así como los **golpes dados con fuerza con una caña a un niño de nueve años por su padrastro** (STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *A. c. RU*, §§ 22 y ss.), los castigos y tratos impuestos por dos maestras a un niño de cuatro años (STEDH de 7 de marzo de 2017, asunto *V. K. c. Rusia*).

El Tribunal ha considerado que concurrían torturas, la calificación más grave en la escala, de forma directa o indirecta en las SSTC 32/2003, de 13 de febrero; 148/2004, de 14 de septiembre; 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero, y 52/2008, de 14 de abril, y para ello ha fundamentado sus decisiones en las definiciones de los convenios internacionales como la contenida en el art. 1 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas de 1984, conforme a la cual tortura es:

«Todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que ha cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona.»

Para la calificación de tortura el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** exige que los malos tratos sean severos, crueles y pro-

longados, «de una especial infamia, deliberados y que causen fuertes y crueles sufrimientos» no siendo decisivo ni la finalidad con la que se efectúan ni si producen o no la muerte de la víctima (asunto *Mamut Kaya c. Turquía*). Se ha calificado de **torturas**, entre otras, en la STEDH, asunto *Aksoy c. Turquía* (el demandante fue sometido a la *Palestinian Hanging*, esto es, desnudado y con los brazos atados hacia atrás, colgado por los brazos, lo que le produjo parálisis de los mismos durante mucho tiempo), en la STEDH de 25 de septiembre de 1997, asunto *Aydin c. Turquía*, en el que la demandante —de diecisiete años cuando fue detenida— alegó haber permanecido tres días con los ojos vendados apartada de su padre y hermanos, desnuda y golpeada y objeto de abusos sexuales; en la STEDH, de 27 de junio de 2000, asunto *Salman c. Turquía*, la víctima fue sometida a la *falaka* (golpear con un bate de béisbol en la planta de los pies y el pecho; murió). También ha calificado de tortura el uso de la fuerza para la detención (lesiones por arma de fuego, contusiones y falta de atención hospitalaria hasta horas después de los hechos) en la STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Ilhan c. Turquía*. Debe señalarse que, si bien, España no ha sido condenada por considerarse la concurrencia de indicios suficientes de torturas, en sentido estricto, el Tribunal Europeo ha declarado la vulneración de la vertiente material del art. 3 CEDH al sostener la existencia de tratos degradantes (STEDH de 13 de febrero de 2018, asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*). En este caso el criterio de delimitación de la gravedad de unas y otros reside en la falta de secuelas permanentes producidas por las conductas.

B) Destinatario de la prohibición

Si bien en los convenios internacionales la prohibición de la tortura tiene como destinatario directo al **Estado**, siendo por tanto los funcionarios públicos y las personas que actúan en el ejercicio de las funciones públicas los posibles sujetos activos de la conductas, y

si bien los derechos fundamentales tienen su ámbito principal de vigencia frente a los poderes públicos, ello no obsta para que se admita que también los **particulares** pueden realizar comportamientos que atenten contra la integridad moral de las personas y que pueden generar responsabilidad para el Estado. En este caso, para poder acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional es necesario que los poderes públicos hayan incumplido sus deberes de protección del derecho, de manera que cuando los órganos judiciales no hayan tomado en consideración de modo adecuado su contenido en la resolución que pone fin al conflicto entre particulares, la vulneración de la prohibición de la tortura o de tratos inhumanos o degradantes será imputable a las resoluciones judiciales por ellos dictadas en tanto que incumplimiento de su deber de tutela judicial de los derechos fundamentales. Esta perspectiva ha permitido el examen de la vulneración de este derecho alegada en relación con la imposición de una sanción en un centro educativo privado a un alumno (ATC 333/1997; STEDH asunto *A. c. RU*).

3. Carácter absoluto de la prohibición

La prohibición de la tortura se considera un **valor fundamental** de las sociedades democráticas a la par que su realización se califica de «negación frontal de la transparencia y sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8, citando, entre otras, la STEDH asunto *Soering c. RU*, § 88). La prohibición tiene carácter **absoluto**, lo que comporta **dos consecuencias**: que la prohibición tiene validez «para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas», y que «no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5). A efectos interpretativos ello significa que la constatación de que nos encontramos en el ámbito de alguna de las tres categorías de comportamientos prohibi-

dos sería suficiente para declarar de forma inmediata la vulneración del derecho (ATC 333/1997, FJ 5); ello explica que se haya exigido un umbral mínimo de intensidad o gravedad de las conductas prohibidas. En el ámbito del Derecho internacional general y en los convenios de protección de derechos humanos este rasgo implica su carácter inderogable y la imposibilidad de limitación o suspensión bajo ninguna circunstancia (SALADO, 2005, 99 y ss.).

La declaración del carácter absoluto de la prohibición efectuada en la STC 34/2008 tiene un especial significado en el contexto de discusión político-internacional y filosófico-penal actual. En efecto, aunque el carácter absoluto de la prohibición de la tortura figura desde antiguo en los textos internacionales y desde antiguo se ha discutido el alcance de la prohibición, tras los atentados terroristas del 11-S en Nueva York, 11-M en Madrid, y 7-J en Londres, la polémica se ha reavivado. Para poner a prueba el propio carácter absoluto de la prohibición y la coherencia de su defensa se cuestiona si estaría justificado —al amparo del estado de necesidad— someter a tortura a una persona para salvar al género humano, por ejemplo, a una persona respecto de la que se sabe con certeza que ha puesto en marcha una **bomba de relojería** —*ticking time bombs*— que explotará y destruirá totalmente la tierra, con la finalidad de obtener la información necesaria para desactivarla (sobre la discusión, cfr., por todos, MOLINA, 2006, 265 y ss.; GRECO, 2008; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2014, 199 y ss.)—. Con la declaración efectuada en la STC 34/2008 no puede haber ninguna duda de la respuesta negativa también en estos casos, y ello con independencia de que se trate de una declaración efectuada *obiter dicta*, pues en el caso analizado en ella, obviamente, no estaba en peligro la supervivencia del género humano. En apoyo del carácter absoluto de la prohibición se ha aducido, de un lado, la propia literalidad de su configuración en la Constitución Española y en los convenios internacionales, que establecen la prohibición

sin que en «en ningún caso» pueda someterse a tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes. Y de otra parte, se esgrime la inderogabilidad de la prohibición en ninguna situación incluida en los preceptos internacionales y en el art. 15 del CEDH.

4. Deberes de abstención y deberes de protección frente a la prohibición de la tortura, o tratos inhumanos o degradantes

De conformidad con la esencia sustancialmente prohibitiva de esta disposición, el contenido de la norma de conducta que dirige a los poderes públicos se agota en principio en el **mandato de abstención**, de no realizar conductas constitutivas de torturas, o tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha comenzado a exigir del poder público actuaciones positivas concretas tendentes a la protección de los ciudadanos frente a las eventuales prácticas prohibidas, es decir, ha configurado **deberes positivos de protección**, y ello más allá de lo necesario en la protección frente a las vulneraciones cometidas por particulares (ATC 333/1997). Esta exigencia concuerda con la obligación general de los poderes públicos de velar por que las personas reciban un trato acorde a su dignidad, especialmente si se encuentran a su cargo (detenidos, presos, menores, ancianos, enfermos internados en instituciones públicas), pero va más allá. En particular, ha comenzado a exigir de los Jueces **una investigación suficiente y eficaz** ante la denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes, configurando de este modo un específico y **doblemente reforzado** derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia, con base en sospechas razonables, haber sido sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes (especialmente, SSTC 34/2008, FF. JJ. 3, 6 y ss.; 52/2008, de 14 de abril, FF. JJ. 2 y ss.; 182/2012, de 17 de octubre, FJ 3). Este deber de tutela es todavía más intenso en los casos en que la denuncia de torturas se refiere al período de detención incommu-

nicada, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto *Etxebarria Caballero c. España*, § 44; 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia c. España*; 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c. España*) y recogido el Tribunal Constitucional español (STC 130/2016, de 18 de julio, FJ 2). La inexistencia de esta investigación judicial suficiente y eficaz da lugar a la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, con anulación de las resoluciones de terminación del proceso y retroacción de actuaciones para que se reanude la investigación. En la elaboración de esta jurisprudencia ha influido de forma decisiva el contenido de los preceptos de los convenios internacionales específicos de protección frente a la tortura, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las resoluciones de los comités específicos de control de la aplicación de los convenios internacionales —Comité de Derechos Humanos y Comité de la Tortura de la Organización de Naciones Unidas, y Comité del Convenio Europeo contra la Tortura—, que hace tiempo habían comenzado a ampliar el contenido de las obligaciones dirigidas a los Estados derivadas de las prohibiciones de la tortura. Específicamente, han comenzado a exigir hace tiempo la realización de una investigación eficaz frente a las denuncias de torturas, como deber cuyo cumplimiento se considera imprescindible para la prevención y erradicación de las prácticas de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Como ha afirmado la STC 34/2008, FJ 5, «la persecución y sanción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y el efecto de prevención futura de su vulneración que de los mismos resulta, solo son posibles con una actuación judicial especialmente intensa y perseverante de investigación de denuncias».

Hitos fundamentales en el desarrollo de esta jurisprudencia constitucional son, de un lado, las SSTC 32/2003, de 13 de febrero, y 148/2004, de 14 de septiembre, dictadas en relación con quejas planteadas frente a resoluciones judi-

ciales que declaraban procedente la extradición del recurrente en amparo; las SSTC 224/2007, de 22 de octubre, y 34/2008, que se pronunciaron sobre resoluciones de sobreseimiento y archivo de querrela de órganos judiciales españoles frente a denuncias de delitos de torturas atribuidos a la detención policial cambiando la jurisprudencia previa; y la STEDH de 2 de noviembre de 2004, asunto *Martínez Salas c. España*, que declaró que España había vulnerado el art. 3 del CEDH, por no haber realizado una investigación eficaz suficiente de las denuncias de torturas.

Con posterioridad muchas son las resoluciones que han reconocido la ausencia de una investigación suficiente y eficaz en esta materia y que han dado lugar, por consiguiente, a sentencias estimatorias de los recursos de amparo (69/2008, de 23 de junio; 107/2008, de 22 de septiembre; 131/2012, de 18 de junio; 153/2013, de 9 de septiembre; 130/2016, de 18 de julio; 144/2016, de 19 de septiembre; 39/2017, de 24 de abril) o a sentencias condenatorias del Estado español por vulneración del art. 3 CEDH (SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, asunto *Martínez Salas*; de 28 de septiembre de 2010, asunto *San Argimiro Isasa*; 8 de marzo de 2011, asunto *Beristain Ukar*; 24 de julio de 2012, asunto *B. S.*; 16 de octubre de 2012, asunto *Otamendi Egiguren*; de 7 de octubre de 2014, asuntos *Etxebarria Caballero y Ataún Rojo*; 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia*; 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez*; 13 de febrero de 2018, asuntos *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*).

A) Torturas, extradición y entregas a terceros Estados

La primera resolución en la que el Tribunal Constitucional español ha estimado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), debido a que los órganos judiciales no habían realizado una investigación suficiente para despejar las denuncias de torturas ha sido la STC 32/2003,

dictada en relación con resoluciones judiciales que declaraban la procedencia de la extradición solicitada a Turquía (*supra* comentario al art. 13.3). Que hayan sido las resoluciones dictadas en un procedimiento extradicional las primeras que han merecido el reproche constitucional no puede considerarse extravagante, pues del carácter absoluto de la proscripción de la tortura deriva que los actos cometidos con vulneración de dicha prohibición no pueden tener ningún efecto jurídico y por ello tanto las legislaciones internas y los convenios internacionales específicos relativos a la prohibición de la tortura como los relativos a la extradición contemplan la tortura como causa para denegar la entrega o como causa impeditiva de la extradición o expulsión ante la existencia de sospechas fundadas de tortura en el país de destino. Así, el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, ratificado por España desde 1987, establece que «ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura». Igualmente, aunque ni la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, ni la Ley española 3/2003, relativa a la misma, contemplan el riesgo de tortura o trato inhumano como causa de denegación de la entrega, sin embargo el Tribunal Constitucional español ha aplicado su doctrina también a estos casos (por todas STC 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 2).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que los Estados pueden vulnerar el art. 3 CEDH si autorizan la entrega de un ciudadano que está bajo su jurisdicción a un tercer Estado cuando se alega y se comprueba que existe un riesgo cierto de sufrir torturas o tratos inhumanos. Esta doctrina se ha aplicado desde la conocida STEDH del asunto *Soering c. RU*, de 7 de julio de 1989 en diferentes casos de solicitud de extradición

(SSTEDH de 16 de febrero de 2015, asunto *Trabelsi c. Bélgica*; de 12 de diciembre de 2017, asunto *López Elorza c. España*, alegando en ambas el riesgo de ser condenado a cadena perpetua, entre muchas), así como en casos de expulsiones y denegaciones de asilo (SSTEDH de 3 de diciembre de 2009, asunto *Daoudi c. Francia*; 27 de marzo de 2012, asunto *Mannai c. Italia*; 15 de mayo de 2012, asunto *S. F. y otros c. Suecia*; 18 de abril de 2013, *MO. M. c. Francia*; de 19 de diciembre de 2013, asunto *N. K. c. Francia*; 9 de enero de 2018, asunto *X c. Suecia*).

B) *Deber de tutela judicial frente a la denuncia de tortura, tratos inhumanos o degradantes*

El deber de proceder a una investigación judicial eficaz como integrante de un específico y doblemente reforzado deber de tutela judicial efectiva (art. 24.1 en conexión con el art. 15 CE) se activa solo en caso de que existan sospechas razonables de comisión de las conductas constitucionalmente prohibidas, pues en otro caso la investigación no es necesaria. De ello deriva que las alegaciones no pueden ser genéricas, sino mínimamente fundadas y acreditadas por el demandante, esto es, deben ser avaladas por indicios y pruebas concretas (por todas, SSTC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8; 199/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). El derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera si no se abre o se clausura la instrucción «cuando existan **sospechas razonables** de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas» (SSTC 34/2008, FJ 6; 52/2008, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2; 12/2013, de 28 de enero, FF. JJ. 3 y 4).

En la determinación de la razonabilidad de las sospechas se han de tener en cuenta, en primer término, las circunstancias de cada caso, pero en el marco de esta clase de de-

nuncias, lo que supone tomar en consideración la «probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos» y, por tanto, la «dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba»; de modo que puede considerarse razonable la sospecha en atención a la aportación de una prueba que en otro contexto puede calificarse de insuficientemente fundada [STC 34/2008, FJ 7.a)]. En este contexto, en segundo término, el Tribunal Constitucional asume específicamente la jurisprudencia del TEDH, que ha declarado que «cuando un individuo que se encuentra en buen estado de salud es detenido preventivamente y [...] en el momento de su puesta en libertad se constata que está herido, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible del origen de las lesiones, a falta de la cual se aplicará el art. 3 del Convenio» (STEDH de 28 de julio de 1999, asunto *Selmouni c. Francia*, § 87). Por ello afirma que la desigualdad de armas existente en este ámbito ha de compensarse «con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a las personas encargadas de su custodia» [STC 34/2008, FJ 7.b)]. La jurisprudencia advierte, también, de que en la valoración del testimonio de la víctima ha de tenerse en cuenta que «el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva» [STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 8, reiterado entre otras en SSTC 34/2008, FJ 7.c); 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 131/2012, FJ 2], de modo que esto explica contradicciones en sus declaraciones ante distintos órganos, que no se denuncien inmediatamente las torturas, o la negativa inicial a ser reconocido (especialmente SSTC 52/2008, FJ 4; 63/2010, FJ 3; 131/2012, FJ 4; 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 3). Incluso, en este marco se ha considerado motivación insufi-

ciente para el archivo que en los informes médicos no hubiera signos físicos de agresión física, «habida cuenta de que... los malos tratos pueden no dejar marcas o señales de su comisión» (SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 131/2012, de 18 de junio, FJ 4).

El **alcance de la tutela constitucionalmente exigible** no tiene parangón en ningún otro ámbito, debido a que en este caso se tutela un derecho fundamental que tiene carácter absoluto y debido a que la indemnidad de este derecho depende de forma fundamental de la propia tutela judicial (STC 34/2008, FJ 6). Y son las propias características de estos hechos las que han de valorarse para determinar la suficiencia de la investigación; de un lado, se han de tomar en consideración la propia **gravedad** de los hechos investigados, el constituir un atentado gravísimo contra la dignidad humana y el carácter absoluto de la prohibición; y, de otro, las **dificultades de detectabilidad y perseguibilidad** de este tipo de conductas, debido a su comisión en condiciones de clandestinidad, a su realización por el poder público, a que existen técnicas de afección de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo de la víctima y a las dificultades de denuncia por parte de la víctima debido a la situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que la tortura les provoca (SSTC 34/2008, FJ 5; 52/2008, FJ 2; 182/2012, FJ 3), y a que los efectos de la coacción permanecen.

Ahora bien, **no se exige** la apertura de la instrucción en todo caso, ni tampoco la salvaguarda del derecho impide a los órganos judiciales el cierre temprano de la investigación; asimismo, tampoco el derecho a la tutela judicial impone **la realización de «todas las diligencias de investigación posibles o propuestas»**; de modo que no obliga a una actividad judicial inútil, que no pueda alterar la convicción judicial, sino que lo que se exige es que se investiguen las sospechas razonables de torturas que sean y mientras sean «susceptibles de ser despejadas» (SSTC

34/2008, FJ 6; 52/2008, FJ 2; 131/2012, FJ 5; 182/2012, FJ 3; 12/2013, FJ 3); y, además, que lo sean mediante el despliegue de medios de investigación todavía posibles y razonablemente eficaces.

En aplicación de esta doctrina se ha estimado el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) en las SSTC 224/2007, de 22 de octubre, 34/2008, 52/2008, 40/2010, de 19 de julio, y 63/2010, de 18 de octubre. En su mayoría se valora como insuficiente la investigación judicial realizada, ya que al cierre de la investigación «pervivían sospechas razonables de que podían haberse irrogado al denunciante tratos inhumanos o degradantes y dado que existían aún medios de investigación disponibles para despejarlas», o se razona que se clausuró la investigación omitiendo medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos (SSTC 130/2016, de 18 de julio, FF. JJ. 4 y 5; 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4), por ejemplo. Se ha aplicado la misma doctrina del deber reforzado de tutela, como necesidad de tutela suficiente y eficaz, en un caso de archivo de denuncia interpuesta por una soldado contra dos de sus mandos por delitos de abuso de autoridad y acoso moral y sexual (STC 106/2011, de 20 de junio). Razona el Tribunal que la queja se enmarca en el art. 15 CE no solo porque se denunciaba un trato degradante y hostigamiento a la militar, lo que implicaría, caso de acreditarse, un atentado a su integridad moral, pues el acoso suponía un trato contrario a su dignidad profesional, sino por cuanto los efectos psicológicos que se aducen producidos por dichas conductas ubican el caso en el marco de los atentados contra la integridad física (FJ 3). Y también en un caso de denuncia de malos tratos en el ámbito penitenciario que se habrían producido por no querer acatar un recluso la orden de desnudarse para someterse a un cacheo especial tras una visita (STC 40/2010, de 19 de julio, FF. JJ. 3 y 4).

Una aplicación específica de la exigencia de tutela judicial reforzada se ha hecho en la STC 7/2004, de 9 de febrero, en la que se declaró la **nulidad de las declaraciones** auto y heteroincriminatorias realizadas ante el Juez de instrucción, inmediatamente después del cese de la detención incomunicada, situación en la que el sujeto había prestado declaración bajo tortura, según había resultado acreditado en procedimiento judicial diferente. Si bien el Tribunal Supremo ya había declarado la nulidad de las declaraciones prestadas en situación de incomunicación y bajo tortura directa, el Tribunal Constitucional fue más allá al sostener, con razón, que, para afirmar que las declaraciones producidas ante el Juez habían sido realizadas voluntariamente y sin coacción alguna, era necesario algún tipo de actuación judicial orientada a obtener **garantías materiales** de la no influencia anímica de las torturas y malos tratos sufridos anteriormente en el momento de la **declaración** posterior, no siendo suficiente con el cumplimiento de las garantías formales, que sí lo sería en otro caso y ello porque «el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva» (FJ 8). A título ejemplificativo menciona como garantías materiales «retrasar suficientemente la toma de declaración; permitir la entrevista previa con los Abogados o recabar algún tipo de informe médico o psicológico adicional sobre ese extremo concreto» (FJ 8).

5. Penas inhumanas o degradantes

Se consideran penas inhumanas o degradantes todas aquellas que implican la acción directa sobre el cuerpo de la persona, habituales en el Derecho penal previo a la Ilustración (picota, descuartizamiento, latigazos, mutilaciones, marcas con hierro candente...); son inhumanas por el padecimiento físico que ori-

ginan y son degradantes porque reducen a la persona a mero objeto, mero sustrato biológico sobre el que se actúa. Desaparecidas este tipo de penas, el debate sobre el carácter inhumano o degradante de las penas se ha centrado en la duración y forma de ejecución de las penas privativas de libertad. Al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de abril de 1978, asunto *Tyrer c. RU*; 7 de julio de 1989, caso *Soering c. RU*; 16 de diciembre de 1999, caso *T. y V. c. RU*), el Tribunal Constitucional ha afirmado que «la **calificación de una pena como inhumana o degradante depende** de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 4, reiterado en muchas).

Por ello **ha rechazado** que una **pena privativa de libertad y otra de inhabilitación absoluta**, independientemente de su mayor o menor extensión, puedan ser consideradas inhumanas o degradantes por sí mismas (STC 65/1986), o que la pena resultante de la aplicación de la agravante de **reincidencia** pudiera constituir una pena inhumana o degradante por el solo hecho de ser una pena agravada (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 9). Con este planteamiento el Tribunal Constitucional se aleja radicalmente de la vinculación entre la prohibición de las penas crueles o inhumanas y la prohibición de penas desproporcionadas que en su origen histórico tienen (cfr. Torío, 1986, 71 y 77). El debate más intenso en este ámbito se ha desarrollado en torno a si la **cadena perpetua** vulnera los arts. 3 CEDH y 15 CE por constituir una pena inhumana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que «un riguroso encarcelamiento de por vida» sin expectativas de libertad es inhumano, de modo que vulnera la propia dignidad humana una privación de libertad en la que no se otorga la posibili-

dad de recobrar la libertad en algún momento (por todas, SSTEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. RU*, §§ 113 y 121; de 3 de febrero de 2015, asunto *Hutchinson c. RU*, § 19). El Tribunal Europeo afirma que la ponderación de las necesidades de retribución, prevención general y disuasión y reinserción del reo no es inmutable y evolucionará a lo largo de la ejecución de la pena, razón por la que la argumentación que puede justificar la prisión al imponerse la condena no puede justificar el mantenimiento de la prisión una vez cumplida una parte sustancial de ella (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto *Vinter y otros c. RU*). En aplicación de esta doctrina el propio Tribunal Constitucional español ha negado la vulneración del art. 15 CE denunciada por alegarse solo el carácter indefinido o perpetuo de la privación de libertad y no argumentarse sobre el modo de cumplimiento de la pena, el grado de sujeción que comportaba en el caso concreto, ni justificarse si se trataba de un «riguroso encarcelamiento indefinido, sin posibilidades de atenuación y flexibilización» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9; reiterado en SSTC 162/2000, de 12 de junio, FJ 7; 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9).

Ni los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español ni los del Tribunal Europeo suponen que la cuestión de la constitucionalidad del modelo de **prisión permanente revisable** introducido en España en 2015, sobre el que pende un recurso de inconstitucionalidad, esté totalmente zanjada. En primer lugar, porque los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en esta materia se han producido en relación con resoluciones de extradición, respecto de las cuales no rige el contenido íntegro de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española, sino su núcleo absoluto. En segundo lugar, porque no se ha manifestado sobre la eventual vulneración de otros derechos fundamentales, como el mandato de reinserción y resocialización social contemplado en el art. 25.2 CE. De otra parte, se ha de tener en cuenta que, conforme a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

hay que analizar el concreto modelo de revisión de la pena establecido en la legislación, de modo que, bien por la excesiva duración de los períodos de seguridad sin prever mecanismos que mitiguen sus efectos desocializadores, bien por la ausencia de garantías en dicha revisión —que puede conducir a un elevado número de falsos positivos—, bien porque no se clarifica qué puede hacer el reo para alcanzar la libertad (PÉREZ MANZANO, 2015, 148 y ss.; ARROYO/LASCURAÍN/PÉREZ MANZANO, 2016, 34 y ss.), podría considerarse que el modelo español no garantiza lo que ha comenzado a denominarse «el derecho a la esperanza», esto es, una posibilidad cierta de recuperar la libertad. Pues solo esta esperanza puede hacer decaer la inhumanidad de la cadena perpetua.

Respecto de **la ejecución de la pena privativa de libertad y actuaciones en el ámbito penitenciario**, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el **aislamiento** o confinamiento en celda, señalando que cierto tipo de confinamientos pueden vulnerar el art. 15 CE en función de las condiciones (alimentación, mobiliario y dimensiones de la celda), entidad del aislamiento (sensorial o social, restricción de acceso a biblioteca, periódicos, comunicaciones en general, control médico) y duración del mismo; en aplicación de estas ideas ha declarado que la sanción impuesta de treinta y tres días de aislamiento en celda no constituía un trato inhumano o degradante, dadas las condiciones legales y reglamentarias exigidas para su ejecución: en celda de idénticas características a la habitual de los internos, con vigilancia médica, disfrutando de una hora de paseo semanal y una visita semanal y dado que solo se limitaba al interno la posibilidad de recibir paquetes del exterior y adquirir ciertos artículos del economato —por lo que el aislamiento social no era total— (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2). Sobre la **restricción de las comunicaciones íntimas** a los reclusos sometidos al régimen del art. 10 LOGP, el Tribunal ha afirmado que no implica un trato inhumano o degradante, pues, de un lado, tal abstinencia sexual de ca-

rácter temporal no pone en peligro la integridad física o moral del recluso y, de otro, constituye un mal inherente en principio a la propia privación de libertad del penado «sin agravarlo de forma especial» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; reiterado en STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2).

La STC 5/2002, de 14 de enero, entendió que la denegación de la **suspensión de la ejecución de la pena por enfermedad muy grave** que ocasiona padecimientos incurables, prevista en el art. 80.4 CP, en un enfermo de sida en fase terminal, no vulneraba en el caso el derecho a no padecer penas o tratos inhumanos o degradantes, no sin antes reconocer que «el especial sufrimiento físico o moral que para una persona pueda tener [...] el ingreso o el mantenimiento en prisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto respecto de ella misma como de su entorno, determine que aquella medida pueda constituir una pena o un trato inhumano o degradante, o suponer una lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral». En el caso se rechazó la vulneración alegada partiendo de la valoración efectuada por el órgano judicial de que la enfermedad del penado no revestía los caracteres exigidos por dicho precepto del Código Penal y además al entenderse que en el centro penitenciario existían medios adecuados para tratar su enfermedad.

IV. LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

La previsión de abolición de la pena de muerte, salvo lo que pudieran establecer las leyes penales militares para tiempos de guerra, contenida en el art. 15 CE, ha de reconocerse como un **rasgo vanguardista** en el compromiso de protección del derecho a la vida de nuestra Constitución, dado que, al tiempo de su promulgación, no era habitual la proscripción parcial de la pena de muerte, no habiéndose convertido en regla general en Europa hasta la entrada en vigor del **Protocolo Facultativo número 6** al Convenio Europeo de

Derechos Humanos, de 28 de abril de 1983. Su mantenimiento para tiempos de guerra se ha justificado en razones de coherencia con el propio significado de la guerra como mecanismo de resolución de conflictos sociales mediante la fuerza y por tanto ajeno al Derecho (RODRÍGUEZ MOURULLO, 1983, 91). En el momento de aprobación de la Constitución, la **excepción** prevista estaba vigente en la legislación penal militar, habiendo sido **derogada** por la LO 11/1995, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra. También en Europa se va generalizando la abolición absoluta, como lo demuestra su incorporación al **art. II.62 del Tratado de la Unión Europea**. Aunque la constitucionalización de la excepción implica que es el legislador, mediante ley orgánica, quien puede decidir el mantenimiento de su derogación o su reintroducción en la legislación penal militar para tiempos de guerra, esto ya no es posible sin vulnerar los compromisos internacionales. En el ámbito internacional la entrada en vigor del Protocolo 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 1 de julio de 2003, ratificado por España el 16 de diciembre de 2009 —en vigor en España el 1 de abril de 2010—, supone la abolición de la pena de muerte en el marco europeo. De modo que tampoco España puede recuperar la para el ámbito militar.

Son muchas y de distinto signo las **razones** que se pueden esgrimir **a favor de la abolición** de la pena de muerte. De un lado, razones técnico-penales: su ineficacia intimidatoria respecto de los propios delinquentes, pues los criminales a los que se les aplicaría —autores de delitos de sangre— no serían motivables mediante la pena, dadas las características de su personalidad o la motivación que les mueve a realizar el delito —piénsese en los terroristas suicidas—; igual ausencia de efecto intimidante sobre la población general se evidenciaría en la comparación de las tasas de criminalidad entre Estados similares con y sin pena de muerte, pues los índices de criminalidad no son mejores allí donde está en vigor la pena de muerte; y también puede aducirse que

implica la renuncia *ex ante* a la resocialización del delincuente, lo que constituye una incoherencia con el modelo penal que integra la resocialización entre sus fines y nuestra propia Constitución. De otro lado, no se pueden olvidar los efectos irremediables que produce en caso de errores judiciales, y el uso selectivo y discriminatorio frente a las minorías o frente a los opositores políticos que se hace de ella. Pero sobre todo, la razón fundamental de la ilegitimidad en el Estado de Derecho de la pena de muerte es su **carácter inhumano**. El respeto a la dignidad humana entraña el del sustrato psicofísico de la persona, el cuerpo, de modo que toda pena que implica acción directa sobre el cuerpo de la persona sin su consentimiento se considera inhumana, pues reduce a la persona a mero sustrato biológico en manos de una voluntad ajena. Por consiguiente, no hay pena más inhumana que la pena de muerte. Además, la pena de muerte niega el

Estado de Derecho, dado que implica que el Estado se rige por normas distintas de las que son válidas para los ciudadanos. Por ello resulta éticamente inconsistente diferenciar entre penas de muerte contrarias y conformes a la prohibición de penas inhumanas o degradantes en función de aspectos como la forma en la que se produce la condena —de acuerdo o no con las reglas del proceso justo, para delitos graves o menores...—, la forma de ejecución de la muerte —por fusilamiento, cámara de gas o inyección letal...— y de las condiciones en las que se encuentra el reo en espera de su ejecución —aislamiento celular total o parcial, tiempo de espera...—. Precisiones estas que se encuentran en conocidas Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos de Norteamérica y ahora también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr., por todas, STEDH asunto *Ocalan c. Turquía* y la serie de Sentencias *c. Ucrania*).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio (Homenaje al profesor Antonio Beristáin)*, Edersa, Madrid, 1996.

ARROYO, L., LASCURAÍN, J. A. y PÉREZ MANZANO, M. (Eds.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

ATIENZA, A., *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.

BARBERO, M., *La pena de muerte, seis respuestas*, BOE, Madrid, 1978.

BAUMGARTNER, F. y otros, *The Decline of the Death Penalty and the Discovery of the Innocence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

CARRARA, F., *Contro la pena di morte*, Kluwer Ipsona, Milán, 2001.

CERVELLÓ, V., *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución: su tutela penal», *La Ley*, 6/1996, págs. 1668 y ss.

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión. ¿Por qué son inconstitucionales en España?*, Atelier, Barcelona, 2011.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, Bosch, Barcelona, 1990.

— «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXI, págs. 39 y ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Los delitos contra la integridad moral», *La Ley*, 4/1998, págs. 1439 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2004.

EXTEBERRIA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.

— *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Derecho penal*, Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en BALADO/GARCÍA REGUEIRO, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 400 y ss.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R., *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes*, Universidad de Granada, Granada, 1998.

GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *Indret*, 4/2007.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *La previsión constitucional de la pena de muerte (comentario al art. 15 segundo inciso de la Constitución española de 1978)*, Bosch, Barcelona, 1980.

LAURENZO COPELLO, P., «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo», *Revista Penal*, núm. 13, enero 2004, págs. 125 y ss.

LEMA ANÓN, C., «Los problemas pendientes de la regulación jurídica española sobre reproducción humana asistida: la sentencia del Tribunal Constitucional y el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida (II)», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 13, 2000, págs. 103 y ss.

LEVINSON (Ed.), *Torture. A Collection*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, «Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 36, 2001, págs. 133 y ss.

MAQUEDA, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», *ADPyCP*, 1986, págs. 423 y ss.

MARTÍN PASTOR, J., «Sobre los registros, las inspecciones y las intervenciones corporales, en la jurisprudencia constitucional y en nuestra legislación procesal penal», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (Coord.), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 83 y ss.

MARTÍNEZ DE BUJÁN, C., «La pena de muerte en tiempos de guerra: una abolición necesaria», *La pena de muerte y su abolición en España*, Amnistía Internacional, 1995, págs. 51 y ss.

MOLINA, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en CUERDA y GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuestas del Derecho penal ante los nuevos retos*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 265 y ss.

MONGE, A., «La pena de muerte en Europa», en GARCÍA VALDÉS (Dir.), *Historia de la prisión*, Edisofer, Madrid, 1997, págs. 25 y ss.

PEÑARANDA RAMOS, E., «La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 11, 2003, págs. 165 y ss.

- «Fases en el desarrollo de la vida y grados de su protección. A propósito del tratamiento jurídico-penal del diagnóstico preimplantatorio», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, págs. 1673 y ss.

PÉREZ DEL VALLE, C., «Tratamiento jurídico del embrión en la nueva ley de técnicas de reproducción humana asistida: diagnóstico previo a la implantación, investigación y clonación», *Legislación sobre reproducción asistida: novedades*, Cuadernos Derecho Judicial, núm. 11, 2006, págs. 89 y ss.

PÉREZ MANZANO, M. y CANCIO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, págs. 123 y ss.

REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ MOURULLO, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, 2.ª ed., 1996.

- «La sentencia del Tribunal Constitucional desde las perspectivas constitucional y penal», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *División de poderes y Constitución. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 186 y ss.
- «Comentario al art. 15: Derecho a la vida», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo II, Edersa, Madrid, 1997.

ROIG, M., *La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico: la prisión permanente revisable*, Iustel, 2016.

- «La cadena perpetua como paradigma de violación de los derechos humanos. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la revisión», en VIVES, CUERDA y GÓRRIZ (Eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal: dos seminarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RUILOBA, J., *El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Dykinson, Madrid, 2005.

RUIZ MIGUEL, a., «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 135 y ss.

SALADO, A., *La pena de muerte en Derecho internacional, una excepción al derecho a la vida*, Tecnos, Madrid, 1999.

- «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA, *La Europa de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 97 y ss.

SCHABAS, W., *The Abolition of the death penalty in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

SERRANO TÁRREGA, *La pena capital en el sistema español*, UNED, Madrid, 1992.

SUDRE, «La notion de “peine et traitements inhumains et dégradants” dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européens des droits de l’homme», *Revue Générale de Droit International Public*, T. 88, 1984, págs. 830 y ss.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1973.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, BOE-CEPC, Madrid, 1999.

- «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, 3/2016, págs. 1-73.
- «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, págs. 167 y ss.

TORÍO, A., «La prohibición constitucional de penas y tratos inhumanos o degradantes», *PJ*, núm. 4, 1986, págs. 69 y ss.

VIVES ANTÓN, T., «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido», *Revista Española Derecho Constitucional*, año 5, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, págs. 121 y ss.

VIVES ANTÓN, T. y CUERDA ARNAU, M. L., *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Artículo 16

1. *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.*

2. *Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.*

Sumario general:

La libertad de pensamiento, por **ALFONSO RUIZ MIGUEL**

Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas, por **ANTONIO LÓPEZ CASTILLO**

ARTÍCULO 16.1 Y 16.2

LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO

Sumario: *Diez años después...* I. Sobre la libertad de pensamiento. 1. La continuidad entre libertad ideológica, religiosa y de culto. 2. El derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias. II. La libertad ideológica. 1. El especial refuerzo de la libertad ideológica. 2. La delimitación de la libertad ideológica: los juramentos de acatamiento y la ilegalización de partidos políticos. III. La libertad religiosa y de culto. 1. La límpida doctrina general inicial. 2. Dimensión individual y dimensión colectiva de la libertad religiosa: las oscilaciones jurisprudenciales. 3. Los límites de la libertad religiosa. IV. El régimen general de la objeción de conciencia. 1. La compleja evolución de la jurisprudencia constitucional. 2. Desde el derecho general a la objeción de conciencia hasta las diversas objeciones concretas: el papel de los Tribunales ordinarios.

ALFONSO RUIZ MIGUEL

CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

DIEZ AÑOS DESPUÉS...

Durante los diez años pasados desde la primera edición de estos *Comentarios* en 2008 no han abundado las sentencias constitucionales que mencionen la libertad ideológica y religiosa. No puede decirse lo mismo sobre la literatura en la materia, que ha seguido creciendo a buen ritmo, ni puede decirse tampoco —lo que es cualitativamente más significativo— que el camino seguido por la jurisprudencia constitucional haya revisado o limado las propensiones más conservadoras de los primeros treinta años de nuestra Constitución. Más bien al contrario, como ponen de manifiesto la dirección y reiteración de los votos particulares de distinto signo, la quincena de sentencias del Tribunal Constitucional de las que aquí se añade cuenta han acompasado a la legislación en su acentuación de las restricciones a la libertad ideológica en relación con la libertad de expresión y han perseverado, e incluso profundizado sutilmente, en el alejamiento de la límpida y sana doctrina inicial

sobre la libertad religiosa, que, entendida como igual libertad especialmente protegida para los individuos, ya tempranamente se vio desmentida por un sustancial rebajamiento que culminó en la noción de la «laicidad positiva» (véase *infra* III.1). Este oxímoron ha seguido cumpliendo su función esencial, a lo Bertrand DU GUESCLIN, de ni quitar ni poner rey ayudando a su señor, que en este caso es la Iglesia católica.

I. SOBRE LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO

La estructura del primer número del art. 16 de la Constitución es sencilla y ejemplar: se enuncian primero los tres derechos o libertades objeto de protección, luego los tipos de sujetos que pueden ser titulares de tales derechos y se concluye con la referencia a los límites en su ejercicio. Esa simplicidad, no obstante, es sobre todo formal, pues el precepto presenta al menos dos órdenes de complica-

ciones generales: ante todo, no está claro si las libertades de que se habla son en lo esencial manifestaciones de un mismo derecho o si más bien constituyen derechos con efectos jurídico-constitucionales diferentes; junto a ello, además, su notable relación con otras libertades y derechos recogidos en la Constitución, de la libertad de expresión a la de enseñanza y del derecho de asociación a la objeción de conciencia, plantea la duda de si estamos ante unos derechos que, aun relacionados con otros, no dejan de tener cierto significado y alcance autónomos o si, por el contrario, operan como libertades-marco cuyo desarrollo jurídico efectivo se despliega sin más en otros preceptos constitucionales, incluidos los dos siguientes números del propio art. 16 (para un tratamiento muy completo, *vid.* XIOL, 2001). Aunque esta segunda cuestión ha sido respondida por el Tribunal Constitucional, sobre todo en favor de la primera opción, su respuesta a la primera cuestión ha sido más indecisa y compleja. Antes de verlo con más detalle, en este primer apartado se plantearán brevemente los términos generales de esta cuestión y se analizará el precepto contenido en el art. 16.2.

1. La continuidad entre libertad ideológica, religiosa y de culto

Temáticamente, el contenido central del art. 16 es la **libertad de pensamiento**, que se expresa a través de varias de sus manifestaciones. Sin embargo, su protagonista más aparente es la **libertad religiosa**, que está en el origen de la construcción histórica de los derechos y libertades fundamentales en cuanto que aquel derecho fue el modo civilizado de superación de las guerras religiosas de la época moderna y el primer cimiento del sistema democrático liberal. Es seguramente esa génesis lo que explica el orden sistemático adoptado por el constituyente, que situó el art. 16 entre los primeros de nuestra Declaración de derechos, tras los dedicados a la igualdad, antepuesto a la Sección Primera por su carácter general y transversal, y a la

vida, como presupuesto ontológico de cualquier derecho.

En ese marco, nadie pone en duda que la libertad de culto no es más que una especificación de la libertad religiosa, que en la cultura jurídica europea se ha venido entendiendo tradicionalmente como diferenciable en tres vertientes: a) la **libertad de conciencia**, que faculta para tener y mantener las propias creencias, si bien con el límite del respeto a los derechos ajenos; b) la **libertad de confesión**, que permite manifestar las creencias religiosas a los demás, incluso para intentar extenderlas, si bien con los correlativos derechos ajenos a rehusarlas y a intentar a su vez hacer proselitismo de las suyas, y c) la **libertad de culto**, que permite la eventual manifestación de ritos y ceremonias religiosas, sea en recintos privativos o incluso en público, en este último caso con las limitaciones razonables en cualquier manifestación pública. Así pues, tal libertad de culto, como la de confesión, no es más que una de las concreciones de la libertad religiosa en general. Que se haya querido nombrar específicamente de manera expresa simplemente refuerza de manera expresa, pero sin ampliarlo propiamente, el alcance de la libertad religiosa.

¿Por qué iba a ser de otra manera en el caso de la relación entre la libertad ideológica y la libertad religiosa? La **libertad ideológica**, cuya mención expresa se ha caracterizado como «una innovación de la Constitución Española» (ESPÍN, 2007, 224), parecería ser en realidad una formulación moderna de la clásica libertad de pensamiento —la categoría más general en esta materia—, sustanciándose en el derecho a tener y mantener las propias creencias, de las que las relativas a materias religiosas solo son uno de sus contenidos fundamentales (en tal sentido, STC 292/1993, FJ 5). Libertad ideológica, religiosa y de culto, así pues, enunciarían en cascada unos derechos que en realidad se contienen unos en otros, como si de una muñeca rusa se tratara, con la advertencia de que esta imagen —como casi toda metáfora, imperfecta— no refleja

bien que cada derecho no contiene exclusivamente a sus sucesivos derechos más concretos, sino que porta otros diversos contenidos.

La principal razón para entender que las libertades del art. 16.1 son **derechos en un continuo** es conceptual y depende no solo de su común matriz en la libertad de pensamiento (o de conciencia, como prefieren decir algunos autores), sino también del significado más aceptable de la propia idea de libertad religiosa: si, como debe hacerse, la libertad religiosa se entiende como **libertad en materia de religión**, comprende no solo la de profesar esta o aquella religión positiva—incluso más allá del sentido tradicional o convencional de esa palabra, hasta considerar religiones propiamente dichas a creencias que no mantienen que exista un ser trascendente y personal o que el alma humana sobreviva a la muerte—, sino también la de no profesar ninguna religión, en cuyo punto la distinción entre libertad ideológica y libertad religiosa—esto es, a propósito de la religión—es palmariamente indistinguible (sin perjuicio, naturalmente, de que la libertad ideológica se extienda a campos ajenos al religioso, incluso tan ampliamente entendido). Dos manifestaciones palpables de cómo la libertad religiosa no es sino una concreción de la ideológica se pueden observar, primero, en la mención del art. 27.3 CE al derecho de los padres «para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», donde quedan amparados tanto quienes desean para sus hijos una específica formación religiosa como quienes desean que permanezcan al margen de cualquier religión positiva; y segundo, en la figura del ideario de los centros docentes creados al amparo del art. 27.6 CE, que debe merecer idéntica protección, tanto si es de carácter religioso como si es laico.

El mayor obstáculo que enfrenta la anterior construcción conceptual procede de la propuesta de algunos autores, apoyada en parte de la jurisprudencia constitucional, de distinguir tajantemente entre la libertad ideológica,

que tendría exclusivamente un carácter de **libertad negativa**, de hacer o no hacer, y la libertad religiosa, entendida de manera estricta como libertad de profesar una religión positiva, que no se limitaría a esa dimensión negativa, sino que tendría además el carácter de **libertad positiva**, es decir, de especialmente garantizada en el sentido de que el Estado debe contemplar favorablemente a las religiones existentes (en realidad, solo a algunas de ellas) y favorecer su existencia y perdurabilidad como comunidades, incluso mediante **prestaciones y medidas promocionales**. Frente a la exigencia de coherencia conceptual ya aludida y a los principios de neutralidad estatal y de no discriminación, entran en juego en este debate distintos argumentos, como el empleo por el art. 16.1 del término «comunidades», de cierta aunque no exclusiva resonancia religiosa, y, sobre todo, el deber de cooperación introducido por el art. 16.3, argumentos que aquí solo pueden quedar enunciados sin analizarse en toda su complejidad (para una interpretación restrictiva de ese precepto y del **deber de cooperación** compatible con un entendimiento riguroso de la **neutralidad estatal** y del principio de **no discriminación**, cfr. POLO, 2006, caps. III-IV; RUIZ MIGUEL, 2008; SALAZAR, 2015; críticamente, sin embargo, NAVARRO VALLS, 2008; OLLERO, 2009, §§ 3-4; y REY MARTÍNEZ, 2008).

2. El derecho a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias

El derecho a no «declarar sobre la propia ideología, religión o creencias» garantizado por el núm. 2 del art. 16 es una prueba fehaciente de la importancia que el art. 16 de la Constitución confiere a la **dimensión interna** de la libertad de pensamiento. Con antecedentes limitados a la confesión de la propia religión en los arts. 136 de la Constitución de Weimar y 27 de la Constitución de la II República, ese derecho constitucional es una expresión patente de la libertad de conciencia en el significado más amplio de esta ex-

presión, no restringido al ámbito religioso, y refleja la idea ilustrada de que el pensamiento no delinque, esencial en el sistema penal liberal. Aunque el derecho se ha relacionado con el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus correspondientes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Europea (así lo hizo el Defensor del Pueblo en el recurso resuelto por la STC 160/1987, antecedente 6, motivo 3.^o), lo cierto es que estos últimos preceptos enuncian la libertad de manifestar la propia religión o creencia en su aspecto activo, es decir, para su expresión y práctica pública o privada. Pero lo que hace el art. 16.2 es regular expresamente la dimensión pasiva de esa libertad, esto es, la facultad de *no declarar* o no hacer manifiestas las propias creencias. Es ese el sentido en el que tal precepto ha sido visto por nuestro TC como la «dimensión negativa» de la esfera del *agere licere*, esfera en la que desde la STC 24/1982 ha venido afirmando que consiste la *libertad religiosa* (cf. también STC 46/2001, FJ 4, repetido luego, por ejemplo, en la STC 154/2002, FJ 6). Casi no hace falta precisar que, conforme al claro enunciado constitucional, el derecho a no declarar comprende tanto a la libertad religiosa como a la ideológica o de creencias. En todo caso, la caracterización del derecho a no declarar como **dimensión negativa o pasiva** de tales libertades indica su carácter de **inmunidad protegida**, es decir, de posición garantizada por la prohibición al Estado y a los particulares de exigir la declaración de las propias creencias, como una figura jurídica muy similar a la del derecho del detenido a no declarar del art. 17.3 CE.

Las discusiones interesantes a propósito del derecho a abstenerse de declarar las propias creencias afectan a distintas cuestiones que en ocasiones pueden encontrarse relacionadas, como el significado que deba atribuirse a la noción de *obligación* de declarar, la naturaleza de la propia noción de *declaración* y, en fin, el alcance de la licitud de la *renuncia* a tal derecho. Sobre el **significado de la no**

obligación de declarar apenas existe jurisprudencia constitucional, salvo la STC 192/1993, que lateral y acaso forzosamente alegó el art. 16.2 (que literalmente se refiere a las *propias* creencias) para aceptar el amparo de un delegado sindical que había rechazado proporcionar a la empresa los nombres de los trabajadores afiliados a su sindicato. En lo que se refiere estrictamente al derecho a no declarar sobre las propias creencias, hay un amplio abanico de posibilidades que pueden suscitar dudas entre los casos de obligación de confesar la religión, ideología o creencias, sea bajo amenaza de alguna sanción oficial, sea de consecuencias negativas impuestas por un particular, y los casos de declaración espontánea o voluntaria de la propia ideología. Por poner unos pocos ejemplos de casos posibles, ¿resulta lícita la pregunta sobre la religión o la ideología en una entrevista de trabajo en una empresa que no es de tendencia?, dando por supuesto que no, ¿y si la pregunta se hace indirectamente, a través de un test hábilmente refinado?, ¿y no invaden ese derecho las casillas de la declaración de la renta que nos preguntan si deseamos aplicar una parte del impuesto a una iglesia o a otros fines?; en este último caso, ¿es indiferente que exista la opción de no contestar?, ¿los juramentos de acatamiento son contrarios al derecho a no declarar las propias creencias o son conformes con él bajo la alternativa vigente en España de jurar o prometer?, ¿son inconstitucionales los registros de objetores de conciencia previstos por algunas regulaciones sanitarias?, ¿y qué decir de aquellos supuestos en los que la consecuencia de no declarar es la no obtención de un cargo, de una exención o de un beneficio estatal?

Sobre el **alcance y naturaleza de las declaraciones**, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado únicamente a propósito del juramento o promesa de acatamiento para el acceso a cargos públicos, solo en dos de los cinco recursos que han llegado al Tribunal Constitucional se alegó el art. 16.2 y solo en uno de ellos —un amparo resuelto por la Sala

Segunda a propósito de unos Concejales de Aranda de Duero— quedó claro y expreso el veredicto, que excluyó que tal juramento sea «una declaración pública de ideología (art. 16.2 de la CE), sino un compromiso formal del buen cumplimiento del cargo y de acatamiento a las Instituciones básicas del Estado» (STC 8/1985, FJ 5; véase también la respuesta más genérica de la STC 122/1983, FJ 5; para una crítica a la institución del juramento, que lo ve superfluo o, en otro caso, en conflicto con los arts. 16.2 y 23 CE, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2013, XI.3; sobre este tema del juramento se vuelve *infra*, II.2).

En cuanto al alcance de la **renunciabilidad al derecho a no declarar la propia ideología**, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse ante el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 22/1998, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva, cuyo art. 3 establecía que en la solicitud de reconocimiento de la condición de objetor se debían alegar los motivos de conciencia y que el Estado podría recabar su ampliación oralmente o por escrito. La respuesta del Tribunal Constitucional también fue clara y directa, destacando que:

«... la posible colisión [entre tales previsiones] y los arts. 16.2 y 18.1 CE desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar» (STC 160/1987, FJ 5).

Es difícil tachar de irrazonable esta conclusión, como lo corrobora el que ninguno de los tres Magistrados que redactaron voto particular a la sentencia discreparan en este punto. Es cierto que dos de esos tres votos —el de De la Vega Benayas y el de García-Mon— objetaron la inconstitucionalidad del mencionado art. 3 de la Ley impugnada en lo que se refiere a la autorización al Estado para requerir

información o testimonios de terceros por entenderlo contrario a los arts. 18.1 y 16.2 CE, pero nadie alegó la ilegitimidad de pedir ampliaciones al propio interesado, el único aspecto en el que podría haber sido relevante este último precepto de manera apropiada y directa.

Varias sentencias recientes en dos diferentes materias han confirmado la doctrina anterior. Por un lado, la STC 163/2011 desestimó la alegación de un recurso de amparo de que la firma de **avales de una candidatura electoral** afecte al derecho a declarar la propia ideología del art. 16.2, por tratarse de un acto voluntario que, además, no implica necesariamente manifestar una adhesión ideológica (cfr. FJ 8; en similar sentido, cfr. STC 171/2011). Por otro lado, en la STC 151/2014 el Pleno aceptó la constitucionalidad de la creación de un **registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia** a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de una Ley Foral de Navarra de 2010. En esta ocasión, no obstante, es significativo el voto particular discrepante de Ollero Tassara, que defendió la inconstitucionalidad del registro bajo una visión generalizadora aunque no ilimitada del derecho fundamental a cualquier objeción de conciencia (en línea con este voto particular, cfr. NAVARRO VALLS, 2014; se vuelve sobre la objeción de conciencia *infra*, IV).

II. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

Debido al carácter eminentemente general de la libertad ideológica y a su consiguiente desarrollo tanto en la libertad religiosa y de culto como en los varios derechos y libertades más específicos regulados por otros preceptos constitucionales, nuestra jurisprudencia constitucional no ha elaborado a propósito de ella una construcción particularmente rica ni profunda. Junto a alguna relevante pero circunscrita declaración sobre el alcance general de la libertad ideológica en contraste con la libertad de expresión que se comentará en primer lugar, lo más desta-

cable es seguramente la delicada elucidación de sus límites, que en el precepto correspondiente se enmarcan mediante el genérico concepto del «orden público protegido por la ley».

1. El especial refuerzo de la libertad ideológica

El *leading case* para la caracterización general de la libertad ideológica es seguramente la STC 20/1990, por la que la Sala Primera aceptó un recurso de amparo contra la condena penal por un artículo en la revista *Punto y hora* que, comentando los mundiales de fútbol de 1982, había hecho unas **críticas al Rey** que la propia sentencia caracteriza como «reprobables», pero aun así protegidas por la Constitución. Para ello, afirma que la libertad ideológica es:

«esencial [...] para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político [... consagrados en el art. 1.1 CE...] y fundamento, juntamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1, de otras libertades y derechos fundamentales y, entre ellos, los consagrados en el art. 20.1, aps. a) y d), de la Norma fundamental» (FF. JJ. 3 y 4).

El Tribunal Constitucional concluye de ello que se trata de un «**derecho fundamental**» que no puede restringirse hasta entenderse «simplemente absorbido por las libertades de expresión e información del art. 20», con la consecuencia de que no es posible equiparar las limitaciones que el art. 20.4 impone a estas libertades con la más restrictiva limitación del **orden público** establecida en el art. 16.1 (cfr. FF. JJ. 3 y 5). La STC 120/1990, del Pleno del TC, relativa a la huelga de hambre de los presos del GRAPO, recogió y perfiló más claramente esta doctrina viniendo a considerar a uno y otro tipo de derecho a modo de círculos

secantes al afirmar que puede haber tanto casos de libertad de expresión independientes de la libertad ideológica (por ejemplo, algunas opiniones *ad personam* groseras aun no injuriosas) cuanto casos de libertad ideológica que tienen una protección reforzada respecto de la mera libertad de expresión en la medida en que tendrían como único límite el orden público (SSTC 120/1990, FJ 10; y 137/1990, FJ 8). No obstante, aunque la huelga de hambre pudiera ser una manifestación de la libertad ideológica, el TC entendió que la alimentación forzosa no iba dirigida a interferir en tal libertad.

Que ese especial **refuerzo de la libertad de expresión** cuando se ejerce la libertad ideológica también está sometido a límites, sin embargo, lo dejó claro la STC 214/1991, que resolvió el recurso de amparo de Violeta Friedman (una judía superviviente de Auschwitz, donde sus padres fueron asesinados en la cámara de gas) a propósito de un proceso civil de protección del derecho al honor por ella seguido contra Leon Degrelle por unas declaraciones infames sobre el nazismo y los judíos. El Tribunal Constitucional, a través de su Sala Primera, distinguió netamente entre, por un lado, las afirmaciones históricas, que aunque falsas estarían «amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE)», y, por otro lado, los «**juicios ofensivos al pueblo judío**» vertidos por Degrelle, que en absoluto se encuentran constitucionalmente amparados por estar destinados «a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales» (FJ 8).

Esta doctrina ha sido clara y decisivamente ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional en una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del **delito de negación y justificación del genocidio**, que consideró inconstitucional la punición de la «mera transmisión de opiniones» en tanto que además no comporten «el ensalzamiento de los

genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas» o no supongan siquiera «una incitación indirecta» al genocidio o una provocación «de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia» (STC 235/2007, FF. JJ. 6 y 9; hay no obstante cuatro votos particulares favorables a la constitucionalidad del precepto).

Con posterioridad a 2008, una sentencia es especialmente reseñable a propósito del concepto y alcance de la libertad ideológica: la STC 177/2015, por la que el Pleno confirmó la constitucionalidad de una condena penal por la **quema de una foto de los reyes** en un acto público en Gerona. Sustantivamente, esta decisión recoge la citada doctrina de las sentencias de los GRAPO sobre la relación entre las libertades ideológica y de expresión como círculos secantes, si bien para concluir que la sanción penal de la conducta enjuiciada, relacionada ahora con el **discurso del odio**, no constriñe la libertad ideológica, incluida la de la ideología antimonárquica (FJ 5). El voto particular discrepante de la magistrada Roca Trías profundiza críticamente en este punto para señalar que se debería haber considerado inconstitucional la sanción penal por no resultar afectado el orden público, único límite relevante de la libertad ideológica. En esta sentencia son también de especial enjundia y relevancia, aunque no incidan especialmente en esta libertad, los dos votos particulares también discrepantes de Asúa Batarrita con Valdés Dal-Ré y de Xiol Ríos, en especial porque la sustancia argumentativa de todos ellos ha venido a ser revalidada por el TEDH, donde este mismo caso ha concluido con la sentencia *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, en la que una Sala ha declarado unánimemente que el Estado español ha violado el derecho a la libertad de expresión del art. 10 del Convenio europeo (otra sentencia en la línea restrictiva de la libertad de expresión, en la que se hace una referencia indirecta a la libertad ideológica es la STC 112/2016, a propósito del delito de enaltecimiento del terrorismo).

2. La delimitación de la libertad ideológica: los juramentos de acatamiento y la ilegalización de partidos políticos

La delimitación del alcance de la libertad ideológica ha sido objeto de dos conjuntos de decisiones por parte de nuestro Tribunal Constitucional de necesaria mención por su relevancia, el primero a propósito de la exigencia del **juramento o promesa de acatamiento** a la Constitución y el segundo de la legislación sobre partidos políticos. En lo que se refiere a la primera cuestión, existe una serie de sentencias coincidentes en la doctrina de que la exigencia de juramento o promesa de acatamiento, e incluso de «fidelidad», constitucional no es incompatible con la Constitución, ni siquiera para las personas elegidas por sufragio, siempre que se someta a dos condiciones: que el deber haya sido establecido por una norma con **rango de ley** (STC 8/1985) y, en segundo lugar, bajo el entendido de que el compromiso así expresamente asumido queda estrictamente circunscrito a aceptar y respetar «las **reglas del juego** político y el orden jurídico existente en tanto existe y a no intentar su transformación por medios ilegales» (STC 122/1983, FJ 5; véase también su FJ 4, así como SSTC 101/1983, FJ 5; 119/1990, FJ 7; y 74/1991, FJ 5; estas dos últimas sentencias, con una argumentación acaso discutible, llegaron a consentir incluso la validez de la promesa prestada por varios parlamentarios de Herri Batasuna al margen de las específicas formalidades previstas, bajo la cláusula «por imperativo legal»).

Como último criterio de delimitación, aunque de la mayor trascendencia, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2002, de **Partidos Políticos**, que había sido recurrida como inconstitucional por el Gobierno vasco con la alegación, entre otras, de violación de la libertad ideológica por el tenor de su art. 9, que regula las causas de la declaración de un partido como ilegal. Así, la STC 48/2003, adoptada por unanimidad del Pleno,

negó que la norma impugnada violara la libertad ideológica desarrollando su tesis sobre el juramento de acatamiento, antes comentada, de que nuestro ordenamiento constitucional, al no excluir ninguna materia de la posibilidad de reforma constitucional, no configura un modelo de «**democracia militante**» y, por tanto, no permite exigir más que el acatamiento a las propias reglas del juego constitucional (FJ 7). Su argumentación central fue que mientras en el art. 9.2 de la Ley de Partidos Políticos «en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia», el art. 9.3, a pesar de que «la defectuosa redacción de su encabezamiento puede hacer pensar que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior y que, por lo tanto, han de ser interpretadas con independencia de ellas», ha de leerse sin embargo en conexión con el citado art. 9.2 de dicha Ley, es decir, en referencia siempre a actos o actividades de **colaboración con el terrorismo o la violencia** por parte de los partidos y nunca meramente a **manifestaciones ideológicas**, incluidos los fines u objetivos programáticos pretendidos (FJ 10; véase también el FJ 23, que antecede al fallo, en el que se da carácter interpretativo a la propia sentencia, afirmando que sería inconstitucional una diferente interpretación de la ley).

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTO

1. La límpida doctrina general inicial

La sentencia que estableció la primera doctrina general sobre la libertad religiosa y de culto, la 24/1982, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad a propósito de una ley de 1981 sobre ascensos en el Ejército de Tierra que incluía a los **capellanes castrenses**, decía:

«Dos principios básicos en nuestro sistema político, que determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos

religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es el de igualdad, proclamado por los arts. 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos [... de modo] que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico» (FJ 1).

En esta límpida construcción inicial cabe destacar al menos cuatro ideas que, siendo bien aceptables como doctrina nuclear sobre la libertad religiosa, han sido desarrolladas, matizadas y en parte desmentidas por el propio Tribunal Constitucional, en ocasiones en una línea discutible. Ante todo, la consideración de la libertad religiosa como **esfera del individuo** o ciudadano, que bien puede resultar compatible con la referencia del art. 16.1 a «las comunidades» con la atribución a los individuos del derecho originario a dicha libertad, que necesariamente implica la posibilidad personal de adherirse, mantenerse o desligarse de cualquier comunidad de creencias o de culto, en tanto que la libertad de las comunidades no sería más que un derecho derivado de aquella libertad individual. En segundo lugar, la definición de dicha libertad como **esfera de *agere licere***, esto es, como libertad negativa, de hacer o no hacer, de creer o no creer en esta religión, en aquella o en ninguna, de modo que debe ser inmune a la injerencia del Estado y de cualquier intervención coactiva de terceros. En tercer lugar, la extensión de tal libertad negativa al conjunto de las distintas **actitudes religiosas** de los ciudadanos, que necesariamente incluye tam-

bién a las creencias no religiosas o —como lo estableció clara y expresamente el FJ 4 de la posterior STC 46/2001, recogiendo la interpretación del art. 18.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aceptada por el Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas en su Comentario General de 20 de julio de 1993— a «las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia». Y, en fin, la **idea de igual libertad religiosa**, que excluye, como bien y claramente dice el Tribunal Constitucional, cualquier «discriminación o trato jurídico diverso» entre los ciudadanos en esa materia.

El rendimiento ulterior de esta doctrina en la propia jurisprudencia constitucional ha sido irregular y de diferente calidad argumentativa, comenzando por la propia sentencia que la estableció, que vino a aceptar la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas a través del cuerpo de capellanes castrenses de la Iglesia católica como una forma de libertad que ofrecería, dijo, «la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los *individuos y comunidades*», compatible además con la igualdad de trato hacia «los miembros de otras confesiones» porque estos siempre podrían reclamar asistencia religiosa «en la medida y proporción adecuadas» (FJ 4). Con ello se estaba diferenciando entre la **libertad religiosa individual**, susceptible de ser real y efectiva con la mera garantía frente a interferencias o constricciones ajenas, y la **libertad religiosa comunitaria** (y, en concreto, de la Iglesia católica), que puede ser más o menos real y efectiva según existan unas u otras prestaciones o acciones positivas del Estado, y en todo caso de manera en realidad no igualitaria para los individuos, sino en proporción a criterios indeterminados (¿cuántos individuos podrían reclamar la asistencia religiosa en esa particular forma?, ¿y otras formas serían realmente igualitarias para los practicantes de cualesquiera otras confesiones?, ¿en proporción a la implantación en el país o en el ejército?, ¿podría un solo individuo reclamar tal asistencia?, etc.). En lo que sigue, se desa-

rollará este contraste entre la dimensión individual de la libertad religiosa y la colectiva en distintas decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, que ha basculado en la práctica entre una interpretación muy amplia y generosa de la libertad de las comunidades y sujetos religiosos colectivos y las fluctuaciones y matizaciones que en recursos de amparo, caso por caso, ha ido estableciendo en especial en la dimensión individual de la libertad religiosa.

2. Dimensión individual y dimensión colectiva de la libertad religiosa: las oscilaciones jurisprudenciales

En claro contraste con la doctrina inicialmente proclamada, son varias e importantes las sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional que, en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad sobre todo, han ido construyendo la **dimensión colectiva** de la libertad religiosa, en muchos casos, de hecho o de Derecho, en favor de la confesión católica. El camino lo inició la STC 5/1981, que al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Centros Escolares vino a someter la individual libertad de cátedra de los profesores al **ideario de los centros de enseñanza** privados, ideario del que afirmó que «no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa», sino que «puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad» e incluso frente a:

«las actividades o la conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado de ideario propio [...], pues aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada» (FF. JJ.

8 y 11; si bien sobre este punto hubo un voto particular de cuatro Magistrados, que proponía delimitar más estrictamente el alcance del derecho al ideario).

En coherencia con esta línea, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 38/2007, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del despido a instancias del Obispado de una Maestra de religión católica por vivir en concubinato, también ha primado, en este caso formalmente, el derecho colectivo de la Iglesia católica sobre los derechos individuales. En esta sentencia, tras excluir toda inconstitucionalidad de la **enseñanza católica en la escuela pública** y la restante regulación de la materia, tanto en relación con el correspondiente tratado con el Vaticano como con la normativa que lo ha desarrollado, el Alto Tribunal concluyó que la dimensión colectiva o comunitaria de la libertad religiosa del art. 16.1 hace razonable que corresponda a las confesiones, y en este caso a la Iglesia católica:

«la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo» (FJ 5; cfr. también FJ 11).

No obstante, esta sentencia añadió la precisión de que, no siendo absoluto aquel derecho colectivo de libertad religiosa, «los órganos jurisdiccionales son los que deben ponderar» si se ha ejercido en concreto con pleno respeto a «los derechos fundamentales y laborales de los profesores» o si, por el contrario, se ha basado «en otros motivos ajenos

al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo» (FJ 7; en similar sentido, véase la STC 128/2007, de la Sala Segunda, que no obstante contiene voto particular de dos Magistrados; por su parte, la anterior doctrina ha sido considerada conforme al Convenio europeo en el caso *Fernández Martínez c. España*, de 12 de junio de 2014, de la Gran Sala del TEDH, si bien con el voto discrepante de ocho de sus diecisiete jueces).

Con posterioridad a la STC 38/2007, ha habido dos sentencias del TC español con aplicaciones distintas. La primera es una decisión del Pleno que, ante el caso concreto de la **no contratación de una profesora de religión católica** que había contraído matrimonio con un divorciado, revalida sus mismos criterios generales pero llevando a cabo una ponderación que reconoce la primacía:

«de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar» (STC 51/2011, FJ 12; aunque en el FJ 9, más certeramente, el núcleo protegido es la libertad ideológica en conexión con los otros derechos citados).

La segunda sentencia, ya posterior a la *Fernández Martínez* del TEDH, deniega el amparo en un caso muy similar por falta de acreditación de la relación entre la no renovación del contrato y el matrimonio con un divorciado (STC 140/2014, del Pleno, con un voto particular discrepante de tres Magistrados, que apelan a razones de tutela judicial efectiva, y otro voto concurrente de Ollero Tassara, para quien se debería haber revisado el sentido de la STC 51/2011, reconociendo que contraer matrimonio civil con una persona divorciada «contraviene las exigencias derivadas de la doctrina católica a impartir por la docente», todo ello conforme a la STEDH *Fernández Martínez*, aun sin advertir que el criterio

constitucional español podría ser más garantista con las libertades individuales concernidas que el Convenio Europeo).

Además de la anterior línea jurisprudencial, debe citarse la importante STC 46/2001, en la que el Tribunal introdujo el concepto de «**laicidad positiva**». Se trataba de un recurso de amparo avocado al Pleno a propósito de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas de la Iglesia de la Unificación (o **secta Moon**). En esta ocasión el TC no se limitó a hacer una generosa interpretación del derecho a tal inscripción y a exigir un «escrutinio estricto» a propósito de la peligrosidad para el **orden público** de las creencias religiosas colectivas, es decir, un examen riguroso especialmente favorable a la máxima extensión del derecho (cfr. FF. JJ. 8 y 9; no obstante, sobre ambos aspectos hubo votos particulares de cuatro Magistrados, aunque la exigencia de escrutinio estricto en esta materia ha sido revalidado en un amparo por la STC 141/2000, FJ 6). Junto a ello, la noción de la «laicidad positiva» —de la que, por encima de su confusa formulación y aun sin relación directa ni aparente con aquel concreto fallo, el TC ha hecho abundante uso en su jurisprudencia posterior— se utilizó para resumir el sentido del deber de «cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» establecido en el art. 16.3 CE, deber que se traduciría en la exigencia de que los poderes públicos mantengan «una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional [...] respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, en sus plurales manifestaciones o conductas» (FJ 4).

Hasta 2008, diversos recursos de amparo matizaron en alguna medida la prioridad así conferida a la dimensión colectiva de la libertad religiosa en favor de la **dimensión individual**, aunque siempre con las inevitables limitaciones y fluctuaciones de la ponderación jurídica caso por caso. Así, ya una sentencia de la etapa inicial ajustó algo la generosa doctrina sobre la capacidad de

definición del **ideario** de los centros docentes atribuida a sus titulares al conceder amparo a una profesora despedida de un colegio privado con la mera alegación de discrepancias ideológicas que no se habían probado como exteriorizadas, de modo que el Tribunal Constitucional vino a exigir la necesidad de prueba de la existencia de «fricciones contra los criterios del Centro o actividad profesional desarrollada en forma contraria o no ajustada al ideario del Centro» (STC 47/1985, FJ 4). Otras dos resoluciones relevantes en la defensa de la libertad religiosa individual son las SSTC 177/1996 y 101/2004. La primera resolvió el recurso de amparo de un Sargento de las Fuerzas Armadas afectado por un procedimiento sancionatorio por haberse negado a participar en una **parada militar** en honor de la Virgen de los Desamparados con motivo del V Centenario de su Advocación: el Tribunal Constitucional razonó que tal obligación, y la eventual sanción sucesiva, constituirían una violación del derecho a la libertad religiosa (y, añadió, de la aconfesionalidad del Estado, aunque no extrajo las debidas consecuencias de esta afirmación en cuanto a la naturaleza inconstitucional de tales actos militares). Y la segunda repitió criterios y similar resolución en relación con la obligación impuesta a un Subinspector del Cuerpo Nacional de Policía de participar en una **procesión de Semana Santa** acompañando a la malagueña Hermandad Sacramental de Nuestro Padre Jesús El Rico, de la que aquel Cuerpo resultaba ser Hermano mayor (aunque el TC también aquí se negó a entrar a considerar la inconstitucionalidad de tan peculiar patronazgo por parte de una institución armada).

En los últimos diez años, sin embargo, parece haberse retornado a la doctrina general que antepone la libertad religiosa colectiva sobre la individual, como lo ponen de manifiesto dos destacadas sentencias. En la primera, de 2011, la Sala Segunda inadmitió el amparo de un abogado del **Colegio de Abogados de Sevilla** frente a una reforma estatutaria de 2004 de dicho colegio que proclama su carác-

ter aconfesional con la salvedad de que «por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada». El TC, tras admitir que los colegios de abogados están obligados a la neutralidad religiosa por su naturaleza estatal, excluye que el mencionado patronazgo menoscabe el principio de aconfesionalidad porque su significado predominante es cultural, con independencia de «que para los creyentes siga operando su significado religioso» (STC 34/2011, FJ 4; la sentencia cita las SSTC 19/1985 y 130/1991, pero tergiversando su sentido: cfr. sobre esto RUIZ MIGUEL, 2012, 92-95). En segundo lugar, es destacable también una muy reciente sentencia del Pleno, que ha considerado plenamente constitucional la Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE), impugnada entre otras razones por autorizar la **enseñanza diferenciada por sexos** y por establecer una **asignatura evaluable de Religión**. En su decisión, el TC ha validado como sinónimos los términos «de aconfesionalidad o laicidad positiva» de la STC 46/2001 para terminar ahora por considerar que la efectividad del derecho a la libertad religiosa de «las Iglesias y confesiones» (en realidad, solo de algunas de ellas) «implica una garantía prestacional» como «contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva» (STC 31/2018, FJ 6).

3. Los límites de la libertad religiosa

La anterior configuración debe completarse con distintas decisiones de amparo relativamente oscilantes sobre los límites de la libertad religiosa, tanto individual como colectiva, no existiendo ninguna con posterioridad a 2008, seguramente debido a la drástica reducción de la admisibilidad de amparos a los de «especial trascendencia constitucional» tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007.

Ante todo, sobre la extensión de la protección de la libertad religiosa, son de gran interés varias sentencias que excluyen su **alcance positivo o prestacional**. En uno de los casos, que

afectaba solo a relaciones entre particulares, la Sala Segunda denegó el amparo a una trabajadora convertida a la Iglesia Adventista del Séptimo Día que había solicitado de su empresa el cambio personal del día de descanso semanal, en lo esencial porque la libertad religiosa solo exige de terceros particulares el no impedimento coercitivo de la práctica religiosa pero no su posibilitación efectiva (STC 19/1985, FJ 2). Además, ha habido al menos otros dos casos que involucraban directamente al Estado en los que el Tribunal Constitucional no apeló a la vertiente prestacional de la libertad religiosa, denegando el amparo: por un lado, el de un testigo de Jehová que reclamaba los gastos de tratamiento en centros privados de una enfermedad que la Seguridad Social se había negado a tratar sin hacerle **transfusiones de sangre**, a lo que el interesado se oponía por sus creencias religiosas (STC 166/1996); y, por otro lado, el de una ministra de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España que reclamaba ciertos **beneficios de la legislación laboral** y que el Tribunal Constitucional denegó por entender que el Estado respeta el derecho a la libertad religiosa, incluido el deber de cooperación del art. 16.3, cuando no ha «restringido, condicionado u obstaculizado» el ejercicio de la libertad de creencias de quien «ha podido en todo momento desarrollar cualesquiera de las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 128/2001, FJ 3).

De especial importancia en materia de límites resulta también la STC 141/2000, que resolvió el recurso de amparo de un miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal al que, una vez divorciado y en atención a la **peligrosidad** de sus **creencias religiosas**, los Tribunales ordinarios le habían prohibido hacer proselitismo de ellas y le habían negado todo derecho de visita de sus hijos por los riesgos de sus creencias. La Sala, que anuló esta segunda prohibición pero no la primera, fundamentó su decisión en que la protección plena «de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena», que proporciona la libertad

de creencias del art. 16.1, resulta limitada por el **orden público** cuando pretende extender sus creencias a terceros «mediante su profesión pública y el proselitismo de las mismas», añadiendo:

«La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, caso *Kokkinakis*, §§ 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, caso *Larissis*, §§ 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profesión, pues bien pudiere conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 120/1990, FJ 8; 215/1994, de 14 de julio, FJ 4; 332/1994, de 29 de diciembre, FJ 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 3; AATC 71/1992, de 9 de marzo, FJ 3; 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; SSTEDH caso *Kokkinakis*, § 48; caso *Larissis*, § 53)» (FJ 4); «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal» (FJ 5).

Por último, cabe mencionar brevemente otros casos sobre la relación de la libertad religiosa con otros derechos. Ante el siempre

potencial **contraste entre la libertad religiosa y la de expresión**, es relevante el amparo que la Sala Segunda concedió a una enfermera frente al despido de un hospital católico por unos comentarios críticos ante un acto religioso (STC 106/1996, especialmente FF. JJ. 4 y 7; no obstante, hay voto particular de 2 Magistrados). Asimismo, en el **conflicto entre la libertad religiosa y la autonomía universitaria**, hay dos sentencias que vinieron a afirmar la constitucionalidad de los Acuerdos con el Vaticano en el establecimiento de la enseñanza religiosa en Escuelas de Profesorado, negando todo margen de libertad a la autonomía universitaria en la materia (SSTC 187/1991 y 155/1997; dicho sea de paso, el TC ha seguido sin plantearse en absoluto la cuestión de la posible inconstitucionalidad de alguno de los compromisos asumidos en dichos Acuerdos, últimamente dados vueltos a dar por válidos en las SSTC 207/2013 y 13/2018). Y, en fin, la STC 195/2003 hizo una delimitación del derecho de **libertad religiosa en relación con los de libertad ideológica y reunión** en espacios públicos cuando amparó parcialmente a una asociación a la que durante un día festivo se había prohibido la instalación de una *haima* saharauí junto a un templo católico, pero a la vez reconoció también la razonabilidad de las limitaciones gubernativas al uso de la megafonía durante la celebración de las ceremonias en dicho templo.

IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

1. La compleja evolución de la jurisprudencia constitucional

La evolución de nuestra jurisprudencia constitucional en materia de objeción de conciencia puede sintetizarse en el **zigzag** de tres posiciones distintas en el plazo de cinco años, entre 1982 y 1987, con un **nuevo viraje** de dos decisiones de 2002 y 2015 que abren el camino intermedio de la ponderación caso por caso. Veámoslo con más detalle.

La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el asunto fue en la STC 15/1982 —con anterioridad, así pues, a la legislación de 1984 sobre la objeción de conciencia al servicio milita—, para resolver el recurso de amparo de un **objeto llamado a filas**. En ella, tras sentar la fuerte conexión entre la objeción de conciencia al servicio militar del art. 30.2 de la Constitución y la «libertad de conciencia» reconocida en el art. 16, consideró a la primera como un derecho directamente ejercible en su contenido esencial, incluso antes del desarrollo legislativo, mediante la obligación para el Estado de suspender la incorporación a filas de cualquier ciudadano que lo alegara (cfr. FF. JJ. 6-8).

El segundo momento lo constituye la STC 53/1985, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra una coetánea reforma de la legislación despenalizadora de ciertas formas de **aborto**. En esa decisión, ante la alegación del recurso de que el proyecto de ley impugnado no reconocía la posibilidad de objetar en conciencia al personal sanitario, el Tribunal Constitucional despachó breve y apodícticamente la cuestión diciendo:

«Cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (FJ 14).

Literalmente entendida, esta interpretación venía a configurar un derecho general a la objeción de conciencia, por más que en el brevísimo enunciado del TC no se estableciera cautela ni límite alguno (lo que incluso en el caso del aborto ya es particularmente discu-

tible, por ejemplo ante el aborto necesario para salvar la vida de la madre). Leídas contextualizadamente, sin embargo, las afirmaciones del TC se referirían en exclusiva a la objeción de conciencia a la interrupción legal del embarazo.

El tercer momento que completa el zigzag de la interpretación constitucional inicial lo configuran las SSTC 160/1987 y 161/1987, que rechazaron, respectivamente, un recurso y varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre la **legislación** a propósito de la **objeción de conciencia al servicio militar** aprobada en 1984 (Ley 48/1984 y Ley Orgánica 8/1984). Estas sentencias de 1987 dejaron sentadas dos ideas bien rotundas, además de mutuamente relacionadas: en primer lugar, que la objeción de conciencia al servicio militar no estaría constitucionalmente garantizada de no haber sido expresamente reconocida en el art. 30.2 CE de la Constitución, de modo que negaba así la *directa* conexión de ese derecho con el art. 16 que había establecido en la STC 15/1982; y, en segundo lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ni puede existir un derecho general a la objeción de conciencia, tesis que se manifestaba ahora de forma tan expresa, breve, apodíctica e ilimitada como en la anterior STC 53/1985 sobre el aborto se había manifestado literal y aparentemente la tesis opuesta:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (STC 161/1987, FJ 3).

Durante los quince siguientes años, hasta 2002, la sustancia de la decisión anterior vino

siendo consolidada por resoluciones del Tribunal Constitucional en dos órdenes de temas: por un lado, en relación con la **objección a la prestación civil sustitutoria** del servicio militar, la STC 321/1994 rechazó el recurso de un insumiso que había sido penalmente condenado (en similar sentido, véanse también las SSTC 55/1996 y 88/1996, así como los AATC 214/1996 y 319/1996); y, por otro lado, en relación con la **objección fiscal**, la Providencia 295/1990 y el ATC 71/1993 también la rechazaron de plano recordando la doctrina que se acaba de citar textualmente.

La inestabilidad jurisprudencial retornaría con un nuevo viraje producido con la STC 154/2002, que se ha visto confirmado por la STC 145/2015. La primera resolvió un recurso de amparo avocado al Pleno en un complejo caso penal en el que el Tribunal Constitucional terminó anulando la condena a los padres por la **muerte de un menor de trece años** que no había recibido las necesarias **transfusiones de sangre**, rechazadas por las creencias religiosas de todos los afectados, testigos de Jehová. En este caso, dando relevancia a la libertad religiosa del menor y a su capacidad de consentir o no a tratamientos médicos, la STC 154/2002 concluyó que la pretensión del Tribunal de instancia de que los padres debían haber intentado disuadir al menor de su negativa o haber permitido una transfusión forzosa va «más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor» (FJ 15). La segunda, también un amparo avocado al Pleno, aceptó el recurso de un **farmacéutico** que había sido sancionado administrativamente por no disponer de la llamada «**píldora del día después**» por razones de conciencia. Tras asumir la especial trascendencia constitucional del caso para aclarar «la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia» (FJ 3), la STC 145/2015 basa su decisión en la analogía del caso con la doctrina sentada en la STC 53/1985 sobre la objeción a practicar un aborto legal y en la subsiguiente ponderación de que, al menos en el caso concreto, el derecho del farmacéutico a salvaguardar su conciencia no afectó al derecho de la

mujer solicitante a su salud sexual y reproductiva por disponer presuntamente de farmacias alternativas cercanas (FF. JJ. 4-5).

Es digno de mención que la STC 145/2015 no amparó la negativa del mismo farmacéutico a disponer de **preservativos** y, sobre todo, que tuvo dos tipos de votos particulares: de una parte, el voto concurrente del ponente de la sentencia (Ollero Tassara), que propone una fundamentación todavía más amplia y radical que la mayoría, incluyendo también la objeción a los preservativos por considerar «la objeción de conciencia un derecho fundamental» que debe ponderarse en relación con otros derechos y bienes constitucionales por el legislador y, en su defecto, «por el órgano judicial competente»; y, de otra parte, los dos votos discrepantes de Asúa Batarrita y de Valdés Dal-Ré con Xiol Ríos, el primero de los cuales va frontalmente dirigido a mantener la posición restrictiva de la objeción de conciencia de la STC 160/1987 (para críticas doctrinales, *vid.*, en el sentido del primer voto particular, MARTÍNEZ TORRÓN, 2015; y, en el del segundo, CELADOR, 2017, § 5; así como ALFARO ÁGUILA-REAL, 2015; y GARCÍA AMADO, 2015).

El anterior viraje jurisprudencial ha coincidido en el tiempo con el criterio discordante del Tribunal Supremo en materia de objeción de conciencia a la materia de **Educación para la Ciudadanía**, introducida en el currículo escolar por la Ley Orgánica 2/2006, de Educación y suprimida siete años después. En cuatro sentencias de 11 de febrero de 2009, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (con siete de sus veintinueve miembros discrepantes) rechazó distintos recursos que impugnaban la no exención de la materia por razones de conciencia, excluyendo que debiera presentarse cuestión de constitucionalidad por posible violación del artículo 16.1 o de cualquier otro precepto de la CE (*vid.* RUIZ MIGUEL, 2010). Por su parte, hay tres sentencias del Tribunal Constitucional que han desestimado amparos en esta misma materia, pero sin entrar en ninguna de ellas en el fondo del asunto (SSTC 28/2014, 41/2014 y 57/2014).

2. Desde el derecho general a la objeción de conciencia hasta las diversas objeciones concretas: el papel de los Tribunales ordinarios

Lo que está en discusión en la sinuosa jurisprudencia constitucional en esta materia es si la libertad ideológica y religiosa del art. 16.1 incluye o no una especie de **derecho general a la objeción de conciencia** y, si de hacerlo así, cuáles deberían ser sus límites y, sobre todo, qué órganos estatales están legitimados para decidirlos. En la doctrina se han defendido dos posiciones básicas al respecto.

La **interpretación más extensiva** sostiene que la objeción de conciencia es un derecho constitucional y fundamental directamente anclado en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 y que, aun teniendo límites en el orden público y en otros derechos y bienes constitucionales, puede ser ejercido sin necesidad de específica *interpositio legislatoris* mediante el reconocimiento por los tribunales. A falta de regulación legal, serían los tribunales ordinarios, y en último término el Tribunal Constitucional, los llamados a ponderar la razonabilidad caso por caso de las distintas pretensiones de exención (*vid.*, en tal sentido, GASCÓN, 1990; NAVARRO VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, 1997; PRIETO, 2004; y ESCOBAR, 2016). En lo que toca al apoyo jurisprudencial de esta interpretación el Magistrado Ollero Tassara, en sus votos particulares a las SSTC 151/2014 y 145/2015, ha remitido esencialmente a la STC 15/1982, cuyo FJ 6, sin embargo, cita de forma descontextualizada, como si esa última sentencia se refiriera en general a toda objeción de conciencia y no —como claramente lo indican sus alusiones a la Ley Fundamental de Bonn y a la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa— en exclusiva a la objeción de conciencia al servicio militar), y a la STC 53/1985, pero sin mencionar que la STC 161/1987 excluyó tajantemente cualquier reconocimiento constitucional de la «objeción de conciencia con carácter general».

La **interpretación alternativa y restrictiva** sostiene que en nuestro sistema jurídico

no existen más formas de objeción de conciencia que la constitucionalmente prevista frente al servicio militar, las reconocidas en insegura forma casuística por concretas decisiones del Tribunal Constitucional (por ahora, al aborto y a la píldora del día después) y, en fin, con carácter infraconstitucional, las eventualmente reguladas por las leyes (*vid.* PECES-BARBA, 1993; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2013, IX.8; y GÓMEZ ABEJA, 2016, II. IV y III).

El contraste definitivo entre las dos posiciones anteriores solo podría llegar en el improbable caso de que una ley regulara con carácter general los supuestos de objeción de conciencia asumibles en el Derecho español (como han propuesto BRAGE y MÍGUEZ, en ROCA, 2008) y de que el Tribunal Constitucional debiera decidir sobre la constitucionalidad de las eventuales limitaciones a la libertad de conciencia impuestas por tal ley. Entre tanto, el problema pendiente más complejo es el del **margen de interpretación de la jurisdicción ordinaria** en el reconocimiento concreto de determinadas formas de objeción como constitucionalmente garantizadas. El camino que mejor respeta la seguridad jurídica es, desde luego, la presentación por el Juez ordinario de la correspondiente **cuestión de inconstitucionalidad** ante cualquier reclamación de objeción de conciencia que, frente a su clara exclusión legal, considere que pudiera estar amparada por la Constitución. En contraste, la **directa interpretación de la ley por los tribunales ordinarios** solo parece razonable cuando la propia ley emplee cláusulas legales abiertas que admitan excepciones genéricas a ciertos deberes en las que podría integrarse la objeción de conciencia, como ocurre en los deberes de jurado o de miembro de una mesa electoral (en el supuesto del jurado, hay una sentencia del TC, la 216/1999, pero que inadmitió el amparo por la mera razón formal de que no había concluido el proceso de selección de jurados). Sin lugar a dudas, el debate doctrinal sobre la objeción de conciencia, con sus derivaciones en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, continuará.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEDA SALINAS, M., *La libertad de creencias y su tutela jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., <http://almacenederecho.org/la-pildora-del-dia-siguiente/>, 8 de julio de 2015.
- BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, CEPyC, Madrid, 2006.
- BARRERO ORTEGA, A. y TEROL BECERRA, M. J. (Eds.), *La libertad religiosa en el Estado social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- CAPODIFERRO CUBERO, D., *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch, Barcelona, 2013.
- CEBRÍA GARCÍA, M. D., *Objeciones de conciencia a intervenciones médicas: Doctrina y Jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- CELADOR ANGÓN, O., «La objeción de conciencia farmacéutica. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, págs. 121-166.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, J. A. (Ed.), *Libertad y conciencia en el ejercicio de las profesiones sanitarias*, ANDOC, Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4.^a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2013.
- ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993.
- «¿Ideología de la Constitución o ideología de los jueces constitucionales? (a propósito de la STC 145/2015, sobre objeción de conciencia farmacéutica)», *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, IX, 2016, págs. 275-292.
- ESPÍN, E., «Los derechos de la esfera personal», en LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional*, vol. I, *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 217-258.
- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001.
- GARCÍA AMADO, J. A., <http://almacenederecho.org/objecion-de-conciencia-al-hilo-de-la-reciente-sentencia-del-tc-en-el-caso-de-la-pildora-del-dia-siguiente/>, 18 de julio de 2015.
- GARCÍA HERRERA, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1991.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990.
- GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, CEPyC, Madrid, 2016.

LARENA BELDARRAIN, J., *La libertad religiosa y su protección en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2003.

LÓPEZ CASTILLO, A. (Ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

— *La libertad de conciencia en la jurisprudencia constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2002.

LÓPEZ GUZMÁN, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. (Ed.), *Libertad religiosa y derecho sanitario*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Constitución y libertad religiosa en España*, Dykinson-Universidad de La Rioja, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia farmacéutica en la reciente jurisprudencia constitucional española: otra oportunidad perdida», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 39, 2015, págs. 1-29.

NAVARRO VALLS, R., «Neutralidad activa y laicidad positiva (Observaciones a “Para una interpretación laica de la Constitución”, del profesor A. Ruiz Miguel)», en RUIZ MIGUEL y NAVARRO VALLS, 2008, págs. 97-145.

— «Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 25 de septiembre de 2014, sobre registro de objetores de conciencia al aborto», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 36, 2014, págs. 1-7.

NAVARRO VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

OLLERO, A., *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

OLLERO, A. y HERMIDA DEL LLANO, C. (Eds.), *La libertad religiosa en España y en el Derecho comparado*, Iustel, Madrid, 2012.

PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (Ed.), *Ley y conciencia moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

PERALTA, R., *Libertad de conciencia y Estado Constitucional*, 2.^a ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004.

POLO SABAU, J. R., *¿Derecho Eclesiástico del Estado o Libertades Públicas? Notas para una interpretación sistemática del art. 16 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2006.

PRIETO SANCHÍS, L., «La libertad de conciencia», en LAPORTA, F. J. (Ed.), *Constitución y derechos fundamentales*, Cepyc, Madrid, 2004, págs. 623-637.

REY MARTÍNEZ, F., «La laicidad “a la francesa”: ¿modelo o excepción?», *Cuadernos de Alzate. Revista Vasca de la Cultura y las Ideas*, núm. 38, 2008, págs. 37-63.

ROCA FERNÁNDEZ, M. J. (Ed.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ROLLNERT LIERN, G., *La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, CEPyC, Madrid, 2002.

RUIZ MIGUEL, A., «Para una interpretación laica de la Constitución», en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Actas de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, págs. 147-178; también, con leves cambios, en RUIZ MIGUEL y NAVARRO VALLS, 2008, págs. 31-95.

- «Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal», en GUTIÉRREZ, I. y PRESNO, M. A. (Eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, 2012, págs. 69-97.
- «Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVI, 2010, págs. 107-146.
- «L'obiezione di coscienza in Spagna: tensioni nel dibattito», *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, XXVII, núm. 101 (*Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, a cura di P. BORSELLINO, L. FORNI e S. SALARDI), 2011, págs. 67-78.

RUIZ MIGUEL, A. y NAVARRO VALLS, R., *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008 (2.^a ed., 2009).

RUIZ-RICO, G. y RUIZ RUIZ, J. J. (Eds.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales. Las jurisprudencias nacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SIERA MUCIENTES, S., *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Madrid, 2000.

VALERO HEREDIA, A., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un Estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.

XIOL RÍOS, J. A., «La libertad ideológica o libertad de conciencia», en *La libertad ideológica*, Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPyC, Madrid, 2001, págs. 11-80.

ARTÍCULO 16.3

ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO Y COOPERACIÓN CON LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Sumario: I. Dimensión institucional de la libertad religiosa. II. Neutralidad religiosa y relaciones de cooperación estatal con iglesias y confesiones. 1. Neutralidad y cooperación. A) Una aproximación de principio a la gradual exigencia de neutralidad. B) El Registro de Entidades Religiosas (RER) como expresión de positiva laicidad. 2. Acuerdos de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. A) Acuerdos de cooperación con la Iglesia católica y otras confesiones. B) A propósito de los contenidos de los acuerdos de cooperación con la Iglesia católica en la jurisprudencia eclesiástica del Tribunal Constitucional.

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO ACREDITADO (ANECA)
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

El reconocimiento constitucional de la libertad religiosa se produce de un modo yuxtapuesto al de la libertad ideológica, que ha generado un **debate doctrinal** (cfr. comentario art. 16.1 y 2 CE; LÓPEZ CASTILLO, 1999, caracterización autónoma que no comporta lecturas neoconfesionales —PORRAS RAMÍREZ, 2006; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2003—), tanto más vasto si a ello se suma, actualizada, una diversa tradición eclesiástica que, si se atiende a los regímenes concernidos en el marco del CEDH que, como otros estándares iusinternacionales, *ex art.* 10.2 CE, contribuyen a integrar su sentido y alcance (cfr. STC 46/2001, FJ 4), va del modelo de Iglesia de Estado al alternativo régimen de laicidad, y pasa por modalidades y regímenes de cooperación eclesiástica (LÓPEZ CASTILLO, 2007b).

En la transición democrática, mediante supe-
ración de antecedentes simplificadores, tanto

del confesionalismo franquista como del laicismo republicano, y al efecto de apaciguar radicales militancias en torno a la cuestión religiosa, el **compromiso constituyente** fraguaría en la imprecisa, pero clarificadora, cláusula del art. 16.3 CE (SAINZ MORENO, 1980; BARRERO ORTEGA, 2006).

En el art. 16.3 CE confluye la asertiva declaración de principio sobre la **aconfesionalidad del Estado** (poniendo así distancia con respecto al precedente confusionismo del confesionalismo, estricto o tolerante, según se modula el enfático nacionalcatolicismo inicial mediante el reconocimiento vaticano de la libertad religiosa) con un mandato a los poderes públicos de articular **relaciones de cooperación con Iglesias y confesiones** en atención a las creencias religiosas de la sociedad española (actitudes de animadversión o indiferentismo oficial quedan así, normalizada ya la cuestión religiosa que subyace a la expresa mención de la Iglesia católica, neutralizadas).

En cuanto a la primera frase, a la inicial referencia a la aconfesionalidad (STC 1/1981, FF. JJ. 1 y 6; cfr., en perspectiva crítica, SUÁREZ PERTIERRA, 2002, 336), en la jurisprudencia se ha ido sumando el empleo indistinto o acumulado de locuciones y términos sinónimos, como no confesionalidad (STC 340/1993, FJ 5) o neutralidad religiosa (STC 177/1996, FJ 9; STC 51/2011, FF. JJ. 9 y 11) y, sobre esto, **laicidad positiva** (STC 46/2001, FJ 4; STC 38/2007, FJ 5; STC 37/2018, FJ 6), aun de forma conjunta [*a. e.*, SSTC 128/2001, FJ 2; 154/2002, FJ 7; 101/2004, FJ 3; STC 207/2013, FJ 5.a); STC 54/2017, FJ 7.c)].

Y, en todo caso, la proclamación de que «**nin-guna confesión tendrá carácter estatal**» se ha clarificado en el sentido de dejar sentado que así como se opone a «que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos [...] veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales» (STC 24/1982, FJ 1) y, en esa línea, por ser manifiesto designio constituyente «que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica», así como se niega la pretendida legitimación pasiva en amparo de los Tribunales de la Iglesia católica por el «carácter separado de ambas potestades» (ATC 119/1984, FJ 1), se declara la inconstitucionalidad sobrevenida de la extensión a la Iglesia católica de privilegios arrendaticios de los entes públicos (STC 340/1993, FJ 4); y con base en esa doctrina se pondría fin a la equiparación del régimen de prohibición de inscripción hipotecaria de los templos católicos y los bienes de dominio público, mediante Ley Hipotecaria 13/2015, de 24 de junio, al efecto de un mejor acomodo a los tiempos que corren, sin mencionar el principio de aconfesionalidad, sino, *a contrario*, en la medida en que se supera *pro futuro* —cfr. DT única— la concreción reglamentaria de un privilegio eclesiástico acordado en el marco del confesionalismo propio del nacional-cato-

licismo de posguerra; a la manifiesta falta de correspondencia de semejante privilegio eclesiástico con el orden constitucional, en general, y, en particular, con la constitutiva exigencia constitucional de aconfesionalidad, se vino a sumar su inconsistencia con los estándares convencionales tal y como, no sin un cierto voluntarismo procesal por parte del TEDH, resulta de su sentencia de 4 de noviembre de 2014, as. *Sociedad anónima del Ucieza/España*).

Por lo demás, la posible advertencia de una **dimensión cultural** o conexión con la **tradicción** ha permitido enjuiciar de un modo más laxo, así como la secularizada tradición laboral del descanso dominical (STC 19/1985, FJ 5), la remanencia de ciertos aspectos relativos a la Iglesia católica. Ha sido el caso de la presencia curricular en la licenciatura de Derecho del Derecho canónico, en atención a su notoria contribución a la formación de la cultura jurídica europea [ATC 359/1985, FJ 3: «(Que e)l Derecho canónico (...) no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia católica» es algo que no escapa a «la experiencia normal de cualquier jurista»; cfr. ATC 429/1986, FJ 4] y está, asimismo, en la base de tratos y actitudes (todavía) deferentes con la presencia de símbolos religiosos en lugares y actos públicos (cfr. CONTRERAS/CELADOR, 2007, 28 y ss.; entre tanto, en el espacio convencional europeo, la concordancia práctica en casos de colisión con expresiones secularizadas de la tradición cultural deviene un rasgo característico de la jurisprudencia del TEDH, del que bien puede ser exponente el tránsito de *Lautsi I a II*, sentencias de Sala y de Gran Sala, de 3 de noviembre de 2009 y 18 de marzo de 2011, respectivamente).

Y en cuanto a la segunda frase, lo que *in fine* del art. 16. 3 CE se pone de manifiesto es un **mandato de cooperación eclesiástica** en consecuencia con la exigida toma en consideración de las creencias religiosas presentes

en la sociedad, «un deber de cooperación del Estado con la Iglesia católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadanos» (STC 93/1983, FJ 5); a propósito de cuya concreta configuración y alcance **al legislador corresponde establecer regulaciones que, sin contravenir el orden público constitucional, satisfagan esa directriz de actuación de los poderes públicos** [acerca de la inconstitucionalidad y nulidad, *pro futuro*, de la exención del requisito de ley de reconocimiento para universidades fundadas por la Iglesia católica, cfr. STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 10 (fallo, 2.º) y 5 VV. PP. —VP Aragón: «constituye una opción legislativa que interpreta las previsiones contenidas en los citados artículos X y XVII.2 del Acuerdo (AEAC) y resulta acorde con el deber de cooperación del Estado con la Iglesia católica (art. 16.3 CE)»] **y a los Tribunales compete la salvaguarda de su exclusiva jurisdicción** (STC 38/2007, FF. JJ. 7 —que cita STC 1/1981— y 13, que, a propósito del art. II AEAC, recuerda el carácter rogado de la jurisdicción constitucional; en esa misma tesitura, cfr. 37/2018, FJ 6).

Y mediante esta complementaria determinación se establece un fundamento constitucional que, en manifiesto contraste con el periclitado régimen de excluyente confesionalidad católica vigente durante el franquismo, demanda la articulación de regímenes eclesiásticos, si no enteramente congruentes, al menos compatibles con los principios básicos que «determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las Iglesias y confesiones [...] el **principio de libertad religiosa** (que) reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de manera que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso y el **principio de igualdad**, que es consecuencia del principio de libertad en esta materia, significa que las actitudes religiosas de

los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico» (STC 24/1982, FJ 1).

En su yuxtapuesto tenor, el art. 16.3 CE no establece criterio unívoco, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad para la traza y veste jurídica de fenómenos religiosos de relevancia pública mediante relaciones de cooperación que, a la refleja normalidad sociológica, han de sumar la observancia de exigencias integrantes de la cláusula del **orden público protegido por la ley** (art. 16.1 CE); cláusula de casuística concreción que, en tanto incida en el ejercicio de otros derechos fundamentales, de no alcanzar a integrarlos, colisionaría con el «orden constitucional de valores y principios cifrado en la cláusula del **orden público constitucional**» [STC 38/2007, FF. JJ. 7 y 13; y STC 51/2011, *in toto*, que la reexplica y aplica en un supuesto semejante, al que provocara su avocación, vista la cesura respecto de la doctrina plenaria, en la Sala Segunda (STC 128/2007; contestada al interno mediante un singular VP, por elevación, y expuesta al escrutinio del TEDH que, en el tracto que va de la Sala de siete jueces a la Gran Sala, ahondaría en su discrepancia, cfr. SSTEDH de 15 de mayo de 2012 y 12 de junio de 2014, as. *Fernández Martínez I y II*).

Y elemento inexcusable, si no auténtico presupuesto, en un marco de aconfesionalidad cooperativa, es la neutralidad religiosa (cfr. STC 51/2011, FJ 11) e ideológica (STC 5/1981, FJ 9) que, al tiempo que delimita, deviene directiva de actuación de los poderes públicos que, como garantes y promotores del ejercicio inmune de coacción del derecho por sus titulares, han de salvaguardar y asegurar la **pacífica convivencia religiosa** en el seno de la sociedad plural y democrática (STC 177/1996, FJ 9), sin perjuicio de la restricta sujeción de creencias, religiosas o seculares, al orden público que, sobre sus tópicos elementos, alcanza el estatuto iusfundamental de la persona (a propósito de la restricción de los derechos paternos en relación con hijos

menores en atención a una cláusula de inmunidad que ha de posibilitar que permanezcan al margen de cualesquiera prácticas abusivas o incursas en proselitismo, cfr. STC 141/2000, FJ 4 y 5-7).

II. NEUTRALIDAD RELIGIOSA Y RELACIONES DE COOPERACIÓN ESTATAL CON IGLESIAS Y CONFESIONES

1. Neutralidad y cooperación

A) *Una aproximación de principio a la gradual exigencia de neutralidad*

En un régimen no confesional, las relaciones de cooperación se han de poder cohonestar siempre con la exigencia de neutralidad que, sin perjuicio de actuaciones de promoción expresivas de su faceta positiva, remite a la libertad e igualdad religiosa. En consecuencia, la referencia a las relaciones de cooperación *ex art.* 16.3 CE no puede entenderse agotada en **acuerdos de cooperación** con la Iglesia católica y las demás confesiones que, a diferencia de ordenamientos como el italiano, no se mencionan expresamente en la Constitución. Ello demanda la interpretación en contexto de una dimensión institucional que, lejos de permitir derivas de corte pluriconfesional, ha de pivotar en torno a una libertad e igualdad religiosa que, precisamente, en virtud de esta dimensión institucional (LÓPEZ CASTILLO, 2002, 153 y ss.) se confirma, concretando la especificidad constitucional que *ex art.* 16.1 CE solo es una parte del vasto y genérico término de «comunidades».

Esta relación de conexidad, de específico a genérico fundamento constitucional, invita a plantearse si el art. 16.3 CE demanda un específico régimen jurídico de asociación religiosa para esas «**Iglesias y confesiones**», sin perjuicio de un genérico régimen de asociación al que, como «**comunidades**», *ex art.* 16.1 CE, siempre podrían acogerse (cfr. LLA-MAZARES, II, 2003, 447).

Recuerda la STC 46/2001 que la exigencia de **neutralidad** alcanza su mayor intensidad en relación con comunidades de creyentes, confesiones o iglesias que, sin previo registro como asociaciones, desarrollan actividades colectivas, en el marco del orden público protegido por la ley, sin constricción de autoridades sujetas a la garantía constitucional de inmunidad de coacción (FJ 5).

Inmunidad de coacción a la que podría servir la tipificación penal de conductas lesivas de sentimientos religiosos si ello persigue salvaguardar la **paz religiosa**, que integra la cláusula de paz social (art. 10.1 CE) y que una política de activa neutralidad religiosa busca asegurar. Y pretendida la inconstitucionalidad de la tipificación penal del escarnio o ultraje a confesiones religiosas, atendiendo a la libertad/igualdad religiosa y a la no confesionalidad, se aclara que «no cabe una protección especial a una confesión religiosa determinada» (ATC 180/1986, FJ 2; cfr. ATC 271/1984: «la idea de Dios o [...] de lo sagrado no son patrimonio exclusivo de ninguna de ellas») y que «el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias (convicciones) y sentimientos religiosos de la sociedad no pued(a)n ser objeto de protección (y) respeto»; a la refleja atención a las creencias (art. 16.3 CE), la **tutela penal de sentimientos religiosos** suma instrumental rendimiento a la convivencia democrática —Preámbulo CE— [ATC 180/1986, FJ 2; cfr. STC 62/1982, FJ 3.a)].

En esta línea, la invocación de una **tutela penal reforzada** de determinadas confesiones (art. 523 CP: «las confesiones religiosas inscritas en el [...] registro público») en la STC 46/2001, si se ha de interpretar de conformidad con los arts. 14 y 16 CE, resulta equívoca (cfr. FJ 7 y VP; de haberse tenido presente la expresa supresión, mediante LO 9/1983, de una previa referencia a «la religión católica o confesión reconocida legalmente», acaso se hubiese podido cuestionar el colegio la constitucionalidad del vigente régimen reforzado de tutela penal de unas determinadas confesiones).

B) *El Registro de Entidades Religiosas (RER) como expresión de positiva laicidad*

La consideración del **RER** como instrumento de **positiva laicidad** al servicio del efectivo y pleno ejercicio del derecho de libertad religiosa de las confesiones se ha desarrollado en respuesta a un recurso de amparo instado por la llamada Iglesia de Unificación, en un supuesto relativo a una reiterada denegación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (RER), que, entre otras tachas, alegaba la vulneración de su libertad de asociación religiosa como consecuencia de una práctica inversión de la carga de la prueba que, con excelente criterio, el Pleno denomina, por su nombre, genérica aplicación preventiva de la cláusula de orden público.

Reformulando quejas y mediante novedosa aproximación doctrinal a los pares neutralidad/cooperación y libertad/igualdad religiosa (STC 46/2001; cfr. VP), se ampara la pretensión y se ordena su inmediata inscripción en el **RER; instrumento de promoción** que, por oposición al registro de asociaciones confesionales no católicas operativo en un régimen autoritario de mera tolerancia, y «desde una perspectiva [...] asistencial o prestacional» (FJ 4) sirve particularmente a la promoción de un ejercicio en plenitud de la libertad religiosa por parte de grupos o comunidades a fin de que no se incurra en «una indeseada situación de **agravio comparativo**» (FJ 9).

Como manifestación del desarrollo legislativo del derecho de libertad religiosa (art. 5.1 LOLR), el RER se inserta en el contexto de los **arts. 9.2 y 16.3 CE**; en este segundo caso, contra lo que cabría esperar, no tanto a propósito de su segunda frase relativa a la cooperación con iglesias y confesiones, como del inciso primero en donde se articula una prohibición de confesionalidad (FF. JJ. 7 y 9) a la que, *de facto*, se reconduce una ocasional referencia a esa previsión final (FJ 4).

La explicación de esta identificación del fundamento constitucional del Registro de Entidades Religiosas está en su consideración como vía de reconocimiento de un específico estatuto de las entidades religiosas que, frente a la que se tacha de restrictiva configuración (FJ 6; cfr. I, 8), no operaría como un mero instrumento de ordenación al servicio del mandato de cooperación del art. 16.3 CE y circunscrito en su funcionalidad y alcance a un supuesto que, si se atiende a su desarrollo normativo no solo no se hace extensivo al conjunto de comunidades religiosas, sino que se limita a las que, estando ya inscritas, «hayan alcanzado **notorio arraigo** en España» (art. 7.1 LOLR).

In fine del FJ 6 se concluye, en consecuencia, que la inscripción «produce efectos jurídicos diversos, cuya concreción y alcance importa señalar para determinar si la indebida denegación de la inscripción en aquel vulnera o no el derecho a la libertad de creencias y culto» (FJ 6); **efectos jurídicos** que son la manifestación del específico **estatuto de entidad religiosa** que confiere el público reconocimiento de una «singular personificación jurídica» que «no se limita al [...] ámbito interno, a través del reconocimiento de una capacidad de autoorganización del sujeto colectivo, sino que se proyecta también en una vertiente externa ([...] en virtud de) una especial protección jurídica de la que no pueden beneficiarse aquellas otras que» no hayan tenido acceso al RER.

Y, en congruencia con esa doble y contrapuesta **lectura, restricta**, al delimitar el sentido y alcance del **art. 16.3 CE** (que, en este ámbito, concurre con el genérico mandato de remoción compensatoria del art. 9.2 CE) y, **extensiva**, al entender que ese específico estatuto de entidad religiosa forma parte integrante del **contenido esencial del derecho de libertad religiosa de las «comunidades»**, la intervención administrativa en el RER deviene actividad reglada que «no habilita [...] para realizar una actividad de control de la legitimidad de las creencias religiosas de las entidades o comunidades religiosas, o

sobre las distintas modalidades de expresión [...] sino tan solo la de comprobar (mediante) un acto de mera constatación, que no de calificación, que la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias (a)l orden público» (FJ 8).

En este punto, y a la luz de una jurisprudencia que, *ex art.* 10.2 CE, sistemáticamente se gesta en diálogo con el TEDH, se plantean interrogantes que no conviene ignorar; de una parte, ¿si mediante ese ensayo hermenéutico de extensiva integración del contenido esencial de un derecho fundamental (art. 16.1 CE), cuya gradualidad sociológica pretendería compensar el restringido vaciado del art. 16.3, *in fine*, CE, acierta a observar el TC la exigencia de salvaguarda y promoción de la libertad e igualdad religiosa que, en su jurisprudencia (STC 24/1982), integran la **directiva de neutralidad religiosa?**; de otra parte, y en todo caso, ¿si el no reconocimiento del específico estatuto de entidad religiosa, mediante denegación de la pretendida inscripción en el RER, alcanza a lesionar, y en qué medida, el **contenido esencial** del derecho de **libertad religiosa**, *ex art.* 16.1 CE?

En cuanto a lo primero, la crítica surge ante lo restrictivo de una lectura del mandato de cooperación *ex art.* 16.3, *in fine*, CE que solo en el caso de interpretarse de conformidad con el art. 7.1 LOLR podría entenderse como un fundamento constitucional limitado a los «Acuerdos»; interpretación que, no obstante la presión concordataria que acompaña al constituyente en el proceso de su redacción, resulta difícil de sostener y que, en todo caso, no cabe presumir. Antes al contrario, el art. 16.3, *in fine*, CE demanda una lectura abierta y consecuente con la propia evolución del sustrato social de las «relaciones de cooperación». Pues, aun en un marco de cooperación como el español, la **directiva de neutralidad** exige, antes que una deriva

de corte pluriconfesional, mediante intensificación y extensión de los acuerdos a cuantas confesiones se reconozca el «notorio arraigo» [mediante intervención de la CALR, en donde la Administración forma criterio junto a técnicos y representantes de las religiones concertadas; mediante RD 593/2015, de 3 de julio, se exige acreditar, en su caso mediante inscripción en el RER, presencia estable y activa en la sociedad española, implantación en el territorio de varias CC. AA., número representativo de entidades y lugares de culto inscritos y estructura interna y representación adecuadas a su organización; a las confesiones conocidas (y concertadas), se ha sumado el reconocimiento de la Iglesia Mormona de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, en 2003, los Testigos Cristianos de Jehová, en 2006, la Federación de comunidades budistas en España, en 2007, y la Iglesia ortodoxa, en 2010], la articulación, mediante ley, de un marco de cooperación eclesiástica adecuado a la CE.

Y respecto a lo segundo es preciso clarificar, en lo posible, la inmediatez e intensidad de la declarada vulneración del derecho de libertad religiosa, no sin alguna consideración previa, en torno al principio de neutralidad, sobre posibles manifestaciones del específico estatus de entidad religiosa y a propósito del art. 3.2 LOLR y de lo que deba o no entenderse por «religión» y «fines religiosos».

Así, en la perspectiva del principio de neutralidad, es dudoso el encaje constitucional de tipos penales relativos a unas determinadas entidades religiosas, aquellas que tuvieran acceso a un específico estatuto, si ello se declara contenido esencial de un derecho de libertad religiosa, que, *ex Constitutione*, corresponde a todas las «**comunidades religiosas**». De otra parte, constatar que no se está ante una entidad de las excluidas *ex art.* 3.2 LOLR solo parece factible en presencia de **fines religiosos** lo que, salvo arbitrariedad vedada a los poderes públicos (art. 9.3 CE), requiere de previa caracterización, no teológica o científica, sino jurídica, de lo que se ten-

ga por **religión** (otra cosa es cuestionar su acierto; cfr. STC 46, 2001, FJ 3); si en otros sistemas y regímenes eclesiásticos ello no es irrelevante (así, *a. e.*, en el ámbito estadounidense, el Fisco ha considerado fraudulenta la aplicación de exenciones fiscales a una sedicente comunidad de culto que no era sino una granja de explotación familiar), en el sistema español de cooperación eclesiástica es una **cuestión crucial** (LÓPEZ CASTILLO, 1999 y 2002; Díez-PICAZO, 2003, habla de «un problema constitucional específico», por contraste con los regímenes de —tolerante— confesionalidad o separación).

Una y otra apreciación aconsejan considerar la **hipótesis de ajuste constitucional**, mediante eventual replanteamiento por parte del TC de su controvertida doctrina sobre el registro *ex art. 5 LOLR*, un desarrollo legislativo del derecho reconocido *ex art. 16 CE*, que, como instrumento de remoción de obstáculos y de promoción de su efectivo y pleno ejercicio, expresaría la actitud de positiva neutralidad que, en perspectiva asistencial o de prestación, radica en el art. 9.2 CE (STC 46/2001, FF. JJ. 9, 7 y 4).

Un primer indicio podría considerarse la que resultara fallida reconducción del supuesto extramuros de la libertad religiosa hacia el ámbito propio de una cláusula de **no discriminación por razón de religión** (art. 14 CE) que expresamente sustenta el VP discrepante y que, aun a falta de consecuente desarrollo, asimismo soporta la decisión [STC 46/2001, FJ 9; entre otros casos de aplicación de esa doctrina, cfr. SAN de 11 de octubre de 2007, que «(d)eclara el derecho de la (*iglesia de Scientology de España*) a su inscripción en el (RER)»].

Adicionalmente, a fin de reintegrar contenidos, esencial y adicional, de libertad religiosa, en línea con la demanda de amparo de la Iglesia de unificación, antes de su reformulación plenaria, podrían considerarse los estándares decantados en la jurisprudencia del TEDH [que, en casos tales de negativa a la inscrip-

ción de entidad religiosa en un específico registro, la negación de un derecho a obtener una determinada personalidad jurídica religiosa, declara vulnerado el **derecho de asociación religiosa** (cfr. STEDH de 5 de abril de 2007, as. *Cienciología/Rusia*; con anterioridad, cfr. MARTÍNEZ BLANCO, 351-4)].

2. Acuerdos de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones

A) *Acuerdos de cooperación con la Iglesia católica y otras confesiones: generalidades*

En este punto, sin negar que en otros sistemas de cooperación eclesiástica el estado de la cuestión pueda ser otro, hay que dejar sentado que en el caso español los **acuerdos**, no obstante el peso de una tradicional relación con la Iglesia católica que en cierto modo preconstituye un modelo, que la propia LOLR afianza, no es la única fórmula indicada al efecto de cumplimentar un mandato constitucional que habla de establecer **relaciones de cooperación eclesiástica** (art. 16.3 CE); en consecuencia, ni agotan esas relaciones, ni a falta de explícita previsión *ex art. 16.3 CE*, podrían considerarse esos acuerdos un instrumento constitucionalmente prescrito y, aun menos, sostener, no ya su prelación sobre otras disposiciones nacionales de semejante rango [STC 207/2013, FJ 4.a), que —cita STC 49/1988, FJ 14—, excluye vulneración indirecta del art. 96 CE; cfr. Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales], sino la disparatada pretensión de preferente aplicación por una supuesta índole (supra)constitucional (cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2007a, 82, sobre el eco en la Sala de lo Social del TS de una llamativa tesis eclesiástica).

Que los Acuerdos con la Santa Sede están sujetos a la CE, cuyo parámetro, como **normas infraconstitucionales**, pueden contribuir a integrar, pero no eludir o cuestionar, ha quedado de manifiesto en diversas ocasiones me-

dante una línea de doctrina que, si no frontalmente, de modo indirecto y por *obiter dicta*, sienta la idea de una **inmediata vinculación a la Constitución** (cfr. STC 66/1982, FJ 5; STC 49/1988, FJ 14; STC 38/2007, FJ 3) que, en la práctica, suele acompañarse de laxa **interpretación de conformidad** (cfr. STC 24/1982, FJ 5; STC 187/1991, FF. JJ. 1 y 4; STC 155/1997, FJ 3), cuando no se incurre en aproximación inconcusa [así, en particular, a propósito de la abierta secuencia que arranca de la plenaria STC 38/2007, y consecuentes, y que, ante el notorio desacorde en Sala (Segunda) mediante STC 128/2007, vuelve a elevar la cuestión al Plenario, mediante avocación de amparo inicialmente asignado a la Sala Primera, en asunto semejante, ulteriormente resuelto mediante STC 51/2011].

Sin perjuicio, pues, de su naturaleza normativa, según se integre en tratado internacional (Acuerdos con la Santa Sede) o anexo a una ley (Acuerdos con FEREDE, CIE, FIE), por su rango, unos y otros acuerdos se han de interpretar y aplicar de conformidad con la CE. En caso de duda, antes que su inconstitucionalidad, cabría declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la norma nacional (cfr. STC 131/2013, fallo —FJ 10—, a propósito de una extensiva opción legislativa de controvertido y dudoso anclaje en el AEAC).

B) A propósito de los contenidos de los acuerdos de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones en la jurisprudencia eclesiástica del Tribunal Constitucional: casuística

En lo que sigue se refiere de forma esquemática la jurisprudencia más significativa en materia de **cooperación eclesiástica**. Se trata, pues, tanto de la Iglesia católica (a): [1.º) del reconocimiento de eficacia jurídica civil de resoluciones de Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico; 2.º) de la prestación de asistencia religiosa en centros públicos de carácter militar; 3.º) de la

oferta curricular de la enseñanza de religión en la escuela y del controvertido desempeño de esa función docente o, en fin, 4.º) de otras materias, desde la falta de exención impositiva a especialidades en materia de seguridad social o relativas al ámbito laboral], como de otras confesiones concertadas (b).

a) De la casuística relativa a la cooperación con la Iglesia católica (selección):

1.º) **Reconocimiento de eficacia civil de resoluciones eclesiásticas**. En su jurisprudencia inicial sobre la jurisdicción eclesiástica y la eficacia civil de sus resoluciones, el TC ha excluido la pretendida interpretación del Derecho civil conforme al Derecho canónico en atención al «hecho capital» de entrada en vigor de la CE y proclamación de los nuevos principios de **aconfesionalidad** y **exclusividad jurisdiccional** (art. 117.3 CE), parámetro último de las normas en cuestión, se trate del Código Civil (STC 1/1981, FJ 6-7) o de las correspondientes previsiones del Acuerdo (AAJ) con la Santa Sede (STC 1/1981, FF. JJ. 10-11), pues, en tanto no se cuestionase en forma su constitucionalidad, se habrían de afirmar principios constitucionales (STC 66/1982, FF. JJ. 2, 3-5; cfr. STC 209/1991, FF. JJ. 1-2, y VP; ATC 617/1984, FJ 5) que, por su textura abierta, no solo no se excluyen, sino que se complementan, para observar los inexcusables estándares de tutela de derechos y garantías constitucionales (cfr. STC 265/1998, FJ 4; STC 328/1993, FF. JJ. 2 y 3; STC 6/1997, FF. JJ. 5-7: salvaguarda de efectos civiles de resolución declarativa de divorcio que, por previa declaración de nulidad eclesiástica, habría vulnerado el art. 24.1 CE en su faceta de derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes; cfr. STC 150/1999, FF. JJ. 2 y 3; STC 209/1991, STC 65/1985; STC 265/1988, FJ 5, que excusa de auto planteamiento de CI acerca del art. VI.2 del AAJ, sin perjuicio de otorgar el amparo solicitado, por vulneración del art. 24.1 CE).

2.º) Prestación de **asistencia religiosa en centros públicos de carácter militar**. Al

enjuiciar la controvertida existencia de un cuerpo estatal de capellanes castrenses, no obstante excluirse la confusión de las funciones estatal y religiosa, se ensayaría una incierta caracterización de la asistencia religiosa pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas como prestación de obligada oferta mediante el «Vicario castrense [...] como **diócesis personal y no territorial**, y que cuenta con la cooperación de los capellanes castrenses como párrocos personales», habiéndose dejado de lado la significativa cuestión de si constituían un cuerpo de funcionarios financiados por el Estado y si disponían de graduaciones paralelas o similares a las militares (STC 24/1982, FJ 5).

En esa línea de interpretación extensiva del mandato constitucional, la adquisición por el Ministerio de Defensa de un edificio y su afectación al culto, como **parroquia católica de las FF. AA.**, se estima compatible con un «principio de no confesionalidad o neutralidad del Estado, que no supone una total incomunicación (con) las diversas confesiones religiosas» (ATC 616/1984, FJ 3).

La inercia de extensiva integración del mandato de cooperación con la Iglesia católica en un marco constitucional de neutralidad religiosa queda expuesta a una proyección subjetiva de la libertad religiosa negativa de recurrente invocación en supuestos de **participación institucional en actos y ceremonias de carácter religioso**, de formaciones militares (STC 177/1996, FF. JJ. 9-10), y de la Policía Local (ATC 551/1985, FJ 3) o Nacional (STC 101/2004, FF. JJ. 3-4), a la que el TC intenta hacer frente mediante autocontención (así, en la STC 101/2004, si bien no se retracta de su doctrina anterior, contra la canónica pretensión expresa en VP, ni extrae potencialidades de la STC 177/1996, ni se cuestiona la constitucionalidad de la hermanación del Cuerpo Nacional de Policía con la Hermandad sacramental de nuestro padre Jesús el Rico de Málaga) que parece debatirse entre el **continuum** del atemperado pragmatismo que caracteriza su primera jurisprudencia

acerca de la Iglesia católica y la búsqueda de un **nuevo equilibrio**, congruente con la evolución del universo de creencias en la sociedad española, expresivo del flexible modelo constitucional de cooperación.

3.º) Oferta curricular de **enseñanza de religión** en la escuela... y **función docente**.

— Oferta curricular de enseñanza de religión en la escuela... En la STC 38/2007 se caracteriza la dimensión colectiva de la libertad religiosa de un modo equívoco, en su contundente formulación, que, proyectado *ad casum*, no tardaría en evidenciarse (cfr. STC 128/2007).

Por lo que al anclaje constitucional de la oferta curricular de la enseñanza de religión en la escuela se refiere, esa equivocidad estriba en pasar de sostener que «la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso» es el «contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE)» (STC 38/2007, FJ 5) a hablar, de modo novedoso y escueto, «(d)el **derecho de las Iglesias a la impartición de su doctrina en el marco del sistema de educación pública** (arts. 16.1 y 3 CE)» (STC 38/2007, FJ 12), sin apuntar siquiera al carácter derivado y adicional de un contenido cuyo fundamento, si de enseñanza de religión católica se trata, es el AEAC y que se refleja en la LOLR.

Esa **falta de matiz**, congruente con el elusivo condicionamiento de la cuestión planteada en torno al artículo III mediante extensiva proyección al artículo II AEAC, *in fine* del FJ 13 («no discutiéndose en absoluto la conformidad con la Constitución del Acuerdo en virtud del cual se imparte la enseñanza católica en los centros educativos»), no se complace con la línea de doctrina elaborada con la **exégesis del artículo IV AEAC**, disposición, semejante al artículo III AEAC, relativa a la enseñanza de religión católica en Escuelas de Magisterio (SSTC 187/1991, FF. JJ. 3-4,

y 155/1997, FJ 3), que incomprensiblemente, pese a su particular indicación, ni se extracta, ni se menciona siquiera, allí (FJ 5) donde se presentan los tópicos doctrinales sobre los derechos y principios del art. 16 CE.

Mediante el llamado modelo LOMCE se plantea la equiparación de las enseñanzas de Religión y Valores sociales y cívicos/valores éticos. La aducida quiebra del principio de neutralidad del Estado, en la medida en que considera la Religión como una asignatura curricular alternativa a la de Valores, mediante una confusión de planos, de difícil encaje en un sistema aconfesional, es desestimada mediante STC 37/2018, de 10 de abril.

En pretendida consecuencia con su acervo doctrinal (cfr., en particular, las referencias a la confesionalidad como laicidad positiva y al art. II del AEAC, STC 38/2007, FF. JJ. 5 y 13 citados *in extenso*, y FJ 12, que no se cita) se insiste en «una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, del que gozan tanto los individuos como las Iglesias y confesiones» y «(a) ello hay que añadir —se dice— que el contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente “la divulgación y expresión públicas de su credo religioso” (... y) es también un cauce adecuado para el ejercicio por los progenitores del derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones» (FJ 6.a). Y de ello resultan unas afirmaciones cuestionables. Pues, con ser cierto que el art. II AEAC no habría sido cuestionado, no lo es menos que, en su función de supremo garante de la CE, al TC le cumple interpretar de conformidad con la CE, al margen de su alcance prestacional, que la previsión curricular de una asignatura confesional, alternativa (en la práctica) a la de valores, y evaluable, genere o no discriminación para quienes la cursen en lugar de la asignatura de valores (cfr. su negativa mediante cita del ATC 40/1999), en la medida en que modula la interdicción de toda confusión, orgánica o funcional, entre Estado e Iglesias, aleja ya al

régimen eclesiástico constitucional de sus confines (cfr. VV. PP. Xiol, II, y Valdés —y adherente—, II).

— Del controvertido desempeño de la **función docente**. Con base en esa enfática concepción de la vertiente colectiva del derecho de libertad religiosa, y mediante **lectura esquemática del principio de neutralidad religiosa** (al margen de una **relación laboral** con la Administración educativa que, sin perjuicio de su contingencia, en la medida en que existe no podría dejarse de lado sin alterar por completo los términos de la cuestión), *in fine* del FJ 5 de la citada STC 38/2007, la **potestad de propuesta eclesiástica** *ex art. III AEAC* de personas idóneas para impartir enseñanza de religión católica en la escuela pública se interpreta de modo incondicionado y con un alcance tal («el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo [...] permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos [...] que se extienda a los extremos de la propia conducta [...] aptitud o cualificación para la docencia [...] como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores [...] que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable»), que el propio TC se siente llamado a formular una cláusula de salvaguardia en un comprensivo FJ 13 que, bien pudo haberse aplicado al supuesto (cfr. STC 247/2006, FJ 7-8: tutela judicial efectiva y libertad sindical).

Por lo demás, cierto es que el AEAC «no exige necesariamente que la enseñanza haya de ser impartida por profesores contratados por las Administraciones públicas» y que «los compromisos establecidos en el Acuerdo [...] pueden darse por satisfechos con la integración de la enseñanza de los credos religiosos en el itinerario educativo público, en régimen de seguimiento libre» (STC 38/2007, FJ 13; cfr., a propósito de la previsión de materia alternativa, ATC 40/1999, FJ 2; y STC 37/2018, FJ 6).

De la subyacente **dualidad de concepciones** sobre el sentido y alcance de esta compleja combinación del libérrimo criterio religioso acerca de la **(in)idoneidad** y «las exigencias inexcusables de **indemnidad del orden constitucional** de valores y principios cifrado en la cláusula del orden público constitucional» (*ibidem*) habla claro la divergencia expresa en VP a la STC 128/2007 y la inmediata pendencia, por avocación al Pleno, de asunto semejante inicialmente atribuido a la Sala Primera.

En el curso de los años, si bien la cuestión se clarifica, al interno como *ad extra*, mediante paulatina delimitación de los respectivos espacios, de **discrecionalidad eclesiástica y control y tutela jurisdiccional**, en ese marco cooperativo, su casuística acometida y la inefectividad de su ejecutoria siguen generando insatisfacción.

Por lo que a la avocación plenaria se refiere, mediante STC 51/2011, de 14 de abril [por la que se ampara a una profesora de religión no renovada por haber contraído matrimonio desatendiendo las normas de Derecho canónico, reconociendo «sus derechos a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida (art. 32 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)»], el TC ha procedido a clarificar, mediante extensísima reiteración de la STC 38/2007 (cabecera de una larga saga integrada por numerosos AATC y SSTC, que resulta en exceso prolijo reproducir aquí; cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2007) el sentido y alcance de su doctrina previa. Y, por lo que hace a la decisión causante de la zozobra plenaria, el TEDH, en dos pasos sucesivos (SSTEDH de 15 de mayo de 2012 y 12 de junio de 2014, as. *Fernández Martínez I y II*), ha tratado de encajar las piezas. Exponente de ello es la discrepancia en Sala de siete y en Gran Sala (cfr. VP Saiz Arnáiz y VV. PP. sucesivos, a ocho, tres, uno y uno, respectivamente; por su sencillez, cfr. VP Sàjo: «La dificultad en

el presente caso reside en el hecho (de) que, mediante su Acuerdo con la Santa Sede, el Estado ha aceptado un régimen específico que no puede dar lugar a una buena “interpretación” ante las jurisdicciones nacionales»).

Y si a la recurrencia de tales casos, se suma la dificultad para su ejecución (en detrimento de esa conclusiva faceta iusfundamental de la tutela judicial efectiva), entonces parece llegada la hora de ensayar una lectura constitucionalmente conforme del AEAC, como alternativa practicable a su denuncia. Que, al efecto de asegurar la efectividad del amparo como vía de tutela, el TC ha de tomar en serio su función como supremo intérprete de la CE, es claro. Que cuenta con elementos suficientes para poner fin a tan enojosa situación, no es menos claro [ya parta de su comprensiva lectura de la cláusula IV del AEAC —cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2016—, o de ciertos pasajes de los VV. PP. a las SSTEDH, as. *Fernández Martínez*, o, *mutatis mutandi*, de la doctrina prejudicial sentada mediante STJUE, Gran Sala, de 17 de abril de 2018, as. C-414/16, *Vera Egenberger/EWDE*: «(...) cuando una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones alegue, en apoyo de un acto o decisión como el rechazo a una candidatura a un empleo en su ámbito, que, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hallan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados (*ex art. 4.2 de la Directiva de igualdad de trato en el empleo y la ocupación*)».

4.º) Otros supuestos:

— Exención del régimen general de **afiliación a la Seguridad Social** de familiar de sacerdote en consideración a «**interés justificable**, como puede ser el favorecimiento de que los ciudadanos reciban, para el ejercicio de su propia libertad de religión, asistencia

religiosa» (STC 109/1988, FJ 2; cfr. STC 59/1992, FJ 3, que, por contraste, aplica ese régimen general a los empleados de una comunidad religiosa).

— Pretendido carácter laboral de relaciones de religiosos con sus respectivas comunidades: así se ha negado el **carácter laboral de la relación** entre una comunidad religiosa y docente o enfermera antes de su secularización (STC 63/1994, FJ 4; STC 88/2005, FJ 6) o de la firma de contrato con la Administración (Diputación provincial) responsable del hospital (STC 214/1992, FJ 2) o en relación con prestaciones propias de un servicio doméstico (cfr. STC 109/1988, FJ 2).

b) De la casuística relativa a la cooperación con otras confesiones (referencias):

1.º) En relación con la pretendida vulneración del derecho a la igualdad, por desestimación de pensión de viudedad de clases pasivas, se ha considerado carente de validez y eficacia un matrimonio contraído por el rito islámico que ni observa las exigencias acordadas por la CIE con el Estado español, mediante Ley 26/1992, de 10 de diciembre [que «atribuye efectos civiles al matrimonio islámico solo cuando se celebre en una comunidad islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España, que esté inscrita en el registro de entidades religiosas, ante un dirigente islámico o imán y al menos dos testigos (art. 7.1)»], ni cumplía los requisitos de capacidad, ni contaba con expediente, instruido previamente o con posterioridad, ni había podido inscribirse tampoco en acta de defunción [STC 194/2014, de 1 de diciembre, FF. JJ. 5 y 6, que, mediante contraste con el caso fallado por la STC 69/2007 —cfr. STEDH de 8 de diciembre de 2009, as. *Muñoz Díaz/España*—, niega su carácter de rito matrimonial basado en costumbres de determinada etnia y constata inexistencia de reconocimiento administrativo alguno, antes de acordar su desestimación].

2.º) Partiendo de que «el art. 16 CE no contiene, en efecto, previsión alguna que garanti-

ce un especial trato fiscal a las confesiones religiosas, ni puede mantenerse que la sujeción de éstas a las normas tributarias lesione la libertad que se les reconoce» (ATC 480/1989, FJ 1), se giraría a una comunidad evangélica de habla alemana, liquidación tributaria por la aceptación de un legado que, a falta de explícita previsión en contrario, quedaba sujeto al impuesto general de sucesiones, sin que de la diferencia de trato con respecto a la Iglesia católica resultase trato discriminatorio alguno, dada la inexistencia de un régimen económico acordado al efecto (ATC 480/1989, FJ 3; un planteamiento semejante se ha reproducido con ocasión de la demanda de extensiva aplicación a otras iglesias y confesiones de la aventajada posición de la Iglesia católica, en el marco del IRPF, sin acogida al interno, ni por parte de los órganos de garantía del CEDH; cfr. Decisión de inadmisión del TEDH, a propósito de la inadmisión mediante resolución del TC de 13 de mayo de 1999, as. *Alujer y Fernández Caballero/España*; y, con anterioridad, Decisión de inadmisión de la extinta Comisión CEDH, de 11 de enero de 1992, as. *Iglesia bautista «El Salvador» y Ortega Moratilla/España*).

Ahora bien, «una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico unos concretos beneficios fiscales para aquellas confesiones religiosas con las que se hayan firmado acuerdos de cooperación, debe efectuarse una aplicación igual de los mismos» (art. 7.2 LOLR)... una limitación introducida por la Ley (en el caso, por la Ley foral 10/2013, de 12 de diciembre) en la exención aplicable en la contribución territorial a los bienes de las asociaciones no católicas, legalmente reconocidas, con... acuerdos de cooperación, exclusivamente a los (bienes) «que estén destinados al culto, se opone frontalmente a lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 25/1992... de cooperación del Estado con la comisión islámica de España (y, en consecuencia, se declara su inconstitucionalidad y nulidad... en lo que a la aplicación a las confesiones no católicas legalmente reconocidas se refiere, por violación de la competencia exclusiva del Estado... art. 149.1.1 CE,

en relación con el art. 16.3 CE, y con el art. 7 (LOLR)» [STC 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 5.a) y b)]. Y, en línea con esa doctrina, en el marco de una cuestión prejudicial de validez promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, se declara inconstitucional y nula la norma foral (en el caso, el art. 4.2 de la Norma foral de Gipuzkoa 13/2012, en cuanto vacía de contenido disposición de norma foral previa) que, en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, suprimía la exención aplicable a los bienes y derechos destinados a actividades religiosas o asistenciales, en oposición a lo establecido mediante el art. 11.3.c) del Anexo de la Ley 26/1992, mediante STC 13/2018, de 8 de febrero, FF. JJ. 4 y 5.

3.º) De otra parte, en aplicación de esa misma doctrina competencial, mediante STC 54/2017, se considera una condición básica de igualdad en el ejercicio del derecho de liber-

tad religiosa, la exigencia, mediante ley (en el caso, se trata de una DA —la decimoséptima— de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local), de «someter la apertura de lugares de culto al régimen de comunicación previa o declaración responsable, sin perjuicio de recabar la licencia urbanística que corresponda... y sin incidir sobre las competencias autonómicas en materia de urbanismo» (FJ 7, *in fine*).

4.º) Finalmente, una referencia relativa a un supuesto de controvertida inaplicación de régimen especial de cotización a una persona, ayudante de cocina, que se declara ministra de culto de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día en España (confesión de reconocido «arraigo»), en atención a una falta de dedicación «de forma estable y exclusiva a las funciones de culto, asistencia religiosa o formación religiosa» (STC 128/2001, FJ 5).

BIBLIOGRAFÍA

BARRERO ORTEGA, A., *La libertad religiosa en España*, CEPC, 2006.

CONTRERAS MAZARIO, J. M.^a y CELADOR ANGÓN, O., «Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas», *Fundación Alternativas, DT*, núm. 124/2007.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «Las libertades de conciencia en el ordenamiento español», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2/2003.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., «La libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en Europa del siglo XXI», en *Estado y religión en la Europa del siglo XXI*, Actos de las XIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC/TC, 2008, págs. 13-81.

— *Derecho de la libertad de conciencia*, Civitas-Thomson, I y II, 2002 y 2003.

LÓPEZ CASTILLO, A., «Del persistente desencaje constitucional del estatuto del profesorado de religión católica en el sistema público de enseñanza», en F. RUBIO *e. a.* (Eds.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, 2016, págs. 669-688.

— «A propósito del fundamento constitucional de la enseñanza (confesional) de la religión en el sistema público de enseñanza», en LÓPEZ CASTILLO, A. (Ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, CEPC, 2007 (a), págs. 71-96.

- (Ed.): «Dossier: Relaciones Iglesia-Estado», *Boletín Documentación*, núm. 28-29, enero-agosto, CEPC, 2007 (b).
- *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2002.
- «Acerca del derecho de libertad religiosa», en *REDC*, núm. 56, 1999, págs. 75-104.

MARTÍNEZ BLANCO, M., «Libertad religiosa y Registro de Entidades Religiosas (A propósito de la STC 46/2001)», *REDC*, núm. 68, 2003, págs. 337-354.

MOTILLA DE LA CALLE, A., *El concepto de confesión religiosa en el derecho español: práctica administrativa y doctrina jurisprudencial*, CEC, 1999.

PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Civitas, 2006.

PRIETO SANCHÍS, L., «La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad», en LÓPEZ CASTILLO, A. (Ed.), *Educación en valores...*, cit., págs. 51-70.

RUIZ MIGUEL, A., «Para una interpretación laica de la Constitución», en *Estado y religión*, cit., págs. 147-178.

SAINZ MORENO, F. (Ed.): *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, BOE/66, 4 vols. (1.º), 1980.

SUÁREZ PERTIERRA, G., «La recuperación del modelo constitucional: la cuestión religiosa a los veinticinco años de la Constitución, en Laicidad y libertades», *Escritos jurídicos*, núm. 2, 2002, págs. 313-348.

Artículo 17

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

4. *La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

Sumario general:

El derecho a la libertad, por **JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ**

La detención preventiva, por **PABLO COLOMINA CEREZO**

Garantías en la detención policial, por **JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO**

Habeas corpus y prisión provisional, por **JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ**

ARTÍCULO 17.1

EL DERECHO A LA LIBERTAD

Sumario: I. ¿Qué libertad? II. ¿Qué seguridad? III. La legalidad y la judicialidad como garantías formales de la libertad. 1. Legalidad. 2. Judicialidad. IV. La proporcionalidad como garantía material de la libertad.

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. ¿QUÉ LIBERTAD?

1. Nada menos que la libertad y la seguridad son los contenidos de los derechos proclamados en el art. 17 CE, coincidentes en su denominación con dos de los valores fundantes del Estado en cuanto Estado democrático y en cuanto Estado de Derecho. Pronto hubo el Tribunal Constitucional de delimitar ambos derechos en relación con el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE) y con la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE.

La libertad del art. 1.1 CE es «una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual» que «solo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales» (SSTC 137/1990, de 19 de junio, FJ 9; 120/1990, de 27 de junio, FJ 11). Entre tales manifestaciones destaca, como «soporte de las demás» (AATC 120/1993, de 19 de abril, FJ 2; 259/1997, de 14 de julio, FJ 2; 265/2001, de 15 de octubre, FJ 2), como «manifestación especialmente vigorosa» (ATC 215/1995, de 17 de julio, FJ 3), como «aspecto más tangible» de la libertad (ATC 130/1985, de 27 de febrero, FJ 2), la libertad personal a la que se refiere el art. 17

CE, que es la «libertad física» (ATC 386/1985, de 12 de junio, FJ 3; STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3) o «deambulatoria» (ATC 386/1992, de 14 de diciembre, FJ 1), «[l]a libertad frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

A este aspecto de la libertad **se le opone** «la detención [...] o internamiento» (ATC 82/1996, de 28 de marzo, FJ 3; equívocamente, sin embargo, se refiere la STC 98/1986, de 10 de julio, a «cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita» —FJ 4—). La vulneración del derecho a la libertad podrá producirse así con la detención, con la prisión provisional y con la pena privativa de libertad, y también con el arresto domiciliario (SSTC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 10; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 9; 122/2010, de 29 de noviembre, FJ 3). No es posible sin embargo «equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia —en este caso la prueba de alcoholemia—, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla

a efecto» (STC 22/1988, de 27 de enero, FJ 1). Y tampoco puede resultar infringido el art. 17 CE, ahora por razones prioritariamente cualitativas, con la imposición de un tratamiento terapéutico (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11), o con la obligación de otorgamiento de una escritura pública impuesta por un laudo (ATC 116/1992, de 4 de mayo, FJ 4), o con la condena sin dolo ni culpa (pues «el llamado principio de culpabilidad no está incluido en el art. 17.1 CE»: ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 6).

El art. 17 CE protege así la expresión más primitiva de la autodeterminación humana, «cuya **trascendencia** estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales» (SSTC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7): la facultad del individuo de moverse, de situarse en el espacio. Entronca así el derecho a la libertad con la dignidad humana, pues «(1)a libertad hace a los hombres sencillamente hombres» (STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

2. Si la libertad es en esencia un haz de facultades, el **consentimiento** del sujeto a ser privado de libertad no supone una vulneración de su derecho a la libertad, sino, en cierto modo, su ejercicio. Cuestión distinta es la de que exista tal opción de falta de movimiento por el simple hecho de que se acate la orden policial de detención: «la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*. La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la

otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si este del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad, perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (STEDH de 18 de junio de 1971, caso *de Wilde, Ooms y Versyp*, II, 65)» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4).

3. Dos **situaciones específicas** han generado **dudas** acerca de su catalogación como privaciones de libertad y, con ello, como situaciones sometidas a las garantías del art. 17.1 CE: las sanciones penitenciarias de aislamiento en celda (A) y el rechazo a la entrada en el territorio nacional (B). Se ha discutido también si las decisiones sobre redención de penas por el trabajo o sobre el cómputo del tiempo de estancia en prisión pueden vulnerar el derecho a la libertad (C).

A) El Tribunal Constitucional entiende que la **sanción de aislamiento en celda** no es una sanción privativa de libertad a los efectos del art. 25.3 CE porque no supone una limitación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1: «El art. 25.3 de la Constitución prescribe, ciertamente, que la “Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad”, pero esta prevención constitucional no puede dejar de ponerse en relación, para comprenderla rectamente, con el contenido del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la misma Constitución reconocido también en el art. 5.1 del Convenio de Roma, que preservan el común *status libertatis* que corresponde, frente a los poderes públicos, a todos los ciudadanos. Tal estatus, sin embargo, queda modificado en el seno de una situación especial de sujeción como la presente, de tal manera que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no que-

da limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio, según claramente se deriva, por lo demás, de lo dispuesto en el ap. 2.º de este citado art. 25. La libertad que es objeto del derecho fundamental resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de condena, fallo que, por lo mismo, determinó la restricción temporal del derecho fundamental que aquí se invoca. Así lo ha reconocido también la Comisión de Estrasburgo cuando ha afirmado que las condiciones normales de la vida en prisión “no constituyen una privación de libertad con independencia de la libertad de acción de que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión. De este modo las medidas disciplinarias aplicables contra el que está cumpliendo una Sentencia no pueden considerarse constitutivas de privación de libertad, porque tales medidas son tan solo modificaciones de su detención legal”, por lo que tales medidas “no están cubiertas por los términos del art. 5.1” (Dec. Adm. Com. Ap. 7754/1977, de 9 de mayo). Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina “no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial”» (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 3).

Esta doctrina jurisprudencial resulta ambigua y discutible, como lo demuestra el incisivo voto particular de los Magistrados Viver i Pi-Sunyer y Vives Antón a la STC 119/1996, de 25 de junio. En dicho voto se subraya que el propio Tribunal «ha calificado el aislamiento como “una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena” (STC 74/1985, de 18 de junio, FJ 4; también SSTC 297/1993, de 18 de octubre; 97/1995, de 20 de junio; 129/1995, de 11 de septiembre; 195/1995, de 19 de diciembre)» y que, «aunque no pueda afirmarse que la medida de aislamiento en la celda sea, en rigor, pri-

vativa de libertad —pues dicha calificación se reserva técnicamente a la privación de la manifestación esencial de la ambulatoria, y la medida analizada tiene como sujeto pasivo al que está privado de ella [...]— sí que se constata que en el aislamiento prolongado se suprimen de modo evidente otras manifestaciones remanentes de la citada libertad: el penado sometido a un régimen de vida regido en su casi totalidad por el aislamiento ve restringida su ya extraordinariamente limitada esfera vital a un ámbito aún más reducido. Por ello, una medida de aislamiento de la índole de la cuestionada (veintidós horas diarias), al afectar a la libertad, solo resulta admisible *ex art. 25.2 CE* si tiene cobertura en una ley» (FJ 2).

La distinción entre privación y restricción de libertad, y la concepción de ambas como continuos en los que debe hacerse cesuras a efectos jurídicos, pueden ofrecer pautas de interpretación interesantes a efectos constitucionales. Así, cabe entender que existe una restricción primordial de la libertad ambulatoria, a la que denominamos privación, que supone el paso fundamental y negativo de la libertad a la no libertad, que es la situación, por ejemplo, de un detenido o preso. Pero como dentro de esa situación básica de no libertad puede darse una mayor o menor libertad de movimientos, un cierto aunque reducido *status libertatis*, el preso puede ver aún restringida su libertad —su disminuido derecho a la libertad— con nuevas privaciones. El pequeño círculo de la libertad admite aún círculos concéntricos más pequeños. Así las cosas, puede denominarse privación de libertad a los efectos del art. 25.3 CE y del segundo inciso del art. 17.1 CE, a la restricción básica e inicial, pero puede entenderse que estamos ante una lesión material de la libertad de las que puede resultar una lesión del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) cuando se produce una restricción relevante de la restringida libertad del «privado» de libertad. Tal cosa sucederá con el aislamiento en celda como sanción —o, por poner un ejemplo más extremo, con el encierro de un preso en un

armario por parte de otro preso o de un funcionario—. La cobertura del art. 17.1 CE deviene importante porque impone los mandatos de legalidad (art. 53.1 CE) y de proporcionalidad a las sanciones de aislamiento, a la vez que las hace susceptibles de amparo constitucional *ex* art. 17.1 CE (además de *ex* art. 25.1 CE).

B) Otra espinosa cuestión es la de la catalogación desde la perspectiva de la libertad de la situación del **extranjero al que en un aeropuerto no se le permite la entrada a España** y ha de permanecer por ello en ciertas dependencias con la sola posibilidad de tomar otro vuelo hacia otro país. Las dudas al respecto —ceñidas a este supuesto, pues «las circunstancias de las personas que se hallan en la “sala de rechazados” puede ser muy diversa y responder a situaciones jurídicas muy distintas» (STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 3)— son las de si se trata de una privación de libertad —si posibilitaría un *habeas corpus* y si ha de ser regulada por ley orgánica— o si, al menos, se trata de una restricción de libertad contemplada en el art. 17.1 CE.

La STC Pleno 53/2002, de 27 de febrero, atinente a la constitucionalidad del art. 5.7.3.º de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado («Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello») llega a la conclusión de que se trata de una «restricción o limitación de la libertad» a cuya regulación, al amparo del art. 17.1 CE, ha de exigírsele unas «certidumbre y proporcionalidad» que en este caso ostenta (FF. JJ. 7 a 10); en sí, salvo que encubra «verdaderas detenciones o privaciones de libertad», no daría lugar a un *habeas corpus* (FJ 11); por lo demás, dado que «se trata de una restricción de la libertad de movimientos —respecto a su pretensión de entrar libremente en España— por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del ex-

tranjero por medio de petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada, [...] debemos concluir que estamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal», por lo que «la regulación del art. 5.7.3 LDA no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establece suponen una limitación esencial de aquella libertad personal, que son los supuestos en que —de acuerdo con el art. 81.1 CE— se exige reserva de ley orgánica» (FJ 14).

En la STC de amparo 179/2000, de 26 de junio, se da respuesta a un recurrente al que se le había denegado su petición de asilo y que había de permanecer por ello en la zona de tránsito del aeropuerto. Según esta resolución, esta situación «debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, FJ 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países) impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/1999, FJ 5; en el mismo sentido, STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, FJ 3; 86/1996, FJ 2; 174/1999, FJ 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, FJ 3), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad» (FJ 2). Por ello, la denegación de incoación de *habeas corpus* fue

constitucionalmente ilegítima y dio lugar al otorgamiento del amparo (FF. JJ. 5 y 6).

Por mucho que pueda estimarse que estamos ante situaciones fácticas de privación de libertad, a la vista de «la limitación de movimientos del extranjero [...] a un único espacio limitado y cerrado de territorio español» (STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4), lo cierto es que esa restricción no se debe, como en la detención o la prisión, a la actuación primordial del Estado, o en general de un tercero, sino que es el resultado de la actuación del propio implicado al intentar entrar en el país, del modo de hacerlo (vía aérea: de hecho nadie duda que no genera ni una privación ni una restricción de libertad *ex* art. 17.1 CE el rechazo a la entrada por un puesto fronterizo terrestre) y de la decisión del Estado de cerrarle sus puertas. Cabe por ello simpatizar con el voto particular de los Magistrados Vives Antón, Jiménez Sánchez y Delgado Barrio a la mencionada STC 53/2002, de 27 de febrero, en el que sostienen que «el precepto impugnado no comporta ninguna actuación por parte de los poderes públicos españoles que, por acción u omisión, suponga una privación o restricción de libertad» (FJ 2).

C) De un modo ciertamente tímido el Tribunal ha afirmado que **la redención de penas por el trabajo** «*afecta* [cursiva añadida] al derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el art. 17.1 CE, ya que el periodo de privación de libertad depende, entre otros factores, de su aplicación conforme a lo establecido en el art. 100 del Código Penal de 1973 (SSTC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3, 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5, y 76/2004, de 26 de abril, FJ 5), en relación con lo dispuesto en el art. 25.2 CE, por cuanto se conecta con la orientación reeducadora de la pena privativa de libertad» (STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4). De ahí que la conocida serie de sentencias sobre la denominada doctrina Parot analicen inicialmente si se «vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y como consecuencia de ello su derecho a la li-

bertad (art. 17.1 CE)» (STC 40/2012, de 29 de marzo, FJ 7).

Más contundente es la doctrina jurisprudencial sobre el enfoque de las decisiones de **licenciamiento** en sí: «dado que el derecho reconocido en el art. 17.1 CE permite la privación de libertad solo “en los casos y en las formas previstos por la Ley”, también hemos afirmado que no puede excluirse que se vulnera este derecho como consecuencia de la forma de ejecución de la condena en relación con el cómputo del tiempo de estancia en prisión, por inobservancia de las disposiciones legales respecto al cumplimiento sucesivo o en su caso refundido de las distintas condenas que pudiera reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que suponga un alargamiento ilegítimo de dicha permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad» (STC 39/2012, de 29 de marzo, FJ 4).

En materia de **prescripción de la pena**, el desconocimiento de la regulación legal no supone una vulneración directa del derecho a la libertad o del principio de legalidad, sino del derecho a la tutela judicial efectiva, por mucho que los anteriores queden afectados y que por ello tal tutela exija al respecto una motivación reforzada (STC 109/2013, de 9 de septiembre, FJ 3).

II. ¿QUÉ SEGURIDAD?

La ambigüedad del término «seguridad», utilizado en varios artículos de la Constitución con distinto significado, hizo que el Tribunal Constitucional tuviera que precisar el del art. 17.1 CE, contenido de un derecho fundamental. El derecho a la seguridad **no se refiere** obviamente ni a la «seguridad en el puesto de trabajo» (ATC 406/1983, de 21 de septiembre, FJ 2) ni a la «seguridad política» (ATC 1039/1988, de 26 de septiembre, FJ 1). Pero tampoco a la seguridad jurídica ni a la seguridad pública: «la Constitución utiliza la palabra “seguridad” con la misma acepción medular pero con distintos matices según el

adjetivo que le sirva de pareja. Habla, por una parte, de la seguridad jurídica (art. 9 CE), uno de los principios cardinales del Derecho a la par del valor justicia. Hay otra seguridad, la que es soporte y compañera de la libertad personal (art. 17 CE), cuya esencia se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo. Esta, a su vez, aparece conectada a la tercera especie, la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle» (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 2).

La seguridad del art. 17.1 CE es la «seguridad física» (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2; ATC 301/1985, de 8 de mayo, FJ 2) o «**seguridad personal**» (SSTC 15/1986, de 31 de enero, FJ 2; 134/1987, de 21 de julio, FJ 7; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 5), «configurad(a) como soporte de la libertad de todos y cada uno (SSTC 2/1981 y 262/1988; ATC 1178/1988), con una tradición ya de dos siglos, recogida en las Declaraciones del Hombre y del Ciudadano de 1789 y 1793 como su primera expresión legislativa, que exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las garantías adecuadas» (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 2). De lo que trata es, en términos quizá ambiciosos en exceso, de «la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones» (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 2); en términos algo más contenidos, el derecho a la seguridad es un derecho de seguridad frente «a las medidas de detención y otras similares que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro» (STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 5; también STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 7; ATC 404/1988, de 8 de abril, FJ 2), por lo que se vincula también con el principio de legalidad penal (ATC 68/1996, de 4 de abril, FJ 6).

El derecho a la seguridad es así el derecho a la seguridad en la libertad. Subraya el derecho a la legalidad en la materia —la privación de libertad habrá de estar prevista en una ley anterior, precisa y vinculante— y, probablemente, la judicialidad o la revisibilidad judicial de las privaciones de libertad.

III. LA LEGALIDAD Y LA JUDICIALIDAD COMO GARANTÍAS FORMALES DE LA LIBERTAD

1. Legalidad

La principal garantía de la libertad y, en realidad, la única expresa, es la de la **legalidad** de su privación. Esta garantía se refiere a todas las privaciones de libertad (A), es garantía de ley orgánica (B) y su desconocimiento constituye una vulneración del derecho a la libertad del afectado (C). Su alcance se limita a los aspectos directos y esenciales de la privación de libertad (D).

A) En materia de privación de libertad existe una reserva absoluta de ley. Esta reserva no alcanza solo a las privaciones de libertad «anteriores a la imposición de una condena penal —detención preventiva y prisión provisional—, sino que se extiende también a aquellos casos en que, como ocurre en el presente, la privación de libertad viene determinada, con carácter definitivo y no provisional o cautelar, por una **condena penal** en Sentencia firme» (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 2). Cuando la privación de libertad alegada es en una condena penal, converge con la vulneración del derecho a la libertad la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

B) Esta reserva es **reserva de ley orgánica**, pues la previsión de los supuestos en los que cabe la privación de la libertad constituye, siquiera en sentido negativo, un desarrollo del derecho en el sentido del art. 81.1 CE. En relación con las normas penales, la STC 140/1986, de 11 de noviembre, afirmaba que las mismas «suponen un desarrollo del dere-

cho a la libertad [...]. El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la CE, es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social. Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos en la Ley”: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas» (FJ 5).

C) La forma de ley orgánica no constituye solo una exigencia estructural de las normas privativas de libertad cuyo desconocimiento genera su inconstitucionalidad; se incorpora también como garantía al derecho a la libertad, de modo que la libertad privada en virtud de norma que sea ley orgánica constituye una vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE): «El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos —ley orgánica o ley ordinaria— constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una ley orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía —frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no

puede hablarse de un “**derecho al rango**” de ley orgánica, como contenido del art. 17. 1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de ley orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por lo tanto, una violación protegible en la vía de amparo» (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 2).

D) Lo anterior puede resumirse, de la mano de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, del siguiente modo: «La remisión a la Ley que lleva a cabo el art. 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986; 160/1986; y 127/1990)» (FJ 2). Sin embargo, y como advierte esta misma sentencia, «(e)llo no supone que tal exigencia de Ley orgánica haya de extenderse a todos los **aspectos** relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Este Tribunal ha estimado que es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el art. 81.1 CE, en relación con el 17.1» (FJ 2). La técnica remisiva o de norma penal *en blanco* dependerá para su validez constitucional *ex principio* de legalidad (art. 25.1 CE) de que el reenvío normativo sea expreso, de que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y de que la ley, además de señalar la

pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3), pero no de que el destino de la remisión normativa sea una ley orgánica, exigencia que quebraría la necesidad de adaptabilidad de la norma penal que está en el origen de esta técnica de tipificación.

Por otra parte, en cuanto a las dimensiones de la reserva de ley orgánica, la STC 129/1999, de 1 de julio, aclara, con cita de la STC 127/1994, de 5 de mayo, que lo que requiere ley orgánica es «la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar». Es por ello por lo que no pueden considerarse incluidas en el ámbito reservado a la ley orgánica las reglas procedimentales que para el internamiento de personas con trastornos psíquicos contenía en el párr. 2.º del antiguo art. 211 CC (en la redacción dada al mismo por la LO 13/1983: «El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el art. 203») (FJ 2) pero sí, en cambio, la determinación de los supuestos que dan lugar al internamiento (SSTC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 6; 141/2012, de 30 de julio, FJ 3). El reproche del Tribunal al legislador en esta última sentencia de que no hubiera reparado la inconstitucionalidad declarada en la primera (inconstitucionalidad sin nulidad) fue finalmente atendido mediante LO 8/2015.

E) Vulnera el derecho a la libertad la prosecución de una pena privativa de libertad, por reconsideración del modo de cómputo del beneficio de **redención de penas por el**

trabajo, una vez que ya se había declarado firmemente extinguida la misma: «nos encontramos ante una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley, pues el título que la legitimaba se ha extinguido» (STC 39/2012, de 29 de marzo, FJ 8). Si no se ha producido tal extinción, no hay vulneración por el modo de cómputo que suponía la denominada doctrina Parot (la redención operaba sobre la pena inicialmente impuesta, antes de la limitación que da lugar a la pena de cumplimiento), dado que se trata de una interpretación «posible» (STC 140/2012, de 29 de marzo, FJ 6), sin «que el recurrente tuviera una legítima expectativa concreta, derivada de la actuación previa de los órganos judiciales en la presente ejecutoria, de alcanzar su libertad en un momento distinto al que resulta de las resoluciones judiciales recurridas» (FJ 10). Como es bien conocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó, contrariamente, que estas resoluciones eran contrarias a los derechos a la legalidad penal y a la libertad, pues los afectados no pudieron prever de manera razonable en el momento de los hechos que la duración de su privación de libertad se prolongaría varios años (§ 79, STEDH de 21 de octubre de 2013, *Del Río Prada contra España*).

2. Judicialidad

A) De entre las garantías constitucionales de la libertad «forma muy señaladamente parte» la de la **intervención judicial** (SSTC 64/1995, FJ 4; 93/1996, FJ 3). Así lo afirmó contundentemente la STC 71/1994, de 3 de marzo, para después determinar la inconstitucionalidad de un artículo, el 504 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que preveía que, «(c)uando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el art. 384 bis [cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes], la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la reso-

lución no sea firme, cuando el recurrente fue- se el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el art. 504 y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional». El problema de constitucionalidad de este artículo era precisamente que configuraba un espacio temporal en el que la determinación acerca de la libertad personal quedaba sustraída a la garantía judicial, depositándose en la decisión del Fiscal.

«El derecho fundamental a la libertad personal, en efecto, tal como resulta de su enunciado inicial en el apartado primero del art. 17 CE, en sus dos incisos, en conjunción con los tres apartados que le siguen, y en particular el segundo y el cuarto, estriba muy particularmente en la garantía de que la situación de libertad o pérdida transitoria de la misma, por parte de cualquier persona, y con la exclusiva excepción del supuesto de la detención preventiva, se encuentra en las manos del Juez, a la “disposición”, por tanto, de una autoridad judicial. Así resulta de la dicción del apartado segundo de este precepto constitucional, cuando dispone que al término del período máximo fijado para la detención preventiva el detenido sea puesto en libertad “o a disposición de la autoridad judicial”. Y, de nuevo, en el inciso primero del apartado cuarto, cuando se incorpora a nuestro ordenamiento constitucional la garantía del procedimiento de *habeas corpus*, se dice que su objeto no es sino “la inmediata puesta a disposición judicial en toda persona detenida ilegalmente”. Finalmente, cuando en el inciso segundo del mismo apartado se dispone que por ley se determinará el plazo “máximo” de duración de la prisión provisional, la Constitución está determinando, muy claramente, que en la adopción y mantenimiento de tal medida cautelar la ley ha de dejar un margen de apreciación al órgano judicial. De todo ello resulta que el derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE no se agota en la garantía de la mediación legislativa que dispone en qué casos y forma procede la priva-

ción de libertad (inciso segundo), sino que del mismo forma muy señaladamente parte la garantía de la intervención judicial en los términos más arriba descritos (arts. 17.2, *in fine*, y 17.4 CE)». Así, «la intervención judicial en la adopción o en la confirmación de una privación cautelar de libertad constituye una garantía inherente, y como tal ineludible, al derecho de libertad personal que enuncia el art. 17 de la Constitución», sin que el legislador pueda «ni eliminar tal garantía, descartando la intervención judicial, ni privarla de ejecución una vez que la misma se haya realizado a través de la resolución del Juez que, luego de considerar las circunstancias del caso, disponga motivadamente la puesta en libertad. La ley, en efecto, no puede privar al Juez de su facultad de disponer sobre la situación del detenido o preso, ni sustituirla por la del Ministerio Fiscal» (FJ 13).

B) Que la tutela de la libertad sea una tutela judicial, de modo que, con ciertos límites en el caso de la detención —y con la excepción también de la Administración militar (art. 25.3 CE): STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 8—, sea el Juez el único que pueda decidir sobre la privación de libertad de los ciudadanos, comporta también, como garantía de racionalidad de la decisión y de defensa frente a ella, que la misma ha de ser una decisión motivada: suficientemente motivada desde la perspectiva de la justificación de aquella privación. Entre esta motivación suficiente de la decisión de privación de libertad como parte del contenido del derecho del art. 17.1 CE, y la motivación que constituye uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) —y que tiene como nivel constitucional mínimo la transmisión de la *ratio decidendi* del conflicto—, se sitúa lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «**tutela y motivación reforzadas**», que son algo menos que lo primero y algo más que lo segundo.

La tutela reforzada —reforzada respecto a la tutela judicial genérica del art. 24.1 CE— es exigible «cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preser-

vacación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado (STC 11/2004, FJ 2), vinculado (STC 180/2005, FJ 7), conectado (SSTC 25/2000, FJ 2; 11/2004, FJ 2; 71/2004, FJ 4), resulte puesto en juego (SSTC 63/2001, FJ 7; 115/2003, FJ 3), o quede afectado (SSTC 186/2003, FJ 5; 192/2003, FJ 3) por tal decisión. Lo que en estos supuestos exige el art. 24.1 CE para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que se encuentra en juego (SSTC 11/2004, FJ 2; 63/2005, FJ 3). Es necesario así, en primer lugar, que se dé una “relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica” (STC 115/2003, FJ 3), y que “en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso” (STC 186/2003, FJ 5). Y sobre todo es necesario también que la resolución judicial sea “conforme” con el derecho fundamental (STC 24/2005, FJ 3), “compatible” con él (STC 196/2005, FJ 4): que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (STC 63/2005, FJ 3). Este plus de motivación que supone la tutela judicial reforzada en casos de implicación de un derecho fundamental “hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (STC 14/2002, FJ 5)” (STC 251/2005, FJ 4)» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3).

Para configurar el canon de **tutela judicial reforzada**, el Tribunal Constitucional parte

del control propio del art. 24.1, muy poco incisivo en cuanto al contenido de la decisión judicial, solo reprochable si incurre en un error patente, o en un razonamiento puramente ilógico, o si está claramente al margen del Derecho. A dicho control añade otro, que es un control reforzado de legalidad y un control axiológico, relativo a la toma en consideración de ciertos valores constitucionales en la fundamentación de la respuesta y en su motivación. No se trata del control directo de ciertos valores, sino simplemente, de un modo que se pretende externo al razonamiento en sí, de constatar que se han sopesado los mismos. Se trata así de un cierto control jurídico que es de tipo axiológico y que es superior al que supone la mera interdicción de la arbitrariedad. En materia de libertad, tal tutela reforzada será exigible en las decisiones acerca de permisos penitenciarios de salida (SSTC 81/1997, de 22 de abril; 75/1998, de 31 de marzo), de libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril), de redención de penas por el trabajo (STC 31/1999, de 8 de marzo), de suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (SSTC 25/2000, de 31 de enero; 222/2007, de 8 de octubre), de extradición (STC 31/2013, de 11 de febrero, FJ 3), de prescripción de la pena (STC 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). Exigen también este canon reforzado *ex* art. 24.1 CE en conexión con el art. 17.1 CE la STC 139/2000, de 29 de mayo, respecto a la selección de la concreta pena de prisión impuesta, y la STC 131/2000, de 16 de mayo, respecto a los enteros presupuestos de la pena (determinación de los hechos y calificación jurídica de los mismos), a pesar de que en ambos casos no parece que estemos ante una decisión judicial que incida indirectamente en la libertad, sino ante decisiones directamente privativas de la misma a las que sería por ello aplicable, también directamente, la tutela, aún más reforzada, que suponen los arts. 17.1 y 25.1 CE.

C) Es contraria a las exigencias de tutela judicial reforzada «la respuesta judicial que ha recibido la recurrente en cuanto a la prescripción de su derecho a la **redención de penas**

por el trabajo», en cuanto que considera que la solicitud del beneficio es una acción de naturaleza administrativa, para luego considerarla prescrita en virtud de la norma que ya había sido derogada (STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4).

Tampoco superan el canon de la tutela reforzada por la incidencia de la libertad las decisiones denegadoras de la prescripción de la pena por la suspensión de su ejecución de «como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo», pues «no está configurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción, [...] puesto que a partir del Código Penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción, lo que no excluye la existencia de periodos temporales en que no transcurre el plazo prescriptivo» (STC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4). En aplicación de este canon se ha otorgado el amparo *ex tutela judicial* frente a denegaciones de prescripción por la revocación de la suspensión de la ejecución de la condena (STC 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 1), o por las resoluciones judiciales que rechazaban peticiones de sustitución de la pena (STC 63/2015, de 13 de abril, FJ 5), o de suspensión o aplazamiento, o por requisitorias de búsqueda y detención (STC 12/2016, de 1 de febrero, FJ 5), o por requerimientos para el ingreso en prisión o por la orden misma de ingreso (STC 14/2016, de 1 de febrero, FJ 4). Sí que convence en cambio al Tribunal la motivación de una decisión judicial que consideraba interruptiva «a suspensión de la ejecución como una modalidad alternativa al cumplimiento *in natura* de las penas privativas de libertad» (STC 180/2014, de 3 de noviembre, FJ 1).

IV. LA PROPORCIONALIDAD COMO GARANTÍA MATERIAL DE LA LIBERTAD

1. La jurisprudencia constitucional ha subrayado que la de legalidad no es la única garantía constitucional de la libertad. «El dere-

cho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal» [SSTC 2/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FF. JJ. 3 y 4.a); 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3], de tal modo que merezca la aprobación constitucional cualquier privación o restricción de libertad que provenga de una ley. «(L)a excepcionalidad de la restricción o privación exige una **proporcionalidad** entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación» (STC 178/1986, FJ 3). Dicho con las palabras de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, aunque el art. 17.1 CE «remite a la Ley [...] la determinación de los “casos” en los que se podrá disponer una privación de libertad», en modo alguno «supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad» (FJ 4).

2. A) Entre los **supuestos** en los que concurre *a priori* una justificación material para la privación de libertad destaca por su nitidez el de la sanción como consecuencia de la comisión de un delito. La **pena de privación de libertad** ha de ser así una medida proporcionada, lo que supone, en primer lugar, que no puede estar dirigida a «la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes»; y en segundo lugar, que no puede suponer «un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad» (STC

55/1996, de 28 de marzo, FJ 7; también, SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FF. JJ. 8 y ss.; 136/1999, de 20 de julio, FF. JJ. 22 y ss.; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 8; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 9). En palabras de la STC 136/1999, «cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, [...] para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes [...]. En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena» (FJ 23).

En relación con las penas privativas de libertad, la Constitución brinda al ciudadano el doble escudo que suponen los arts. 17.1 y 25.1 CE. Mientras que este segundo pone el foco en la predeterminación normativa de cualquier sanción, de modo que parece saldarse a su favor la concurrencia de normas constitucionales cuando lo que se trata es de una pena de prisión sin cobertura normativa precisa y previa al hecho sancionado, es el 17.1 CE el que resulta prioritariamente infringido cuando lo que sucede es que la pena privativa de libertad resulta desproporcionada [no obstante, STC 136/1999, de 20 de julio: «En esta materia, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes —y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y

paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal—, la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 CE) —cuando, como es ahora el caso, la pena sea privativa de libertad— al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) (SSTC 55/1996, 161/1997, 61/1998), sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida. En el presente caso la pretendida desproporción afectaría, pues, como hemos avanzado, al art. 25.1 CE en su relación con la libertad personal (art. 17 CE)» (FJ 22)].

B) Las mismas razones materiales de justificación concurren en la **responsabilidad penal subsidiaria**, que supone la privación de libertad del inicialmente penado con una multa: «entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *pro tempore* de la libertad se halla la de haber sido el individuo “penado legalmente en virtud de Sentencia dictada por un Tribunal competente” [ap. 1.a) del art. 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950]» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 4; 230/1991, de 10 de diciembre, FJ 5). Y «(1)a finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis [inejecutabilidad por insolvencia de la pena de multa], una determinada transgresión del ordenamiento penal» (FJ 4), sin que la norma concreta que prevenía esta institución (art. 91 del Código Penal anterior, en su reforma por LO 8/1983) pudiera «considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejado a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión que, como hemos dicho, no pertenece a su libre

discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8; 230/1991, de 10 de diciembre, FJ 6).

C) Es precisamente su sujeción a proporcionalidad lo que justifica el **arresto del quebrado**, supuesto que muestra que caben privaciones de libertad conformes al art. 17.1 CE que no estén relacionadas con el delito (STC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3). Si esta modalidad de privación de libertad se ajusta a la Constitución, la misma se produce «en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra», pero no «(c)uando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza», pues «excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada» (FJ 3).

D) Tampoco «el internamiento judicial en un **establecimiento psiquiátrico**» es, «en principio, contrario al derecho a la libertad reconocido en el art. 17 de la Constitución» (STC 112/1988, de 1 de junio, FJ 3). Tal ajuste constitucional exige el respeto a las garantías propias de este derecho «interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 CE), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y a este respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1.e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso *Winterwerp*). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una per-

turbación mental real; b) que esta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo» (STC 112/1998, de 1 de junio, FJ 3).

Expresado de un modo más sintético, la legitimación de esta privación de libertad exige una situación vigente de peligrosidad suficiente del implicado para sí o para otros, con independencia de que el internamiento proceda de la jurisdicción penal —por la comisión de un hecho antijurídico— (STC 112/1998, de 1 de junio; ATC 83/1994, de 14 de marzo), o de la civil (SSTC 104/1990, de 4 de junio; 129/1999, de 1 de julio): «debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además, ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad» (STC 104/1990, FJ 2). Por ello, por la vulneración del derecho a la libertad y también por la quiebra del principio de tipicidad penal (art. 25.1 CE) se anuló una sentencia penal que establecía que la medida de seguridad impuesta de internamiento para el tratamiento médico de una esquizofrenia paranoide no podía ser revisada hasta transcurridos ocho años (STC 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 6).

La STC 141/2012, de 30 de julio, clasifica las exigencias básicas que para el internamiento urgente prejudicial se derivan del artículo 17.1 CE: «a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato [...]. b) Informa-

ción al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas», obligación que compete al responsable del centro (STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3). «c) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron», plazo que el legislador establece en la actualidad en 24 horas, que comienza su cómputo desde el momento del ingreso material, que no es «regularizable» una vez superado (STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 5) y que «el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las 72 horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE [...]». d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del juez» (FJ 5). La actuación judicial debe venir a su vez rodeada de garantías, comenzando por la celeridad de la decisión, que se limita legalmente en la actualidad a un plazo máximo de 72 horas que empieza a correr desde el momento mismo de la comunicación del internamiento involuntario (STC 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 6). Además de ello «[e]l Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento. Además, y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con abogado y procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas» (STC 141/2012, de 30 de julio, FJ 6). El derecho «a la asistencia jurídica de la persona internada requiere siempre la actuación, en su nombre, de un representante procesal y un defensor [...]. [E]l Juez debe dirigirse al afectado [...], pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta, [...] su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa», salvo que

este haya sido el promotor de la medida, «ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le represente» (STC 22/2016, de 15 de febrero, FJ 4). Completa el haz de garantías del privado de libertad en esta fase judicial, la consistente en el que el juez examine directamente al interno y recabe además un reconocimiento pericial (STC 141/2012, de 30 de julio, FJ 6).

Por lo demás, en el aspecto procedimental, la decisión ha de venir rodeada de las garantías que recoge el art. 24 CE, tal como prevé al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, «toda vez que se asegura la audiencia de la persona afectada, se hace posible su oposición al internamiento y concluye con una autorización de naturaleza transitoria necesariamente revisable en plazos de tiempo razonables y solo adoptada tras haberse acreditado, mediante la práctica de las pruebas oportunas y tras oír el dictamen de, al menos, un facultativo, que la medida de internamiento aparece como la más conveniente en beneficio del propio afectado y de la comunidad» (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 4).

E) La STC 341/1993, de 18 de noviembre, hubo de analizar la constitucionalidad *ex art.* 17 CE de la medida de **identificación en dependencias policiales** prevista en el art. 20.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Tras constatar que se trata de «una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad» (FJ 4), afirma su legitimidad a la vista, en primer lugar, de que «el precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada», pues «solo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente

pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal [...] o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa» (FJ 5). Además, en segundo lugar, no puede calificarse de una medida «indefinida o ilimitada en cuanto a su duración», «las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del “tiempo imprescindible”» (FJ 6).

F) Otro supuesto en el «que puede existir una privación de libertad distinta de la detención preventiva a la que expresamente se refiere el art. 17.2 CE es aquel en que la **ejecución de un acto administrativo** conlleva adoptar medidas de compulsión personal que determinen una privación de libertad. En concreto hemos sostenido que la ejecución forzosa de una “orden de devolución” por la que se actualiza la prohibición de entrada en territorio español impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa legitima un estado de compulsión en “la zona de rechazados” de un aeropuerto; medida a la que hemos considerado que no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal de setenta y dos horas al que se refiere el art. 17.2 CE (STC 174/1999, FJ 4)», aunque sí «el principio de limitación temporal» que se induce del mismo, lo que supone que no puede «ni durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo [...] ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto» (STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 3).

Distinta a esta situación es la de detención preventiva e **internamiento judicial** posterior durante la tramitación de un **expediente de expulsión**. Este «internamiento preventivo de extranjeros [...] tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal [...]. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por

ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que “interesa” el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios. [...] El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma [...], sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. [...] La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma» (STC 115/1987, de 7 de junio, FJ 1). Insiste en la necesidad de motivación específica la STC 169/2008, de 15 de diciembre, añadiendo como factores relevantes para la toma de decisión «el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes» (FJ 3).

Desde el punto de vista procedimental recuerdan las SSTC 144/1990, de 26 de septiembre (FJ 4) y 96/1995, de 19 de junio (FJ 3) que la medida de internamiento «ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 de la LO 7/1985, en conexión con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la LO 7/1985, en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo. La resolución judicial,

pues, no solo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario».

Alguna duda acerca de su naturaleza, preventiva o ejecutiva, suscita el internamiento en los casos de rechazo y retorno. En todo caso, la LO 8/2000 prevé que «(l)a autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno» (art. 60.1), expresión que «debe entenderse como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 15).

La «**separación preventiva del agresor en habitación individual** para evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo», prevista como medida de seguridad en el art. 62 quinquies de la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no es una sanción, pues carece de «finalidad represiva, retributiva o de castigo», ni vulnera el art. 17.1 CE, ya que «está circunscrita tanto por su finalidad exclusiva, el restablecimiento de la normalidad en el centro, como por su duración limitada, pues solo subsistirán el tiempo estrictamente necesario para la desaparición de la circunstancia que lo motivó, lo cual corresponde apreciar, en última instancia al juez» (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 13).

G) No es constitucionalmente legítima la **prisión por deudas** (STC 230/1991, de 10 de diciembre, FJ 5).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, J, y QUERALT JIMÉNEZ, A., «El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)», en GARCÍA ROCA y SANTOLAYA MACHETTI, P., *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.^a ed., CEPC, Madrid, 2014, págs. 129 y ss.

BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

FREIXES SANJUÁN, M. T. y REMOTTI CARBONELL, J. C., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

GÁLVEZ, J., «Seguridad personal», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, II, Edersa, Madrid, 1997, págs. 339 y ss.

GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal: detención, privación y restricción de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HUERTA TOCILDO, S., «La anulación de la doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado», en PÉREZ MANZANO y LASCURAÍN SÁNCHEZ (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 265 y ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7968, 2012.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «El derecho a la libertad», en VIVER PI-SUNYER, C. (Dir.), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 317 y ss.

— «Cuándo penar, cuánto penar», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y RUSCONI, M. (Dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, págs. 285 y ss.

MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites de la privación de libertad (sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», en CEREZO MIR *et al.* (Coord.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 615 y ss.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 17», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, 2001, págs. 336 y ss.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA, M. A. (Coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 147 y ss.

ARTÍCULO 17.2

LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Sumario: I. Concepto constitucional de detención. II. Contenido del art. 17.2 de la Constitución. 1. Ámbito de aplicación de las garantías del art. 17.2 CE. A) Consideraciones generales. B) Supuestos de privaciones de libertad distintas de la detención por delito a los que se extienden las garantías del art. 17.2 CE. C) Casos en los que no rige el plazo máximo de duración previsto en el art. 17.2 CE. 2. Monopolio judicial del control de la detención. 3. Plazo máximo de duración de la detención preventiva. A) Limitación constitucional de la detención preventiva. B) ¿El art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone un límite legal al plazo de duración de la detención preventiva? C) Límite temporal absoluto y relativo. D) Aplicación del límite de duración de la detención a supuestos diversos. E) Determinación del momento inicial y final del plazo de detención. III. Cómputo del tiempo de detención en relación con la prisión provisional y la liquidación de condena. IV. Competencia para desarrollar, limitar o suspender el art. 17.2 CE.

PABLO COLOMINA CEREZO

MAGISTRADO

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE DETENCIÓN

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de señalar tempranamente que «debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona» (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). Dicho pronunciamiento alcanzó plena significación a la luz de la previa STEDH de 6 de noviembre de 1980, caso *Guzzardi contra Italia*, § 95, en que «la privación de libertad puede adoptar diferentes formas. Su varie-

dad, además, crece con la evolución de las normas jurídicas y las actitudes». Si bien, como recordó la STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3, «según reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto (entiéndase el art. 17.1 CE del que es tributario su apartado segundo) es la “libertad física”. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual».

En tal sentido, ya lo podemos adelantar, el Tribunal Constitucional, consideró ajeno al contenido del derecho a la libertad del art. 17 CE, y, por ello, descartó la aplicación de las garantías que dicho precepto establece, a quien era sometido a las pruebas de verificación de alcoholemia, esto es, a quien «condu-

ciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, solo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminadora del afectado, y sí solo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492.1.º de la LECrim., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo». En estos términos, la verificación de la prueba «no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la Norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico». A juicio del Tribunal este es un «supuesto radicalmente distinto» al de «la ejecución forzosa de un análisis de sangre» que si constituye una privación de libertad (STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3).

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha considerado aplicables —como examinaremos más adelante— las exigencias del art. 17.2 CE a otras situaciones en que la afectación a la «libertad física» se mostraba como incuestionable, como sucede con la situación de afectación a la libertad de los extranjeros para materializar su expulsión. En tal sentido pese a reconocer que «el internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal [...] ello no significa [...] que la decisión misma en relación al mantenimiento o no de la libertad haya de quedar en manos de la Administración. La voluntad de la ley, y desde luego, el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad» (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1).

II. CONTENIDO DEL ART. 17.2 DE LA CONSTITUCIÓN

1. **Ámbito de aplicación de las garantías del art. 17.2 CE**

A) *Consideraciones generales*

Desde el ámbito subjetivo, el derecho fundamental a la libertad, tal y como apunta la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1, partiendo de la posición de las partes en el recurso, está reconocido a los extranjeros y a los españoles en condiciones de igualdad, al tratarse de un derecho que está íntimamente relacionado con el concepto de dignidad humana. Si bien, debe matizarse que, pese a que el reconocimiento se plantea en condiciones de igualdad, los supuestos de limitación de su ejercicio son más numerosos para los extranjeros (NARVÁEZ, 2008, 108).

Por otra parte, la articulación entre la privación de libertad a la que se refiere el art. 17.1 CE y la detención preventiva (art. 17.2 CE), así como la propia interpretación del límite temporal contenido en este último, han originado discusiones doctrinales en correspondencia con las habidas durante los trabajos parlamentarios que dieron lugar a la redacción definitiva del precepto, sobre los que luego volveremos. La interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado del conjunto del art. 17 CE ha sido la de considerar que el art. 17.1 CE permite al legislador configurar, mediante Ley Orgánica, una medida de «privación de libertad» distinta de la «detención preventiva» (GARCÍA MORILLO, 1995, 100) atendiendo a determinada finalidad: la «protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos». Por lo que no toda detención es una detención preventiva, o, expresado de otro modo, existen más privaciones de libertad que la concretada en la detención preventiva. Dicha intervención legislativa, debe responder a una exigencia de calidad, esto es, a un grado de determinación que no cree inseguridad o

incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva. Y, finalmente, la privación de libertad debe respetar el canon de proporcionalidad. De lo que resulta, debe insistirse, que las medidas limitativas del derecho a la libertad que pueden configurarse legislativamente con sustento en el art. 17.1 CE, «los casos», van más allá de la «detención preventiva». Exégesis del precepto que es coherente con el rechazo del voto particular formulado al apartado primero del art. 17 del Anteproyecto de Constitución por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en el que se pretendía la modificación de la frase «... más que en los casos previstos por la ley y en la forma que esta disponga...» por «... más que por causa de delito y en la forma que la ley disponga» (REBATO, 2006, 32).

Ahora bien, en contrarresto, al privado de libertad no comprendido en el art. 17.2 CE, le son de aplicación las garantías que la Constitución insta para los afectados por la «detención preventiva», extensión que no es «un fenómeno preocupante», pues su única consecuencia real es aumentar las garantías del derecho a la libertad personal (GARCÍA MORILLO, 1995, 101).

Esta conformación constitucional de la «privación de libertad» se aparta de quienes consideran que el art. 17 CE no admitía más privación de libertad que la «detención preventiva», marginando con ello tanto la literalidad del precepto: «y en los casos y en la forma previstos en la ley», como los debates constituyentes. Y también se distancia de quienes defienden que el legislador tiene libertad para configurar los casos y formas de privación de libertad distintos de la «detención preventiva», sin sujetarse al límite temporal del art. 17.2 CE (véase en este sentido el Voto Particular de Julio D. González Campos en la Sentencia de 18 de noviembre de 1993, recaída en los recursos de inconstitucionalidad núms. 1045/1992, 1279/1992 y 1314/1992 y en las cuestiones de inconstitucionalidad 2810/1992 y 1372/1993).

B) Supuestos de privaciones de libertad distintas de la detención por delito a los que se extienden las garantías del art. 17.2 CE

Con carácter general el Tribunal Constitucional ha indicado que «los derechos y garantías que dispone el art. 17 (núms. 2 y 3) de la Constitución corresponden al afectado por una “detención preventiva”. El “detenido” al que se refieren estas previsiones constitucionales es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal [...]. Ahora bien, ello no significa que las garantías establecidas en los núms. 2 y 3 del art. 17 no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva. Cabe recordar, en este sentido, que ya en alguna ocasión este Tribunal ha debido contrastar con lo dispuesto en el art. 17.2 previsiones legales relativas a privaciones de libertad no calificables como detención preventiva (STC 115/1987, FJ 1.º). El ámbito de discrecionalidad del legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3).

Esta extensión de las garantías previstas en el art. 17.2 y 3 se ha aplicado por el Tribunal Constitucional a diferentes privaciones de libertad distintas de la detención por delito, como expondremos a continuación.

a) Internamientos urgentes por razón de trastorno mental

En relación con el plazo de duración de los internamientos urgentes por razón de trastorno psíquico, el Tribunal ha establecido «que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito

privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal» (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5; 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 3).

Debe tenerse en cuenta que el legislador, lejos de elevar el plazo de privación de libertad extrajudicial, ha establecido en el art. 763.1 LEC un plazo de veinticuatro horas, al indicar que «el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento lleve a conocimiento del tribunal».

b) Traslado a dependencias policiales para la identificación

En parejo sentido, si bien con alguna matización, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en los supuestos de ejercicio de la potestad de policía de seguridad en relación con la identificación de las personas regulada entonces en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana, y, actualmente en el art. 16.2 de la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

El Tribunal, pese a reconocer que «la finalidad de identificación que justifica la medida que aquí enjuicamos no se acomoda enteramente, cierto es, a las concretas prevenciones así establecidas en la Constitución (en relación con la literalidad del art.17.2 CE), pero es también patente que este art. 17.2 expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” (art. 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el

legislador. [...] La remisión a la Ley presente en el último precepto constitucional citado no implica que quede el legislador habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6).

Los apartados 2 a 4 del art. 16 de la Ley Orgánica 4/2015 han precisado los presupuestos y garantías exigidos para la práctica de tal actuación policial frente a las establecidas en la legislación anterior —art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana—, reforzando la previsibilidad, certeza y proporcionalidad de la injerencia. La Ley Orgánica 4/2015 establece dos condiciones para que proceda el traslado a las dependencias policiales para la identificación, que: a) «no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica»; b) que la identificación sea necesaria «para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción». Por otra parte, establece como límite de duración relativo «el tiempo estrictamente necesario» —frente al anterior «tiempo imprescindible»— y como absoluto «que en ningún caso podrá superar las seis horas», que era desconocido en la regulación precedente. Además, impone una obligación inmediata de información a la persona desplazada pues esta deberá ser «informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud», a la que se añade el deber de «expedir a su salida (a las personas desplazadas) un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes». Y, manteniendo las obligaciones de registro contenidas en el art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992 derogada, les añade la exigencia de que consten las «circunstancias» de la diligencia de identificación, concretando que «solo podrán ser comunicados sus datos a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal», así como que los «asientos de este libro-registro se cancelarán de oficio a los tres años». Finalmente se amplía la obligación de

informar al Ministerio Fiscal sobre las diligencias de identificación, que ya no la tiene el Ministerio de Interior, sino el «órgano competente de la Administración», precisándose que la información será mensual y que en la misma se expresará el tiempo utilizado en cada diligencia, frente a la genérica previsión de la legislación derogada que establecía «remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación».

c) Detención como consecuencia de un procedimiento extradicional

El Tribunal Constitucional ha aplicado también a la detención acordada en la fase gubernativa del procedimiento extradicional, las garantías del art. 17.2 CE, pese a que dicha «privación de libertad» no tiene por objeto esclarecer hecho alguno, propósito que la aleja de la previsión del indicado precepto. En tal sentido indica que sigue siendo necesaria «la intervención judicial para mantener privado de libertad al reclamado más de setenta y dos horas, por imperativo del art. 17.2 de la Constitución» (STC 11/1985, de 30 de enero, FF. JJ. 3 y 5).

d) Detención acordada judicialmente

Mayores dificultades plantea la aplicación de la garantía del art. 17.2 CE a la detención judicialmente acordada.

El Tribunal Constitucional (STC 31/1996, de 27 de febrero), conoció del recurso de amparo frente a la resolución de archivo de una querrela dirigida contra el Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Verín por los delitos de detención ilegal y prevaricación. Además de la innecesariedad de la detención, se cuestionaba por el recurrente —y esto es lo relevante— la prolongación de la detención más allá de lo estrictamente necesario, pero ahora en un supuesto de detención judicial. El origen de la querrela estaba en la detención acordada el 9 de agosto de 1991 por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Verín, con

fundamento en el art. 492.3 en relación con el art. 494 de la LECrim. Ante la «tenaz rebeldía y obstruccionismo dilatorio», del acusado al que se le pretendía notificar por dicho órgano judicial el Auto de apertura de juicio oral, y, dada la presunción de que el acusado trataría de no comparecer, «cuando por fin, en futuras circunstancias casi inimaginables, pueda ser citado al llamamiento de este Juzgado», decretó su detención, que se materializó, según diligencia del encargado del depósito municipal de Verín, a las 14:30 horas de ese mismo día 9 de agosto de 1991, quedando a disposición del Juzgado. Efectuadas las diligencias procesales —requerimientos y notificaciones— por el Secretario Judicial, el Juez dictó Auto el 10 de agosto siguiente, disponiendo su libertad provisional, conforme a lo previsto por los arts. 497, 502, 528 y concordantes de la LECrim., por la fundada creencia de que el inculpado no trataría de sustraerse a la acción de la Justicia. La detención se había prolongado veinticuatro horas y treinta minutos, señalando el Tribunal Constitucional que «este período de tiempo aparece como demasiado largo, lo que podría haber vulnerado la libertad personal [...]. La finalidad de la detención dirigida exclusivamente a conducir al recurrente a la presencia del Juez de instrucción pudo seguramente haber sido satisfecha en un período de tiempo considerablemente inferior a las veinticuatro horas y treinta minutos que fueron empleadas efectivamente en el caso, con la consiguiente probabilidad de que la detención haya sobrepasado el tiempo “estrictamente necesario” que marca el art. 17 de la Constitución como plazo máximo para toda detención, quebrantando dicho precepto constitucional. Que la detención enjuiciada no hubiera sido dispuesta para realizar averiguaciones, tendentes al esclarecimiento de los hechos, es indiferente. El art. 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera “casos” de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, pueden ser dispuestos por el legislador [STC 341/1993, FJ 6.ªA)]» (STC 31/1996, FJ 8).

Es claro que en la precitada Sentencia el Tribunal Constitucional proyecta el tiempo «estrictamente necesario» que marca el art. 17 de la Constitución como plazo máximo para toda detención, a una detención judicialmente acordada, indicando, para reforzar la aplicación de la referida previsión constitucional a la detención judicial, que es indiferente que la detención enjuiciada no hubiera sido dispuesta para realizar averiguaciones, tendentes al esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, con la misma claridad, pero en un sentido opuesto —al menos aparentemente, como precisaremos—, la STC 180/2011, de 21 de noviembre, en un caso también de detención judicial, indicó «para despejar cualquier posible equívoco [...] que el objeto de análisis es una detención que ya desde el comienzo fue acordada por la autoridad judicial, por lo que la regulación de su plazo máximo absoluto son las 72 horas previstas en el art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y no las referidas en el art. 17.2 CE. En efecto, a pesar de que en este precepto constitucional aparece genéricamente la mención de detención preventiva, *su ámbito de aplicación no alcanza a las detenciones acordadas por una autoridad judicial* (así ya STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4), como se deriva claramente de la circunstancia de que ese mismo precepto establece que antes del transcurso de dicho plazo el detenido debe ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La detención judicial, por tanto, cuenta con un plazo máximo de 72 horas previsto legalmente en el art. 497 LECrim. en aplicación de la remisión a la ley prevista en el art. 17.1 CE y no el constitucionalizado en el art. 17.2 CE» (FJ 2).

Ya se ha adelantado que esa contradicción, lo es tan solo en apariencia, pues lo que se desprende de la STC 31/1996 —y que no aparece contradicho por la STC 180/2011—, es que el art. 17.2 CE establece un principio inspirador de la duración temporal de la detención, esto es, que la privación del derecho a la libertad debe durar el tiempo «estrictamente necesario», proyectándose dicho principio —que re-

coge la esencia del juicio de proporcionalidad aplicable a cualquier limitación de un derecho fundamental—, tanto a las detenciones gubernativas o preventivas, como a las acordadas por la autoridad judicial.

En tal sentido el TEDH señala —entre otras— en la STEDH de 19 de enero de 2009 —caso *A. y otros c. Reino Unido*—, ap. 164 que «Para no ser tachada de arbitraria, una medida privativa de libertad adoptada sobre la base del artículo 5.1.f) ha de ser aplicada de buena fe; asimismo, debe estar estrechamente relacionada con el motivo de detención invocado por el Gobierno; además, el lugar y las condiciones de detención deben ser apropiados; por último, la duración de esta medida no debe exceder el plazo razonable necesario para lograr el fin perseguido (ver, *mutatis mutandis*, Sentencia *Saadi contra Reino Unido*, previamente citada, ap. 74)».

El reconocimiento de dicho eje vertebral en cualquier limitación del derecho a la libertad —además de no ser enmendado por la STC 180/2011 cuando afirma la inaplicabilidad del art. 17.2 CE a la detención judicial—, posibilita, una perspectiva de análisis constitucional —no abordada todavía— en relación con el lapso temporal que puede existir entre la materialización de la detención judicial y la decisión de elevar la detención a prisión, o dejarla sin efecto (art. 497, inciso segundo, LECrim.), en aquellos supuestos, nada inusuales en la práctica, en que se discuta la competencia para regularizar la situación del detenido (arts. 22, 505.6 y 797.bis.2 LECrim.). Y, por otra parte, el principio constitucional de que la duración de la detención no debe exceder el plazo razonable necesario para lograr el fin perseguido, debe considerarse **pedra angular en la actuación de los poderes públicos, quienes en el diseño, provisión y organización de los recursos personales y materiales, deben velar porque la actuación de cualesquiera autoridades, funcionarios y operadores jurídicos puedan dar plena satisfacción al principio de mínima duración de la detención**, sin que frente a

tal principio estructural del derecho a la libertad, se puedan esgrimir, con éxito argumentos de índole organizativa, logística, o de conveniencia, que solo sirven para revelar el desconocimiento del derecho fundamental y la falta de sensibilidad hacia su contenido.

C) *Casos en los que no rige el plazo máximo de duración previsto en el art. 17.2 CE*

Mayores dificultades conceptuales ha originado la aplicación de las garantías del art. 17.2 CE, en los casos de compulsión personal como forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas de devolución en la «zona de rechazados», y, a la permanencia en la zona de tránsito del aeropuerto del extranjero al que se le denegó su petición de reexamen de su solicitud de asilo.

a) Situación de los extranjeros en la «zona de rechazados» cuando precede una orden actual de expulsión o devolución

Como se ha adelantado, las dificultades en la aplicación de las garantías del art. 17.2 CE han sido conceptualmente más discutidas, en los casos de compulsión personal como forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas de devolución en la «zona de rechazados», de aquellos casos en que no precede una orden actual de expulsión o devolución.

El Tribunal ha precisado «que no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Sin embargo, dado que esas otras medidas y situaciones administrativas también limitan la libertad del individuo (art. 17.1 CE) solo pueden tener lugar “en los casos y en la forma previstos en la ley” y deben ser conformes con el principio de limitación temporal que se induce del art. 17.2 CE, [...] aunque, como advierte esta misma Sentencia

(entiéndase la STC 341/1993), a estas situaciones de sujeción no les será aplicable la regla concreta de plazo máximo (de setenta y dos horas) que establece el mismo art. 17.2 CE» (STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4).

Añade que «las Leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (así, con carácter general, art. 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Es claro que la ejecución forzosa de una “orden de devolución” (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expediente administrativo, según establece el art. 36.2 de la Ley Orgánica. 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España —actualmente art. 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero—) solo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional (art. 33.1 de la LO 7/1985). Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una “orden de devolución” tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de “devolución”. Pero si a la situación de compulsión personal en la “zona de rechazados” no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación solo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad» (STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). Ahora bien, pese a que constitucionalmente, en los supuestos mencionados —como se acaba de exponer— no se imponía al legislador un límite temporal absoluto para llevar a cabo la ejecución forzosa de una orden de expulsión adoptada sin expediente de expulsión, el art. 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, limitó las facultades de la autoridad gubernativa, de

modo que «cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión» (ARANDA, 2001, 78).

- b) Inaplicación del plazo máximo de duración de la privación de libertad del art. 17.2 CE, a los solicitantes de asilo

Esa misma doctrina ha sido aplicada a la permanencia en la zona de tránsito del aeropuerto del extranjero al que se le denegó su petición de reexamen de la solicitud de asilo, decisión que llevó a que permaneciera en la zona de tránsito del aeropuerto bajo la custodia de la policía más de setenta y dos horas. El Tribunal consideró que «la referida situación debe ser considerada como una privación de libertad» (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5 y 179/2000, de 26 de junio, FJ 2), si bien «en tales casos existe una privación de libertad no significa que necesariamente le resulten de aplicación las garantías que establece el art. 17.2 y 3 CE», sino que bastará que se realice «atendiendo a los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados 2 y 3 del art. 17 CE “y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate” (STC 341/1993, 18 de noviembre, FJ 6)», debiendo ser «conformes al principio de limitación temporal que se induce del art. 17.2 CE (STC 174/1999, FJ 4)» (STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2).

El mismo criterio se aplicó en la STC 53/2002, de 27 de febrero, al desestimar el recurso de inconstitucionalidad en relación con la obligación de los peticionarios de asilo de permanecer en «dependencias adecuadas»: hasta cuatro días y, en caso de que se pida el reexamen de una solicitud inadmitida a trámite, hasta dos días más, previsto en el art. 5.7.3 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En dicha Sentencia se consideró que la privación de libertad tenía «límites temporales claramente definidos»

(FJ 6), que no excedían «de lo estrictamente necesario» (FJ 8), ni eran contrarios «al mandato de ponderación, también comprendido en el principio de proporcionalidad» (FJ 9).

En todo caso, la consideración de que la obligación de permanecer en «dependencias adecuadas» a los peticionarios de asilo suponga una restricción al derecho a la libertad consagrado en el art. 17 CE, ha sido respondida en el voto particular firmado los Magistrados Tomás S. Vives Antón, Guillermo Jiménez Sánchez y Javier Delgado Barrio a la STC 53/2002, al indicar que «al solicitante de asilo únicamente se le impide la entrada en territorio español hasta tanto sea admitida a trámite su solicitud o se den las condiciones exigidas por la Ley para permitirle tal entrada, lo que como limitación a la libertad de circular que es, no afecta a la libertad individual reconocida en el art. 17 CE y 5 del Convenio de Roma (caso *Amuur c. Francia*, § 42)».

2. Monopolio judicial del control de la detención

El contenido de la garantía reconocida en el art. 17.2 CE imposibilita que, alcanzado el plazo previsto para la puesta a disposición de la autoridad judicial, la autoridad administrativa pueda mantener provisionalmente la situación de privación de libertad, sin previa autorización judicial, a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial. Se exige incluso «la previa y expresa autorización del órgano judicial» aun en los supuestos de prolongación de la detención gubernativa más allá de las setenta y dos horas para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, a que se refiere el art. 55.2 de la Constitución.

En este sentido, «de acuerdo con el art. 17.2 de la Constitución, el plazo máximo de la detención preventiva es de setenta y dos horas, transcurridas las cuales o el detenido ha de ser puesto en libertad o pasa a disposición ju-

dicial, convirtiéndose la detención gubernativa en detención judicial, a todos los efectos y en los locales correspondientes. Es decir, el detenido deja de estar a disposición gubernativa» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FF. JJ. 7 y 8).

Por tanto, «[e]l derecho fundamental a la libertad personal [...] con la exclusiva excepción del supuesto de la detención preventiva, se encuentra en las manos del Juez, a la “disposición”, por tanto, de una autoridad judicial. Así resulta de la dicción del apartado segundo de este precepto constitucional, cuando dispone que al término del periodo máximo fijado para la detención preventiva el detenido sea puesto en libertad “o a disposición de la autoridad judicial” [...]. En efecto, la necesaria intervención judicial en la adopción o en el mantenimiento de una privación cautelar de libertad encuentra evidente justificación en el ya señalado carácter gravoso y, en cuanto tal, excepcional de estas medidas (SSTC 41/1982, FJ 2.º, y 32/1987, FJ 3.º), que no pueden adoptarse ni prolongarse al margen de una ponderada apreciación judicial sobre las circunstancias concurrentes en el caso. [...] el legislador no puede, por consiguiente, ni eliminar tal garantía, descartando la intervención judicial, ni privarla de ejecución una vez que la misma se haya realizado a través de la resolución del Juez que, luego de considerar las circunstancias del caso, disponga motivadamente la puesta en libertad. La ley, en efecto, no puede privar al Juez de su facultad de disponer sobre la situación del detenido o preso, ni sustituirla por la del Ministerio Fiscal» (STC 71/1994, FJ 13).

Tampoco es posible convalidar situaciones de detención ilegales, por no concurrir los presupuestos legales o por haberse excedido el plazo de duración legalmente establecido; así se pronunció el Tribunal Constitucional expresamente en relación con internamientos no voluntarios sin previa autorización judicial o bien habiendo traspasado el plazo de veinticuatro horas que establece el art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar

que «no resulta posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica... No cabe “regularizar” lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)» (SSTC 34/2016, de 29 de febrero FJ 5 y 132/2016, de 18 de julio, FJ 4).

3. Plazo máximo de duración de la detención preventiva

A) Limitación constitucional de la detención preventiva

La detención preventiva del art. 17.2 CE está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, como se ha adelantado, por su limitación temporal (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2). Ahora bien, su ámbito de aplicación no alcanza a las detenciones acordadas por una autoridad judicial (SSTC 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 2; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2). Por otra parte, el art. 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad que, como hemos destacado, no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera «casos» de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, pueden ser dispuestos por el legislador [SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6. A); 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 174/1999, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6; 141/2012, de 2 de julio, FJ 5 y 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 3 —referentes a supuestos de internamiento no voluntario por razón de enajenación—].

Este principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con ma-

yor intensidad, si cabe, cuando se trata de las detenciones preventivas, porque el art. 17.2 CE no se remite a la ley para que esta determine los plazos legales —como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional—, sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

Debe precisarse que el «plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4. B); 180/2011 de 21 de noviembre, FF. JJ. 5 y 6]. Por tanto, no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y este resulte confirmatorio» (STC 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 3).

B) *¿El art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone un límite legal al plazo de duración de la detención preventiva?*

Ciertamente, tal y como hemos afirmado, el plazo máximo de duración de la detención preventiva en la Constitución es de 72 horas, transcurridas las cuales la detención preventiva deberá finalizar de una de las dos maneras: o bien con la puesta en libertad del detenido; o bien mediante su entrega a la autoridad judicial. Sin embargo, diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han dado lugar a una intensa polémica doctrinal sobre el plazo máximo legal de la detención preventiva. En concreto el art. 520.1, párrafo segundo, establece que «La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos ho-

ras, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial». La remisión a los plazos establecidos en la Ley lleva también al art. 496 de la LECrim., que prescribe: «El particular, autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma».

Siendo claro que el legislador puede reducir el plazo máximo de duración de la detención preventiva establecido en la Constitución, el problema que se plantea es si el art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reduce el plazo de detención preventiva limitándolo a veinticuatro horas (REBATO, 2006, 101 y ss.) o sí el plazo máximo de duración sigue siendo de setenta y dos horas. En este punto, la polémica está servida. Por una parte, existe una posición, que puede considerarse mayoritaria, avalada por la práctica judicial y policial, que entiende que el precepto de la Constitución deroga el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por tratarse de una norma de superior rango y de fecha posterior; y por otra, están quienes consideran que el plazo establecido en la Constitución es el máximo con el que puede jugar el legislador ordinario, siendo, por lo tanto, inconstitucional un plazo superior a las setenta y dos horas, pero no un plazo inferior (LEÓN, 2015, 333-368).

A dicha polémica no ha dejado de contribuir el Tribunal Constitucional con algunos pronunciamientos, que, de modo incidental han hecho referencia al plazo de veinticuatro horas. De este modo en las SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 4, 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 5, 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, se indica, al argumentar sobre el exceso del plazo de duración de la detención preventiva, y, al reconocer la vulneración del mandato contenido en el art. 17.2 CE en cuanto al tiempo estrictamente necesario de la deten-

ción preventiva, que «incluso fue rebasado», o que «tampoco se cumplió» —expresiones utilizadas en las SSTC citadas— el plazo de veinticuatro horas que señala el párrafo primero del art. 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que el ahora recurrente fuera o bien puesto en libertad, o entregado al Juez competente, es decir, el más próximo al lugar de la detención.

Ahora bien, la lectura de los trabajos constituyentes evidencia que el precepto pretendía ampliar el plazo de veinticuatro horas que se contenía en el art. 496 LECrim. En tal sentido, la redacción inicial del Anteproyecto de Constitución indicaba «la detención preventiva no podrá durar más de setenta y dos horas, y el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a la de haberse practicado la detención. Dentro de las expresadas setenta y dos horas de ver al juez dictar la oportuna resolución sobre la situación procesal del detenido». Frente a dicha redacción se formuló un voto particular por la representación de Unión de Centro Democrática, cuya idea rectora fue la que se plasmó en la redacción definitiva y que evidencia que el constituyente pretendió dejar sin efecto el plazo del art. 496 LECrim. Dicha realidad se pudo constatar con claridad en la defensa de la propuesta llevada a cabo en el debate en el Congreso de los Diputados. De este modo, el voto aludido pretendía sustituir el párrafo segundo del artículo diecisiete por otro que fuera del siguiente tenor: «en el plazo de setenta y dos horas todo detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente».

También frente al redactado del precepto en el Anteproyecto se presentaron diversas enmiendas que evidenciaban lo nuclear y determinante que para los constituyentes era el plazo máximo de duración de la detención en la redacción del referido apartado. Así: i) la Enmienda núm. 2 de Alianza Popular pretendió que el texto tuviera el siguiente tenor «todo detenido deberá ser puesto en libertad

o a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro (cuarenta y ocho o setenta y dos) horas siguientes a su detención»; ii) por su parte en la Enmienda núm. 469 del Grupo Parlamentario Mixto intentó que el redactado fuera: «el detenido tiene derecho a asistencia del letrado desde el momento de su detención, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas. Transcurridas las cuales, inmediatamente deberá, en todo caso, ser presentado ante la autoridad judicial. En las 24 horas siguientes el juez deberá dictar la oportuna resolución»; iii) el Grupo Parlamentario Comunista apoyo la Enmienda núm. 695 con la que respaldaba introducir el término «motivada» y sustituir la palabra «procesal» por «personal», de modo que la frase segunda del citado párrafo indicara: «... dentro de las expresadas setenta y dos horas deberá el juez dictar la oportuna resolución motivada sobre la situación personal del detenido»; iv) y, finalmente, la enmienda núm. 715, firmada el 24 enero 1978 por el Sr. Sancho Rof, de Unión de Centro Democrático, expuso que «la regulación de la detención preventiva del apartado dos parece demagógica y es poco útil, pues la reducción a un tercio del actual plazo máximo de detención gubernativa, aminora notoriamente la eficacia en la labor de investigación policial. Tal vez se ha llegado a este texto como reacción a la interpretación extensiva e inexacta del plazo de tres días (en el sentido de que durante el plazo la Administración tiene “las manos libres” y no está obligada a entregar al juez a los detenidos). Sin duda esta interpretación es excesiva. Seguramente sería más correcto decir que la autoridad gubernativa puede retener a los detenidos solo durante el período de tiempo indispensable para completar la investigación policial y en todo caso por un plazo no superior a setenta y dos horas».

En el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, celebrado el 18 de mayo de 1978, el Sr. Sancho Rof tomó la palabra para defender el criterio mayoritario de la ponencia, manifestando que «[...] entendemos que una limitación ex-

cesiva de los plazos de detención preventiva por parte de la autoridad policial de presuntos culpables o presuntos inocentes, en principio para unas diligencias previas que han de ser sometidas a la autoridad judicial para que esta decida si siguen o no esas diligencias, si pone en libertad a la persona en cuestión o si dicta auto de prisión, entendemos, digo, que en este caso la policía debe funcionar con procedimientos democráticos y dentro de una sociedad democrática. Estamos haciendo una nueva sociedad, y esa sociedad como también la policía, con el control del Parlamento, debe funcionar dentro de unos hábitos normales de toda sociedad democrática [...]. Pero lo cierto es que si reducimos ese plazo a veinticuatro horas para dar una comunicación a la autoridad judicial y que ésta decida, no es suficiente si queremos que la decisión de la autoridad judicial se haga con pleno conocimiento de causa. [...]. En este sentido yo me atrevo a asegurar que un plazo de veinticuatro horas, en 1978, con los tipos de delincuentes que existen en este país y en todos los países, es un plazo tremendamente escaso para que la policía, lógica y racionalmente, pueda en algunos casos, no digo en todos los casos, acopiar las pruebas suficientes para que un Juez esté en condiciones de actuar de acuerdo con la ley. Insisto en este tema porque creo que es importante: el plazo que se fija es un plazo máximo y el proyecto obliga a que sea el mínimo posible». Su posición fue rebatida con intensidad por otros miembros de la Comisión, que pretendieron reducir a veinticuatro horas el plazo máximo de la detención preventiva.

El Informe de la Ponencia, en lo relativo al apartado 2 del art. 17, indica «la ponencia, por mayoría, de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático y del Grupo de Alianza Popular, y recogiendo en parte la enmienda núm. 715 del Sr. Sancho Rof, modifica el contenido de este apartado, no aceptando, en consecuencia, las enmiendas núm. 2 del Sr. Carro Martínez, núm. 469 del Grupo Mixto y núm. 695 del Sr. Barberá.

La redacción de la ponencia era la siguiente: «2. *La detención gubernativa no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*». Dicha redacción fue aprobada por 309 votos a favor y ninguno en contra, con una abstención en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados, el 7 de julio de 1978. Dicha redacción, sustituyendo «gubernativa» por «preventiva», se incorporó al Dictamen de la Comisión Mixta, Congreso-Senado, sobre el Proyecto de Constitución, y finalmente a la Constitución.

C) Límite temporal absoluto y relativo

Conforme a lo anteriormente expuesto, y partiendo del plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución, puede afirmarse que se trata de un límite máximo de carácter absoluto para la detención policial. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo: el tiempo «estrictamente necesario» para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad [SSTC 341/1993, FJ 6. A); 206/1991, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2]. Por ende, el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 de la Constitución puede ser, y en muchas ocasiones, como se expone, debe ser, sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 41/1982, FJ 5; 127/1984, FJ 3; 8/1990, FJ 2; 128/1995, FJ 3; 31/1996, FJ 8; 86/1996, FJ 8; 224/1998, FJ 3; 288/2000, FJ 3; 23/2004, FJ 2).

D) *Aplicación del límite de duración de la detención a supuestos diversos*

La aplicación y adaptación de los límites de duración máximos de la detención gubernativa a la distinta naturaleza y finalidad de la medida limitativa de la libertad adoptada ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional con ocasión de diversos supuestos sometidos a su enjuiciamiento.

En relación con la identificación de las personas para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad ciudadana, señala el Tribunal Constitucional que el límite que supone el «plazo máximo de setenta y dos horas» «no resulta trasladable, desde luego, al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo». Señala que las diligencias, «en todo caso, no podrán prolongarse más allá del “tiempo imprescindible” para la identificación de la persona. Precisión que implica un mandato del legislador de que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna». Y añade finalmente que «el entero sistema de protección judicial de la libertad personal —muy en particular, el instituto del habeas corpus (art. 17.4 CE)— protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda posible desvirtuación de su sentido y también, por lo tanto, frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales» (*sic*) (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6).

Esa misma doctrina ha sido aplicada en la STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8, en que se consideró desproporcionado el tiempo de privación de libertad en atención a la finalidad perseguida por la detención —practicar diversos requerimientos y notificaciones a un imputado empeñado en no recibirlos—, la conducta observada por el detenido y los tiempos de desplazamiento en la localidad en que fue privado de libertad (REQUEJO y CAAMA-

ÑO, 1997, 261 y ss.). También se consideró desproporcionada la privación de libertad de una persona indocumentada a los efectos de formalizar la propuesta de expulsión, pues «desde el mismo momento en que las “averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” fueron finalizadas, y no contando la existencia de otras circunstancias, la detención policial del actor quedó privada de fundamento constitucional» (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 6) (BORRAJO, 1997, 117 y ss.)

En idéntico sentido, las SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 5 y 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, en la que se precisa que «desde el momento en que se dieron por concluidas las investigaciones policiales necesarias para el esclarecimiento de los hechos en los que había participado el demandante de amparo carecía de fundamento que este permaneciese detenido». Conclusión que también se alcanzó en los casos en que a las 20:30 horas fue extendida «diligencia de terminación y remisión» y no pasó a disposición judicial hasta el día siguiente (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4); o en que a las 11:28 o a las 10:50 horas se acordó el cierre de las diligencias policiales y no fue puesta a disposición judicial hasta el día siguiente, sin que ello pueda aparecer justificado por el protocolo de colaboración entre los Juzgados y las fuerzas y cuerpos de seguridad (SSTC 165/2007, de 2 de julio, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 3; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3).

Del mismo modo se apreció la vulneración por la demora en la puesta a disposición de la detenida, en el caso en que —sin constar el cierre de las diligencias policiales—, se deja constancia sin más que sobre las 22:36 horas se acogió la detenida a su derecho a no declarar, uniéndose la reseña por el instructor de sus antecedentes policiales y causas pendientes a las 00:30 horas, considerando —sin tomar en consideración este último dato y que el atestado no estuviera cerrado— una vulneración del art. 17.2 CE por haber sido conducida ese mismo día a las 10:00 horas (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 3).

A esa misma conclusión llegó la STC 224/1998, de 24 de noviembre, FF. JJ. 3 y 4, que consideró injustificada la detención practicada la mañana del domingo 25 de mayo de 1997 hasta la del 27 de mayo siguiente, en que pasó a disposición del Juez de Instrucción, pues «la información de derechos al detenido y la declaración ante los agentes policiales no justificaban un lapso de tiempo tan prolongado como este, para, durante él, mantener la privación de libertad del detenido».

Finalmente, el Tribunal ha precisado, en relación con el internamiento por razón de trastorno psíquico que el plazo previsto en el art. 763.1 LEC, «se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora» (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5; 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3).

Finalmente debe indicarse que en todas aquellas situaciones en que se incurra en exceso del plazo de duración de la detención la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus* (art. 17.4 CE y Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo).

E) *Determinación del momento inicial y final del plazo de detención*

El cómputo del plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución resulta inequívoco y simple, sin bien el «inicio de la detención, [...] no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales» (SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2), ya que «la detención que embrida el art. 17 CE no es una deci-

sión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica» (SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7; 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 165/2007, de 2 de julio, FJ 3). Y es que puede existir un lapso de tiempo, más o menos prolongado, entre el momento en que se materializa la detención o aprensión física, en ocasiones cristalizada mediante la colocación de esposas, y, el momento en que el detenido es trasladado a las dependencias policiales. Será preciso examinar en el atestado el lugar y la hora de la detención, que necesariamente deben reflejarse en el mismo (art. 520.1 LECrim.), como también, deberá reflejarse en la diligencia policial la hora y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, de modo algo impreciso, en relación a la propia naturaleza fáctica de la detención exteriorizada en los múltiples pronunciamientos citados, y a la certidumbre y taxatividad ínsitas en cualquier medida privativa de libertad, ha afirmado, en relación con el internamiento por razón de trastorno psíquico que «las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad» (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5; 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 3; y 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3), o dicho de otro modo, contadas desde que se produce materialmente el hecho del internamiento involuntario [STC 141/2012, FJ 5.c)]. Y, ha precisado que en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial (SSTC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5; 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 3; y 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3).

Dicha puntualización, relativa al momento de inicio del cómputo legal de veinticuatro horas (art. 763.1 LEC), omite la existencia de un lapso temporal, más o menos prolongado, desde que los agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, o los propios parientes o conocidos de aquel —utilizando la relación de posibles intervinientes a que se refiere la STC 141/2012—, actúan, necesariamente en un momento anterior al inicio del internamiento, procediendo a prender físicamente a la persona afectada por el trastorno —que se niega a su internamiento— y efectuando su traslado —bien directamente o con auxilio médico—. Dicha inadvertencia conlleva que la determinación del momento de inicio del plazo para la ratificación judicial del internamiento quede a expensas de un factor voluble e indeterminado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad sometiendo el límite temporal a vicisitudes derivadas de la duración de la inmovilización y traslado al «interior del recinto», existiendo en el plazo de duración un limbo jurídico, incompatible, por otra parte, con la doctrina que el propio Tribunal ha sentado en relación con la detención gubernativa (SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2).

Ciertamente, sobre el inicio del plazo, las indicadas Sentencias parecen apartarse del criterio que para la detención gubernativa se ha expuesto anteriormente, cuando el Tribunal indicaba que el «inicio de la detención [...] no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales» (SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 2; 88/2011, de 6 de junio, FJ 2; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 2), ya que «la detención que embriada el art. 17 CE no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica» (SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 7;

224/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 165/2007, de 2 de julio, FJ 3).

Por otra parte, el momento de finalización de la detención gubernativa, que debe reflejarse en el atestado haciendo constar la hora en que se pone al detenido a disposición judicial o bien en libertad (art. 520.1 LECrim.), no exige necesariamente el previo desplazamiento físico del detenido (a favor SALIDO VALLE, 1997, 121; en contra REBATO, 2006, 91), sino que bastará la remisión al órgano judicial del atestado por el que se pone a disposición del Juzgado al detenido, así lo afirmó el Tribunal Constitucional en un caso en que el detenido estaba hospitalizado (STC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5). Por tanto, es posible la puesta a disposición sin el desplazamiento del privado de libertad por la autoridad gubernativa.

Sin embargo, es cierto que el Tribunal Constitucional con carácter general se ha manifestado exigiendo la entrega del detenido a la autoridad judicial para computar el momento en que el detenido queda a disposición judicial tratándose de detenciones por particulares o agentes de la autoridad, mientras que cuando la detención está judicialmente acordada, el plazo de setenta y dos horas para resolver comienza desde que se materializa la detención, sin que tan siquiera se repare en la existencia de retrasos en la comunicación de la misma al órgano judicial. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que «el párrafo primero del art. 497 LECrim. establece el momento de la entrega del detenido al Juez como momento inicial para el cómputo del plazo para que la autoridad judicial regularice la situación del detenido, respondiendo a la lógica de que esa puesta a disposición judicial trae causa en una previa situación de detención practicada por un particular o por una autoridad o agente de la policía judicial y de que, en estos casos, la entrega a la autoridad judicial actúa como garantía judicial a posteriori de la libertad personal del detenido. Por el contrario, la detención judicial regulada en el párrafo segundo del art. 497 LECrim. es una privación de libertad que no trae causa de

una decisión ajena a la propia autoridad judicial y, por tanto, la intervención de la policía no se hace en virtud de una potestad o habilitación legal autónoma, sino que se limita a ser una mera ejecución de la decisión judicial. En ese contexto, [...] tomando en consideración que la única finalidad de la detención realizada por parte de la policía en este caso era la de ejecutar la decisión judicial de detención para ponerlo a su disposición, no resulta posible aplicar como inicio del cómputo temporal uno diferente al de la propia ejecución material de la detención» (STC 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 6). Ahora bien, el Tribunal Constitucional en alguna Sentencia permite concluir que el detenido quede a disposición judicial cuando la diligencia de puesta a disposición del órgano judicial le es remitida, de modo que el mero hecho de extender la «diligencia de terminación y remisión», según la cual el Instructor policial ordena que el detenido pase a disposición judicial y el envío del atestado, si tal remisión no se materializa, no puede entenderse puesta a disposición judicial (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

Dicha puesta a disposición judicial mediante la entrega del detenido parte del presupuesto de la posibilidad de que dicha entrega pueda producirse, pues en caso de que la misma no pueda materializarse físicamente —caso de encontrarse hospitalizado— se debe entender que la puesta a disposición judicial se produce mediante la comunicación de la misma al órgano judicial. En tal sentido, la regulación del art. 520 ter LECrim., introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, da respuesta al problema de la detención de personas por delitos que se cometan en los espacios marinos, a quienes «les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposi-

ción judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo». Ahora bien, tales situaciones de privación de libertad, deben ser interpretadas a la luz de la STEDH de 27 junio 2013 —caso *Vassis y otros contra Francia*—, en que el TEDH consideró que se había producido una violación del artículo 5.3 del CEDH, después de la llegada de los detenidos a Francia, en tanto que el tiempo que duró la intervención en alta mar de los tripulantes del buque (dieciocho días) —sospechosos de participar en el tráfico internacional de drogas— permitió preparar su llegada a territorio francés con pleno conocimiento de causa. Por lo tanto, tan pronto como los demandantes llegaron a Francia deberían haber sido llevados sin demora ante un «juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales». Al no hacerlo así, y, al retrasar dicha puesta a disposición judicial otras cuarenta y ocho horas, se produjo la vulneración del derecho de los detenidos.

Por último, en relación con los internamientos por razón de trastorno psíquico, el Tribunal Constitucional ha indicado que «desde que tiene lugar la comunicación por el centro hospitalario, la persona ingresada pasa a disposición del órgano judicial», aun cuando dicha comunicación se produzca con el Decanato y no con el Juez competente (STC 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 6).

III. CÓMPUTO DEL TIEMPO DE DETENCIÓN EN RELACIÓN CON LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA LIQUIDACIÓN DE CONDENA

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre si el tiempo de detención debe tomarse en consideración a los efectos de determinar el agotamiento del plazo máximo de duración de la prisión provisional.

En tal sentido, el FJ 4 de la STC 37/1996, de 11 de marzo, ha referido que «el hecho de que junto a la figura de la prisión provisional exista otra, la de la detención, con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con plazo máximo de duración igualmente tasado [...] puede servir de justificación para entender que el plazo máximo de prisión provisional no necesariamente incluye el período anterior en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta, como son todos los supuestos de detención. Y así lo corrobora el propio tenor literal del art. 17 CE, que significativamente ha previsto plazos máximos para un tipo determinado de detención, la gubernativa (art. 17.2), así como plazos igualmente máximos —que ha de fijar el legislador dentro del canon de lo razonable— para la prisión provisional (art. 17.4, inciso final). Lo que entraña, en definitiva, que en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación de libertad existen dos situaciones legales distintas tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus consecuencias y, por ello, no cabe entender como interpretación constitucionalmente obligada que el plazo de privación de libertad padecido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo máximo fijado legalmente para la segunda. Conclusión que ha de conducir a la desestimación de este motivo». Ahora bien, dicha doctrina constitucional aparece superada por la literalidad del art. 504.5 LECrim., que efectivamente establece que el plazo de detención se tomará en consideración para la determinación del límite máximo de duración de la prisión provisional, al indicar que «para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo (plazos máximos de duración de la prisión provisional) se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa».

Finalmente debe indicarse que la literalidad del art. 58.1 del Código Penal en las sucesivas redacciones ha evitado cualquier pro-

blema constitucional en relación con el abono del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada y así lo ha reflejado el Tribunal Constitucional al indicar en el ATC 51/1985, de 24 de enero, «por otra parte, como era obligado, se ha tenido en cuenta en la liquidación de condena la totalidad del tiempo de arresto gubernativo».

IV. COMPETENCIA PARA DESARROLLAR, LIMITAR O SUSPENDER EL ART. 17.2 CE

Baste para finalizar este comentario una breve referencia a la competencia para regular la posible suspensión o limitación de la garantía que supone el límite máximo de duración de la detención preventiva. En tal sentido, desde bien temprano el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la competencia para desarrollar el contenido de los derechos fundamentales, su posible suspensión o limitación en su ejercicio, indicando que «la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto, como les reserva también su posible suspensión, sobre la base del art. 55.2 [...]. También la eventual limitación o suspensión de derechos fundamentales tiene una dimensión nacional. Esta limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático» (STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5).

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA Y ANTÓN, G., «Plazo de detención de extranjeros pendientes de ejecución de una orden de expulsión», *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, núm. 3, marzo, 2001.

BORRAJO INIESTA, I., «*Habeas Corpus*: duración de la detención de un extranjero sin documentación; Comparecencia del detenido, igualdad de armas procesales», *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, núm. 1, enero, 1997.

GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

LEÓN GARCÍA-COMENDADOR, A., «XI Diligencias limitativas de derechos: la detención», en GIMENO SENDRA, J. V., MARCHAL ESCALONA, A. N. y otros (Dir.), *Código Procesal Penal para la Policía Judicial*, Aranzadi, 2015, págs. 333-368.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «Detención y “habeas corpus”: supuestos no penales», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (Dir.), *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, CENDOJ, 2008, núm. 48.

REBATO PEÑA, E., *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

REQUEJO PAGÉS, J. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1996», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, año 1997.

SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Bosch, Barcelona, 1997.

ARTÍCULO 17.3

GARANTÍAS EN LA DETENCIÓN POLICIAL

Sumario: I. Introducción. II. Derechos del detenido. 1. El derecho a ser informado de las causas de la detención. 2. Los demás derechos.

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

En un Estado social y democrático de Derecho como el que configura la Constitución Española (CE), de 27 de diciembre de 1978, la libertad personal no es solo un «valor superior» del ordenamiento jurídico, como se proclama solemnemente en su artículo 1.1, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político, sino, además, un derecho fundamental (art. 17), cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales es la regla general y no la excepción, de modo que aquellos «gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (SSTC 132/1989, de 18 de julio; 113/1994, de 14 de abril; 179/1994, de 16 de junio y, más recientemente, SSTC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3, y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7). La libertad *hace a los hombres sencillamente hombres* (SSTC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 208 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Consecuencia de todo ello es que el constituyente español quiso que la libertad del art. 17 CE fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adi-

cional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, consistente en un mecanismo específico (que denomina de *habeas corpus*) para evitar y hacer cesar de manera inmediata las vulneraciones del derecho mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad.

Obvio es que ese derecho, como todos los demás, no es absoluto y puede ser limitado en ciertos casos y, de ahí, que la propia CE remita a la Ley esa posibilidad, pues la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. La reserva de Ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el Título I, «desempeña una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el español, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fun-

damentales y las libertades públicas» (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 6, y 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7). Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales solo puede ser habilitada por la «ley» en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales.

La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por el Tribunal Constitucional respecto de un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, entre ellos el derecho a la libertad personal en las SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6.a). Además, como se indica en la STC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3, es necesario «interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad», debiendo exigirse «una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la Ley— privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación» (SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3 y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5). Las restricciones a la libertad, pues, deben ser proporcionadas, esto es, idóneas, necesarias y ponderadas (entre otras, SSTC 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 8; 103/2001, de 23 de abril, FJ 10; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 8). Es la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) la que en sus artículos 489 a 501 contempla los distintos supuestos, personas autorizadas, tiempo de duración y efectos que la detención supone.

II. DERECHOS DEL DETENIDO

La detención, entendida como la privación provisional o preventiva de la libertad de la persona y, en consecuencia, como restricción

de un derecho fundamental, necesita estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible. Téngase en cuenta que el art. 17 CE no solo define un conjunto de derechos, básicamente el de la libertad y otros relacionados con él, sino también una serie de garantías que deben observarse en los supuestos en que se produzcan privaciones o restricciones de aquellos derechos (SSTC 208 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 233/2000, de 2 de octubre, FJ 3).

El artículo 17 de la CE, en su núm. 3, señala que *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.*

Todas estas garantías reconocidas en el art. 17.3 de la CE, como se señala en la STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3, «corresponden al **detenido**, esto es, a quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso productora de la indefensión del afectado» (también las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 5; 202/2000, de 24 de julio, FJ 3, y 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 3, entre otras).

1. El derecho a ser informado de las causas de la detención

Es la ya citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 520, la que en su núm. 2 señala que «Toda persona detenida o presa será **informada por escrito**, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras

de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten», estableciendo en los aps. a) a j), una serie de derechos que le asisten.

A renglón seguido, el art. 2 bis indica que «La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita». El detenido, pues, debe comprender que *está* detenido, *por qué* lo está y cuáles son sus *derechos* en tal situación.

Esta obligación, ya prevista de una manera genérica en el art. 2 LECrim., es la misma que se contempla en los arts. 5.2 y 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH). Debe hacerse, lógicamente, antes de proceder al interrogatorio del detenido y al objeto de que pueda preparar su defensa, pues la información debe abarcar no solo las razones jurídicas, sino también las fácticas de su detención (STEDH de 30 de agosto de 1990, caso *Fox, Campbell y Hartley*).

En definitiva, en el mismo momento de producirse la detención, la persona detenida debe **ser informada** por el autor material de aquella de cuáles son los hechos por los que se produce, su repercusión jurídica y los derechos que le asisten. De esta manera cabe distinguir, por una parte, la información de forma escrita y de manera comprensible por el detenido, de los **hechos y causas** de su detención, y, de otra, la relativa a sus derechos.

2. Los demás derechos

Estos derechos, o garantías formales, cabe resumirlos en los siguientes, siguiendo el mismo orden del art. 520.2 LECrim.:

a) **Derecho a guardar silencio**, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez, tal y como se señala en el art. 520.2.a) LECrim. Esta previsión no es más que consecuencia de lo establecido en el art. 17.3 CE, cuando señala que toda persona detenida no puede «ser obligada a declarar», término que cabe interpretar como sinónimo.

b) **Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable**, recogido en el art. 520.2.b) LECrim. Esta garantía, como protección de una posible indefensión, es la misma prevista en el art. 24.2 CE y parece más bien una reiteración de la anteriormente señalada. No obstante, parece que quiere insistirse en el derecho que en el artículo 24 CE se reconoce al ya investigado (imputado), y en la correlativa obligación de los funcionarios de policía o Jueces de no exigir «a todo trance» su confesión.

Estos derechos constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 76/2007, de 16 de abril, FJ 8; 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 4.b), 23/2014, de 23 de febrero, FJ 4, entre otras].

A este respecto, conviene recordar que, conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio con-

tra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular —ha señalado—, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6» (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso *Serves c. Francia*, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 3 de mayo de 2001, caso *Quinn c. Irlanda*, § 40; de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39). «En este sentido —concluye el Tribunal de Estrasburgo— el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, 2, del Convenio» (Sentencias *Saunders*, § 68; *Heaney y McGuinness*, § 40; *Quinn*, § 40; *Weh*, § 39).

El Tribunal Constitucional se hace eco de esta conexión, indicando que los citados derechos «entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación» (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 68/2006, de 13 de marzo, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 147/2009, de 15 de junio, FJ 2).

En todo caso, recuérdese que el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que «puede callar total o parcialmente o incluso mentir», en virtud de los derechos a no declarar contra

sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que, como ya hemos señalado, son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa. En definitiva, la legislación española no sanciona la falta de colaboración del acusado con la Administración de Justicia y no lo somete a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 11; 18/2005, de 2 de febrero, FJ 3; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3; 198/2006, de 3 de julio, FJ 4, y 126/2011, de 18 de julio, FJ 21), sin que puedan por tanto extraerse consecuencias negativas para el acusado exclusivamente del ejercicio del derecho a guardar silencio (SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 202/2000, de 24 de julio, FJ 5; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8), o de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) **Derecho a designar abogado**, sin perjuicio de lo dispuesto en el 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible.

El derecho de asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE) es una garantía distinta de la contemplada en el artículo 24.2 CE. En este último artículo se quiere hacer referencia, en el marco de la tutela judicial efectiva, a una garantía dentro del proceso y, en consecuencia, está referida a la persona acusada en toda clase de procedimientos penales.

Por tanto, es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el

art. 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda esencial paralelismo con los textos internacionales sobre la materia suscritos por España (arts. 5 y 6 del CEDH, ya citado, y arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 —PIDCP—), aunque deba adelantarse que, en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales, no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE. En sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11.a); 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4; 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7; 87/2010, de 3 de noviembre, FJ 5, y 13/2017, de 30 de enero, FJ 4.

En efecto, basta la lectura de dichos textos internacionales para comprobar que en ellos tiene especial importancia la diferenciación entre «detenido» y «acusado» en relación con el mencionado derecho, y así lo evidencia también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual el reconocimiento del derecho se hace depender de la existencia de «acusación» (*vid.*, por ejemplo, las SSTEDH de 27 de junio de 1968 —caso *Neumeister*—, de 27 de febrero de 1980 —caso *Deweer*—, de 13 de mayo de 1980 —caso *Artico*—, y de 26 de marzo de 1982 —caso *Adolf*—, entre otras).

El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 CE de acuerdo con el art. 6.3 del CEDH, y con el art. 14.3 del PIDCP es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que este pueda encomendar su

representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2; 12/1993, de 18 de enero, FJ 3). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de este viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa [SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b); 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 130/2001, de 4 de junio, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 11.b); 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 5, 81/2006, de 13 de marzo, FJ 3].

Como señala el inciso final del art. 17.3 CE, esta garantía se plasmará «en los términos que la Ley establezca». Como consecuencia de esta declaración fue promulgada la LO 14/1983, de 12 de diciembre, de Asistencia Letrada, dándose entonces una nueva redacción al artículo 520 de la LECrim. (que luego ha experimentado nuevas reformas, siendo la última la operada por la LO 13/2015, de 5 de octubre). En este sentido, el 5 de dicho artículo establece que *El detenido designará libremente abogado y si no lo hace será asistido por un abogado de oficio. Ninguna autoridad o agente le efectuará recomendación alguna sobre el abogado a designar más allá de informarle de su derecho.*

En íntima conexión con lo dicho, en la redacción actual del art. 520.2.j) LECrim. se contempla también el derecho a solicitar **asistencia jurídica gratuita**, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla. Al respecto, es de aplicación la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, modificada últimamente por la Ley 2/2017, de 21 de junio. Dicha Ley tiene por objeto determinar el contenido y alcance del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Consti-

tución y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad.

Solamente prevé la Ley un supuesto de **renuncia** a la preceptiva asistencia de Abogado en el núm. 8 de este art. 520 LECrim., cuando la detención fuese «por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico» (arts. 379 a 385 ter del Código Penal que, tras las modificaciones operadas por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, se denominan «Delitos contra la Seguridad Vial»). Téngase presente, por otra parte, que el art. 537 del Código penal, con la evidente intención de reforzar el derecho de defensa, castiga a «La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención».

En todo caso, corresponde a los órganos judiciales velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*), 13 de mayo de 1990 (caso *Ártico*) y 25 de abril de 1983 (caso *Pakelli*), proporcionar asistencia letrada real y operativa (SSTC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 3; 13/2000, de 17 de enero, FJ 2; 47/2003, de 3 de marzo, FJ 2, y 217/2005, de 12 de septiembre, FJ 3, entre otras).

La única situación en la que Ley permite la imposición de un Letrado de oficio contra la voluntad del sujeto es la de **incomunicación** del detenido o preso contemplada en el art. 527.1.a) LECrim., cuya constitucionalidad fue declarada por el Tribunal en STC 196/1987,

de 11 de diciembre, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia letrada del art. 17.3 CE con la necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos. Esta situación suele producirse (art. 520 bis LECrim.) cuando la persona detenida lo es como presunto partícipe en la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis (los cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes).

La incomunicación, como se indica en el art. 509.2 LECrim., durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar «que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que estas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos», sin que pueda extenderse más allá de cinco días, aunque podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días más en casos de terrorismo o rebelión, siempre mediante auto motivado del Juez o Tribunal que conozca de la causa.

Es cierto que en las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre 46/1988, de 21 de marzo, y 60/1988, de 8 de abril, se dijo que la denegación a los detenidos incomunicados de la posibilidad de nombrar libremente Abogado, con la consiguiente designación de un Letrado de oficio, es una medida de las que el legislador puede establecer en ejercicio de su poder de regulación del derecho de asistencia letrada, y que esa medida no conculca el contenido esencial del derecho declarado en el art. 17.3 de la Constitución. Pero también lo es que, con las cautelas necesarias, para evitar que una prolongación excesiva de la incomunicación pueda convertirse en un trato «inhumano o degradante» prohibido por el art. 15 CE, en la STC 196/1987, también se señaló que «la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de Abogado, que no le impide proceder a

ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de asistencia letrada —cuya efectividad no se perjudica— con los valores constitucionales de seguridad ciudadana y de defensa de la paz social» (FJ 7).

Ahondando en estas ideas, la STC 127/2000, de 16 de mayo, recogiendo la doctrina de la citada STC 196/1987, FJ 7 y ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4, indica que, «si bien con carácter general la limitación de los derechos constitucionales que la incomunicación conlleva encuentra justificación en la protección de los bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos, la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión. De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto» [FJ 3.a)]. Esta doctrina es reiterada en la STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4.

No obstante lo dicho, en la STC 199/1987, de 16 de diciembre, se llamaba la atención sobre «su uso ilimitado y extensivo», pues tal circunstancia «puede poner en peligro derechos tales como los previstos en los arts. 15, 17 y 24.2 de la Constitución. Por ello en nuestro ordenamiento la decisión de incomunicación corresponde siempre al órgano judicial aún en el caso de las detenciones gubernativas».

En definitiva, como ha señalado el Tribunal Constitucional, funcionalmente, el derecho a la asistencia letrada al detenido tiende a «asegurar (con la presencia personal del Letrado) que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma» (SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4; 21/1997, de 10 de febrero; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4, y 13/2017, de 30 de enero, FJ 4).

Aunque en algún momento anterior he manifestado que, de las misiones encomendadas al Abogado y que se concretaban en el entonces 6 del art. 520 LECrim., podría deducirse que su comportamiento había de ser más bien de carácter «pasivo», lo cual no se cohonestaba de una manera satisfactoria con la doctrina constitucional antes referida, en la actualidad, tras las dos reformas producidas en el precepto en 2015, los aps. 6 y 7 del art. 520 LECrim. recogen más satisfactoriamente sus funciones.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad.

Esta garantía, que ahora se contempla en el art. 520.2.d) LECrim., también está íntimamente conectada con el más amplio derecho a la defensa.

Este reconocimiento legal del derecho de acceso **al expediente** se produce con el dictado de la LO 5/2015, de 27 de abril, «por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,

para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales». Esta modificación entró en vigor el 28 de octubre de 2015 (disposición final cuarta de la LO /2015), y mediante ella, en lo que aquí importa, se añadió el «d» al art. 520.2 LECrim., de nueva redacción, y que ahora reseñamos. Posteriormente la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha introducido alguna limitación a este derecho en el art. 527 LECrim. (*vid.* STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 5).

Precisamente, por no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su detención gubernativa de naturaleza penal ni habersele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad, la STC 21/2018, de 5 de marzo, otorgó el amparo solicitado. Esta Sentencia es la primera que se dicta desde que se incorporaron a la LECrim. las Directivas dichas.

e) **Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora justificada, el hecho de la detención** y del lugar de custodia en que se halle en cada momento. Asimismo, si el detenido es extranjero, también tendrá derecho a que se comuniquen tales circunstancias a la Oficina Consular de su país [art. 520.2.e) LECrim.].

Esta última previsión queda reforzada tanto en el ap. 3 del art. 520 LECrim., que establece que: *Si el detenido fuere extranjero, se comunicará al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a*

*qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse, como en el ap. 2.g) del mismo artículo: Derecho a ser **visitado** por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas.*

Con idéntica finalidad, y quizá un tanto redundante, el ap. 2.f) se refiere al «Derecho a **comunicarse telefónicamente**, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Esta comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527».

No obstante, este derecho no será de aplicación al detenido mientras se halle incomunicado (art. 527.2 de la LECrim.).

f) **Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete**, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades de lenguaje.

Este derecho, aún cuando en el art. 520.2 LECrim. aparezca relegado casi al final [letra h)], es de vital importancia para la persona detenida, pues mal puede ejercer los derechos que le asisten si no comprende la situación en que se encuentra. De ahí, que haya de vincularse al momento en que recibe la primera «información».

En este sentido, «Cuando no se disponga de una declaración de derechos en una lengua que comprenda el detenido, se le informará de sus derechos por medio de un intérprete tan pronto resulte posible. En este caso, deberá entregársele, posteriormente y sin demora indebida, la declaración escrita de derechos en una lengua que comprenda. En todos los casos se permitirá al detenido conservar en su poder la declaración escrita de dere-

chos durante todo el tiempo de la detención» (art. 520 LECrim., *in fine*).

Sobre este derecho, contemplado en el art. 520.2.h) LECrim. y al que se refieren los arts. 6.3.e) del CEDH y 14.3.f) del PIDCP, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Luedicke, Belkacem y Koc* (STEDH de 26 de abril de 1978) y caso *Öztiirk* (STEDH de 21 de febrero de 1984), así como el Tribunal Constitucional en las SSTC 5/1984, de 24 de enero; 74/1987, de 25 de mayo; 71/1988, de 19 de abril; 30/1989, de 7 de febrero; 188/1991, de 3 de octubre, y 181/1994, de 20 de junio, entre otras.

Este derecho, íntimamente vinculado a que el detenido no sufra indefensión, fue ampliamente estudiado en la STC 74/1987 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 194/1984, planteado por el Gobierno Vasco contra la Ley 14/1983, de 12 de diciembre, que desarrolla el art. 17.3 de la Constitución en lo que se refiere a la asistencia letrada al detenido y reformó los artículos 520 y 527 de la LECrim. En ella se decidió que el entonces art. 520.2.e) de la LECrim. no era inconstitucional interpretado en el sentido de que no priva del derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano. Para llegar a ese fallo establecía en el fundamento jurídico 3 que «Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24.1 CE en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse extensivamente como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena y, entre ellas, **a las diligencias policiales** cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar. La atribución de ese derecho a los **españoles que no conozcan suficientemente el castellano** y no solo a los extranjeros que se encuentren en ese caso no debe ofrecer duda. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución» (así, también las SSTC 71/1988, de 19 de

abril, FJ 2; 30/1989, de 7 de febrero, FJ 3; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3, y 181/1994, de 20 de junio, FJ 2, entre otras). La actual redacción del precepto responde a estas situaciones.

g) **Derecho a ser reconocido por el médico forense** o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

Esta es una garantía, contemplada en el art. 520.2.i) LECrim. que viene a evitar los posibles malos tratos o torturas a los detenidos. Aun cuando no se haga referencia a esta garantía en el art. 17 de la CE, hemos de ponerla en conexión con los arts. 10 y 15 de la misma. En el primero, se menciona la «dignidad de la persona» entre los «fundamentos del orden político y de la paz social» y, en el segundo, se proclama que «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Precisamente, cuando la doctrina penal trata de encontrar el significado último que ha de darse a la expresión «integridad moral», como bien jurídico protegido en los arts. 173 a 177 del Código Penal español de 1995, suele convenir en que las ideas de dignidad e incolumidad de la persona están latentes en la misma.

Pues bien, 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» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3.a); 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3].

Así pues, en supuestos en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse

comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral (SSTC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2008, de 26 de mayo, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2, entre otras). A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene insistiendo en la necesidad de aplicar un canon reforzado de investigación cuando se trata de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto *San Argimiro Isasa c. España*, § 34; y de 16 de octubre de 2012, asunto *Otamendi Egiguren c. España*, § 38, solo por citar algunas referidas a España).

En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sintonía con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTC 130/2016, de 18 de julio, FJ 2, y 39/2017, de 24 de abril, FJ 2), hace especial hincapié en que una investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada; un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto *Ataun Rojo c. España*;

de 7 de octubre de 2014, asunto *Etxebarria Caballero c. España*; de 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia c. España*, y de 31 de mayo de 2016, asunto *Beortegui Martínez c. España*).

Por último, reseñar que el dictamen pericial realizado por el facultativo servirá para, en su caso, apreciar comparativamente el estado del detenido en el momento de su detención y en el de su puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Al respecto han señalado las SSTC 24/1991, de 11 de febrero, FJ 3, y 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2, entre otras, que el certificado del médico forense es una pericia técnica que se adjunta al atestado y no pierde su propio carácter por tal circunstancia. Las pericias técnicas constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de diligencias.

A todo lo dicho cabe añadir que todas estas garantías adquieren especial relevancia al objeto de solicitar, en su caso, la aplicación de la Ley 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus*. En este sentido, tras la enumeración de los derechos dichos, el art. 520.2 LECrim. indica que «Asimismo, se le informará (al detenido) del **plazo máximo legal** de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de la detención» (*vid.* el comentario al art. 17.2 CE).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (Dir.), *Detención policial y "habeas corpus"*, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Derechos del detenido a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 85, 2005, págs. 161 y ss.

GARCÍA MORILLO, J., «Algunas consideraciones sobre la detención policial y los derechos del detenido», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 757 y ss.

GIMENO SENDRA, V., *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ AYALA, M.^a D., *Las garantías constitucionales de la detención*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

GUDE FERNÁNDEZ, A., «Los derechos del detenido en la Constitución Española y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXVII, 2007, págs. 223 y ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La asistencia letrada al detenido*, 3.^a ed., Atelier, Barcelona, 1999.

REBATO PEÑO, M.^a E., *La detención desde la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2006.

SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, J. M.^a Bosch, Barcelona 1997.

— *Detención policial y «habeas corpus»*, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

ARTÍCULO 17.4

HABEAS CORPUS Y PRISIÓN PROVISIONAL

Sumario: I. Habeas corpus. 1. El habeas corpus como derecho fundamental. 2. La garantía de inmediación. 3. El presupuesto de la detención judicial. 4. La legitimación. II. La prisión provisional. 1. ¿Qué principios? 2. Prisión provisional legal. 3. Prisión provisional proporcionada. A) Fines. B) Plazos. 4. Garantías procesales. A) Imparcialidad. B) Motivación. C) Inmediación. D) Cosa juzgada.

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. HABEAS CORPUS

1. El *habeas corpus* como derecho fundamental

A) El *habeas corpus* consiste en un procedimiento breve de valoración de la regularidad de una privación no judicial de libertad. Es una garantía del derecho a la libertad frente a las privaciones no judiciales que consiste en un control judicial con inmediatez y con inmediación: en la inmediata presencia del detenido ante el Juez. Así lo explica la STC 208/2000: «se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la **legalidad de una privación de libertad** no acordada por órganos judiciales. El Juez del *habeas corpus* no tiene por misión revisar el acto administrativo, lo que corresponderá a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, sino la conformidad a Derecho de esa situación de privación de libertad. Expresado en otros términos, hemos afirmado que en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del *habeas corpus* dictar la

primera, en tanto que los Tribunales de lo Contencioso ostentan la última y definitiva palabra (STC 12/1994, FJ 6)» (STC 208/2000, FJ 4). No es, pues, «ni un proceso contencioso-administrativo sobre la regularidad del acto o vía de hecho que origina la privación de libertad, ni tampoco un proceso penal sobre la eventual comisión de un delito de detención ilegal» (STC 208/2000, FJ 4). Positivamente definido, el *habeas corpus* «es un proceso de cognición limitada entendido como un instrumento de control judicial, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, en relación con los arts. 17.1 y 4 CE» (SSTC 12/1994, FJ 5; 208/2000, FJ 4), y también «para poner fin a detenciones que, aun justificadas legalmente, se prolongan indebidamente» (STC 224/1998, FJ 5), «enjuiciamiento que es, si cabe, aún más necesario» (SSTC 224/2002, FJ 5; 165/2007, FJ 4). Esta limitada cognición «nada tiene que ver con la cualidad o intensidad del mismo, de tal manera que ha de tratarse de un control plenamente efectivo, pues, en otro caso, se vería reducido a un mero expediente rituario o de carácter simbólico, no apto para afirmar

la garantía de la libertad que *ex art. 17.4 CE* se ha establecido» (SSTC 287/2000, FJ 3; 61/2003, FJ 2).

Merece la pena subrayar que, aunque «la revisión definitiva» del acto administrativo «corresponda a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo», tal competencia «no exonera totalmente al Juez del *habeas corpus* de su obligación de controlar la legalidad material de la detención administrativa [...]. (C) orresponde al Juez del *habeas corpus* examinar en cualquier caso el *fumus boni iuris* que justifica la adopción de toda medida de privación de libertad [...] El mandato contenido en el art. 17.1 CE, según el cual debe el Juez comprobar si el privado de libertad se encuentra “en los casos previstos en la Ley” [o en los “supuestos legales” a los que se refiere el art. 1.a) de la Ley Orgánica reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus*] conlleva, en este tipo de detenciones, la obligación de revisar, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la medida cautelar de privación de libertad, revocándola o convirtiéndola en menos interina a través de alguna de las soluciones previstas en el art. 8 LOHC, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que el particular reaccione posteriormente contra el acto administrativo denegatorio del asilo o la orden de expulsión a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo en el que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo podrá revisar con plenitud de jurisdicción la adecuación del acto al ordenamiento con adopción, en su caso, de las medidas cautelares que estime pertinentes» (STC 12/1994, FJ 6).

B) De su tratamiento en la jurisdicción constitucional de amparo debe reseñarse ante todo un rasgo que ha sido asumido con naturalidad por la doctrina y por los operadores jurídicos. A pesar de que el mandato constitucional se refiere solo a la existencia de la institución y a su regulación por ley, pronto el acceso al procedimiento mismo se vio como una garantía del derecho fundamental a la libertad cuyo desconocimiento constituía una

vulneración del mismo en forma de vulneración del «**derecho de *habeas corpus***» (STC 12/1994, FJ 5). «Aunque se discute si este procedimiento tiene una naturaleza bien cautelar, bien de amparo ordinario, bien de remedio interdictal destinado a la protección de la libertad, lo relevante en clave sistemática es que el constituyente quiso que la libertad del art. 17 CE fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, consistente en un mecanismo *ad hoc* para evitar y hacer cesar de manera inmediata las vulneraciones del derecho mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad. Ello es consecuencia de la importancia de la libertad, que —como advierte la STC 147/2000— no es solo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), que está vinculado directamente con la dignidad de la persona, y cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales» (STC 208/2000, FJ 3).

Resulta quizá conveniente, sin embargo, distinguir entre la vulneración material del derecho a la libertad y la vulneración de la garantía del *habeas corpus*, por mucho que deba entenderse que esta garantía constituye una dimensión del derecho a la libertad y deba analizarse desde esta perspectiva, y no desde la mucho menos incisiva de la tutela judicial efectiva (SSTC 122/2004, FJ 2; 93/2006, FJ 2). Una cosa es que sea un derecho de control y otra es la intensidad que se exija a tal control, que será la propia del 17.1 CE y no la del 24.1 CE. Como matizadamente exponía la STC 44/1991, el art. 17.4 CE «no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes. Dicho con otras palabras: tal garantía se salvaguarda tanto mediante la obtención de una resolución de fondo como una liminar de rechazo a tramitar el incidente, debidamente fundadas ambas» (FJ 2). O, vistas las cosas en negativo, la

garantía del *habeas corpus* se desconoce tanto cuando el Juez se niega injustificadamente al control —por ejemplo, como veremos, alegando razones de fondo— como si tal control es defectuoso desde el punto de vista constitucional, ajeno a su misión esencial —por ejemplo, negándose a analizar razones de fondo—, cosas ambas que son independientes de la efectiva ilegalidad de la detención. La STC 12/1994, sin embargo, a pesar de apreciar aquel control defectuoso no declara vulneración constitucional alguna, porque lo considera «irrelevante», por tratarse, por razones diferentes a las alegadas en el auto judicial, de una detención, en principio, regular.

2. La garantía de intermediación

La garantía de la libertad que aporta el *habeas corpus* es fundamentalmente la judicialidad «a todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez» (STC 31/1985, FJ 2). A su vez, el control judicial —que «corresponderá a la jurisdicción militar cuando la detención tenga como causa una sanción revisable por la jurisdicción» (SSTC 194/1989, 106/1992, 1/1995, en relación con arrestos a guardias civiles), lo que supone «que el procedimiento de *habeas corpus* es procedente en los casos de sanciones privativas de libertad impuestas por la Administración militar» (STC 208/2000, FJ 6)— ha de venir rodeado de dos garantías esenciales: la celeridad y la intermediación, entendida esta como la presencia del detenido ante el Juez, pues la esencia de la institución «consiste precisamente en “haber el cuerpo” de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer sus alegaciones y pruebas» (SSTC 86/1996, FJ 12; 208/2000, FJ 5; 37/2008, FJ 3). No es suficiente al respecto con el mero traslado del solicitante al Juzgado (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 5), ni con la comparecencia ante la secretaria judicial (STC 32/2014, de 24 de febrero, FJ 4).

De ahí la «especial relevancia constitucional que en dicho procedimiento adquiere la distin-

ción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, entre el juicio de admisibilidad de la solicitud de incoación y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia» (SSTC 174/1999, FJ 6; 179/200, FJ 5). Cabe naturalmente que el Juez inadmita el recurso, «pero la legitimidad de tal inadmisión a trámite debe reducirse a los supuestos en que se incumplan bien los presupuestos procesales, bien los elementos formales de la solicitud a los que se refiere el art. 4 LOHC. Y al respecto cabe recordar que expresamente hemos admitido el rechazo liminar en supuestos de falta de competencia del órgano judicial (SSTC 153/1988, 194/1989, 106/1992, 1/1995, 25/1995), así como en los casos en que no se daba el presupuesto de privación de libertad (SSTC 26/1995, 62/1995)» (STC 208/2000, FJ 5). Y si lo que resulta fáctica o jurídicamente dudoso es si la situación del solicitante es privativa de libertad, parece que el Juez del *habeas corpus* no podrá denegar *a limine* su intervención.

Desaparece así como causa legítima de rechazo del *habeas corpus* el que «no exista duda alguna en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la privación de libertad» (STC 21/1996, FJ 6; todavía en las SSTC 94/2003, 122/2004, 37/2005, 303/2005, 29/2006 y 165/2007). Como afirman las SSTC 21/1996 (FJ 7), 86/1996 (FJ 11) y 224/1998 (FJ 5), «es evidente la improcedencia de declarar la inadmisión fundándose en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, precisamente porque el contenido propio de la pretensión presentada era el de determinar la licitud de la detención» (también, más recientemente, SSTC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

3. El presupuesto de la detención no judicial

Otro supuesto en el que sería legítima la inadmisión del *habeas corpus* por la incongruen-

cia de lo pedido con la finalidad de la institución es el referido a una privación de libertad acordada por un Juez, pues el *habeas corpus* «opera, potencialmente, en todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez» (SSTC 31/1985, FJ 2; 21/1997, FJ 6). En tal sentido, este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente —y, por tanto, que, con independencia de su legalidad, no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas— «las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares» (STC 303/2005, FJ 2). Se trata, en rigor, de que la privación no esté controlada por un Juez; *rectius*: que el solicitante no se encuentre «a **disposición judicial**», que es *expressis verbis* la finalidad constitucional del *habeas corpus* (art. 17.4 CE). Y aunque normalmente no hay duda de cuándo estamos en este sentido ante una privación judicial y cuándo ante una privación no judicial, en ocasiones han surgido dudas en relación con las detenciones policiales de extranjeros para garantizar una futura expulsión cuando las mismas son seguidas de una solicitud policial de internamiento dirigida al Juez y de una petición de *habeas corpus* por parte del detenido.

En el caso resuelto por la STC 303/2005 resultaba claro que «la intervención judicial ya se había producido con la aplicación de la Ley de Extranjería», puesto que «el control judicial de la privación de libertad» que con el *habeas corpus* se pretendía «había sido realizado»: «el mismo día [...] en que se promovió el *habeas corpus* [...] el Juzgado de Instrucción había tomado declaración» a la detenida, quien «pudo manifestar todo lo que podía convenir a sus derechos e intereses. Y, tras oírla, el Juzgado acordó su internamiento, basándose en que concurrían las circunstancias previstas por la Ley para adoptar la medida cautelar y fijando en cuarenta días como

máximo la duración de aquel internamiento» (FJ 5). No se daba esta claridad en el caso de la STC 169/2005 (tampoco en el de la STC 201/2006), en el que solo constaba que la audiencia judicial y la petición de *habeas corpus* se había producido el mismo día, pero sin que quedara acreditado, «al contrario de lo que sucedía en el supuesto de hecho de la STC 303/2005, que el Juez hubiera oído con anterioridad a dicha decisión al recurrente [...]; por tanto, en el momento de rechazo del *habeas corpus* solicitado, no consta que existiera un control judicial de la situación de detención del demandante» (FJ 4).

Con justo rigor señala el Tribunal Constitucional que en estos casos no es suficiente para inadmitir un *habeas corpus* un mero «te oír en breve» judicial: que no «puede considerarse conforme con el art. 17.4 CE la inadmisión a *limine*, aun cuando la autoridad judicial prevea que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de *habeas corpus*» (STC 169/2006, FJ 4). Más discutible, en cuanto aquejada de un rigor ahora innecesario, es la ubicación de la frontera de la disposición judicial en la audiencia ante el Juez (SSTC 259/2006, FJ 2; 260/2006, FJ 2; 273/2006, FJ 2) y no en el momento en el que el Juez de Instrucción, tras la solicitud policial de internamiento, dicta providencia de apertura de diligencias y de audiencia al interesado. Si aquella solicitud equivaliera a una puesta a disposición judicial, faltaría ya un presupuesto esencial del *habeas corpus* y sería irrelevante que la inadmisión del mismo no se sustentara en su ausencia, sino en una cuestión de fondo sobre la legalidad de la privación de libertad.

4. La legitimación

A) El *habeas corpus* suscita dos problemas diferentes de legitimación: si cabe la inadmisión del *habeas corpus* porque lo inste el **Abogado** del detenido en nombre del mismo

y si debe inadmitirse un recurso de amparo frente a un rechazo de *habeas corpus* por la misma razón.

A la primera cuestión, la jurisprudencia constitucional ha respondido que no (SSTC 224/1998, 61/2003, 37/2008; ATC 55/1996). No se trata ciertamente de que el abogado esté procesalmente legitimado para solicitar la incoación de un *habeas corpus*, pues no lo permite el art. 3 de la Ley Orgánica reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus*, sino de entender que lo hace «en su calidad de representante de los verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda» (SSTC 61/2003, FJ 2; 37/2008, FJ 2). Resulta «ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del Abogado de suscitar, en nombre de aquel, el procedimiento de *habeas corpus*; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del *habeas corpus* destaca como inspirador de su regulación» (STC 37/2008, FJ 2). La posterior renuncia del detenido al procedimiento «debería considerarse en todo caso revocable» (STC 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 4).

B) Cuestión distinta es la de la aplicación del mismo razonamiento a la admisibilidad de un **recurso de amparo** que procede de un *habeas corpus*. El Tribunal entiende que «[l]a exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el *habeas corpus*, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para in-

terponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos» (STC 173/2008, de 22 de diciembre, FJ 2). En todo caso tiene legitimación para recurrir en amparo el Ministerio Fiscal (STC 12/2014, de 27 de enero, FJ 2). No la tiene una asociación (STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 3).

II. LA PRISIÓN PROVISIONAL

1. ¿Qué principios?

La preocupación expresa del constituyente en relación con la prisión provisional era la de garantizar su efectiva provisionalidad: el legislador habrá de determinar su duración máxima (art. 17.4 CE). Más allá, va de suyo que estamos ante una institución privativa de libertad, que la misma recae además sobre un inocente y que por ello pone en jaque dos de los valores fundantes del sistema: la libertad y la dignidad de la persona. La prisión provisional nace así con una sed intensa de legitimación que solo colma con su respeto a los **principios** de legalidad y de proporcionalidad, con su imposición a un probable culpable y, en lo procedimental, con el respeto a las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación. Dicho de otro modo: para que la prisión preventiva resulte decente, democráticamente decente, ha de ser un instrumento legal, mínimo y justo al servicio de la libertad. Ha de estar prevista con detalle en la ley, ha de ser imprescindible para la prevención mediata o inmediata de delitos y ha de aplicarse solo a probables culpables. Y para ser un instrumento decente decentemente aplicado, ha de serlo por un Juez imparcial y con plenas garantías de defensa.

Así pues, que la Constitución sea «parca en alusiones expresas a la prisión provisional» no supone que estemos «ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales

que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad» (STC 128/1995, FJ 3). Así, pronto tuvo el Tribunal Constitucional oportunidad de afirmar que «(l)a institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en [...] el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; en [...] el art. 17.1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, y [...] en el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas [...] y a la presunción de inocencia”» (STC 41/1982, FJ 2). Este caudal normativo, «acrecentado por las correspondientes disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 9), del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5) y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9)», conduce a que «(e)l establecimiento de los principios que informan la institución de la prisión provisional deb(a) reparar prioritariamente, en primer lugar, en su carácter restrictivo de la libertad, que le emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente (STC 32/1987, FJ 3), y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de su inocencia [...]. Más allá, pues, del expreso principio de legalidad (art. 17.1 y 4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racio-

nales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos» (STC 128/1995, FJ 3). La incidencia del derecho a la presunción de inocencia en las decisiones de prisión provisional encuentra reflejo indirecto en la censura constitucional a la negativa a la indemnización por tal situación de prisión porque «el recurrente fue absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*» (STC 8/2017, de 19 de enero, FJ 7).

2. Prisión provisional legal

Hasta el año 2003 la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contenía una regulación suficientemente precisa de la prisión provisional porque, aunque requería una imputación suficientemente sólida y establecía plazos máximos concretos, carecía de un catálogo de fines justificativos de la misma. Con ello la institución salía en buena parte de las manos de la ley y entraba en la misma medida en las de la decisión judicial. Esta situación condujo al Tribunal Constitucional, en un primer momento, a exigir de los Jueces y Tribunales una **aplicación directa de la Constitución** que integrara la defectuosa regulación legal y, en un segundo momento, a cuestionar directamente esta regulación (STC 47/2000). Este hecho dio lugar, a partir de la fundamental STC 128/1995, a una jurisprudencia constitucional tan eficaz en sus resultados de amparo de la libertad como singular en dos de sus sentidos. Se trataba, por una parte, de una jurisprudencia exigente con los Jueces y Tribunales, pues les obligaba, no a interpretar la ley conforme a la Constitución, sino a integrar aquella con un Texto Fundamental poco explícito en la materia. Se trataba, en segundo lugar, de una jurisprudencia en cierto modo constructiva, no dedicada tanto a eva-

luar la conformidad constitucional de un texto legal como empeñada en la labor de dibujar el ámbito material posible de la prisión preventiva.

El **cuestionamiento** de la constitucionalidad de la ley se debió a dos causas. Por un lado, a la insuficiencia de la ley: «La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie*, que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que estos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizá bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999». La segunda razón para el cuestionamiento de la ley radicaba en que para esta «el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar» en algunos casos que la privación cautelar de libertad se acuerde necesariamente. «De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito» (STC 47/2000, FJ 5).

Este cuestionamiento fue tardío tanto, por supuesto, desde la perspectiva del completo devenir de la jurisprudencia constitucional, como desde la perspectiva de la reflexión que sobre la regulación de la prisión provisional abría la STC 128/1995. En esta tardanza debieron influir las difíciles consecuencias que para el ordenamiento procesal penal tendría una declaración de inconstitucionalidad y la esperanza en que las mismas pudieran ser soslayadas por la iniciativa del legislador, como finalmente así ha sido. Con la justificada tolerancia inicial con la indefinición legislativa en materia de libertad contrasta por cierto la firme postura de la STC 169/2001, que otorga el amparo a quien había sido de-

clarado en «libertad provisional sin fianza y condicionada a específicas cautelas, consistentes en la obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización» (FJ 5) por el hecho de que estas dos últimas medidas no estaban previstas en la ley.

No cabe el dictado de una prórroga de prisión provisional tras el dictado de una **condena recurrible de expulsión** del territorio nacional, pues aquella medida solo está prevista en relación con las penas privativas de libertad (STC 140/2012, de 2 de julio, FJ 3). Tampoco cabe acordar por su ilegalidad una «**prisión provisional diferida**», que «no se haría efectiva en el momento en que se acuerda, sino cuando se hubiera decidido la libertad del reclamado en el procedimiento penal en virtud del que se hubiera suspendido la ejecución de la entrega». Tal medida sería contraria además «al principio de excepcionalidad», al «mandato de previsibilidad, al mantener en suspensión y de modo indefinido la efectiva privación de libertad, haciéndola depender de circunstancias no controladas por el órgano judicial que acuerda la medida cautelar y, en definitiva, imprevisibles en el momento en que es acordada», y a la proporcionalidad, «dada su imprevisibilidad y la objetiva indeterminación de su vigencia temporal, lo que condiciona la falta de ponderación actualizada de los presupuestos fácticos concurrentes en la persona del reclamado, puesto que la prisión diferida implica una ejecución automática y aplazada en el tiempo de la prisión provisional, con la consiguiente ausencia de un análisis sobre su legitimación realizado al momento en que se materializa la privación de libertad» (STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 5).

3. Prisión provisional proporcionada

Si la legalidad es lo primero que exige a la prisión provisional su legitimación democrática,

la segunda demanda lo es de proporcionalidad. La prisión provisional será legítima si es positiva (si persigue realmente fines legítimos y de un modo posible), si es imprescindible su concurso, y con ello su nocividad, para alcanzar tales loables fines —si no es sustituible por la fianza, la retirada del pasaporte o el arresto domiciliario, por ejemplo—, y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

A) *Fines*

La jurisprudencia constitucional ha otorgado explícitamente su plácet a tres **metas posibles** de la prisión provisional y lo ha negado a otras tres. Integran el primer grupo la conjuración de «ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la acción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva» (STC 128/1995, FJ 3). Conforman el club de las **finalidades** constitucionalmente **proscritas** las punitivas o de anticipación de la pena (SSTC 41/1982, FJ 3; 128/1995, FJ 3), en primer lugar; la obtención de declaraciones de los imputados que impulsen la instrucción (STC 128/1995, FJ 3), en segundo; y «con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos —la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo—, y otros orígenes —la fuga del imputado o su libertad provisional—, [...] la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito» (SSTC 66/1997, FJ 6; 98/1997, FJ 9), en tercer y último lugar. Estas finalidades declaradas como constitucionalmente admisibles coinciden con las que reconoce como legítimas la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa («La prisión preventiva solo podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para

pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave»), que no obstante añade que «aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá sin embargo estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves».

Los fines legítimos de la prisión provisional pueden resumirse en la **prevención** directa o indirecta **del delito**: evitando la reiteración delictiva por parte del imputado y posibilitando la administración de la justicia penal. Dicho de otro modo, la prisión provisional se legitima si persigue conjurar uno de estos tres riesgos que parten del imputado: la fuga, la destrucción de pruebas, la comisión de delitos. En todos los casos, la prisión se justifica por tales riesgos y mientras esos riesgos existen. Eso es especialmente importante para el caso de la **obstrucción de la instrucción penal**, riesgo que, en forma de destrucción de archivos o documentos, o de coacción a testigos, solo suele concurrir en los momentos iniciales de la indagación. No se trata, por cierto, como a veces se ha pretendido, de que estemos ante una medida ilegítima en cuanto contraria al derecho de defensa. No se trata tampoco con este tipo de prisión de obligar al sujeto a declarar o a aportar pruebas contra sí mismo, en una sutil forma de tortura, sino de evitar que impida que él o su entorno sea investigado. El derecho de defensa comporta el derecho a no declarar y a no aportar pruebas contra uno mismo, pero no comporta el derecho a no soportar ser investigado: «La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y el reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio,

o las intervenciones telefónicas o de correspondencia» (STC 161/1997, FJ 6).

Se ha cuestionado la legitimidad de la prisión provisional que busca la **evitación de la comisión de delitos** por parte del imputado sobre la base de que configura una medida de seguridad predelictiva. Ciertamente, la prisión provisional pierde aquí su naturaleza cautelar, pero no por ello pierde a su vez su legitimidad, que se sustentará en su caso en un juicio sólido de peligrosidad grave a partir de la probable comisión de un hecho delictivo.

B) Plazos

a) Por exigencia del principio de proporcionalidad, la prisión provisional ha de perseguir fines legítimos, ha de ser necesaria y ha de ser ventajosa o estrictamente proporcionada. Esta última exigencia incide en la institución en, al menos, tres aspectos: recorta su ámbito objetivo por abajo, al proscribir su adopción en supuestos de imputación de un **delito de escasa gravedad**; recorta su duración al plazo razonable para la resolución procesal del conflicto en el que se enmarca; más allá, en todo caso, y también por razones de seguridad, recorta su duración en función de un plazo máximo indeclinable e independiente de la pervivencia del presupuesto y de los fines para los que se decreta.

La expresa exigencia *ex Constitutione* (art. 17.4 CE) de una **duración legal máxima** para la prisión provisional, debida sobre todo a imperativos de seguridad jurídica, pero también de proporcionalidad, convierte su respeto en contenido del derecho a la libertad. «Queda [...] clara la voluntad del constituyente y, cumpliendo su mandato, del legislador, de fijar [...] plazos efectivos. Y aunque esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse, y ese cumplimiento [...] integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 CE» (STC 127/1984, FJ 3). La interpretación de las

normas de establecimiento de plazos máximos deviene así en una cuestión especialmente sensible desde la perspectiva constitucional, como lo demuestran las muchas y diversas demandas de amparo al respecto, a las que me referiré posteriormente. Conviene ahora subrayar, sin embargo, que la garantía no solo es de plazo legal máximo, sino que antes lo es de **plazo razonable**: «Ni el art. 17.4, conforme al cual “por Ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional”, es un precepto en blanco, ni la naturaleza del derecho fundamental en él contenido puede ser mecánicamente reconducida a la categoría de los derechos de configuración legal; así, sin necesidad de rebasar las limitaciones temporales impuestas por el art. 504 LECrim., puede lesionarse el referido derecho fundamental, si el imputado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede lo razonable» (STC 206/1991, FJ 4), «concepto jurídico indeterminado que habrá de ser perfilado para cada caso concreto en atención a las circunstancias y, por supuesto, a los criterios establecidos por este Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (STC 2/1994, FJ 3). La garantía constitucional del art. 17.4 CE, en suma, no queda agotada por la fijación de unos límites temporales máximos, «pues, por aplicación directa de los preceptos constitucionales mencionados, interpretados de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia de su Tribunal (art. 10.2 CE), el plazo razonable de una causa determinada puede ser sensiblemente menor al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial, y el comportamiento del recurrente» (STC 41/1996, FJ 2).

b) La mayor parte de las quejas de amparo relativas al plazo de la prisión provisional se han referido a la superación del plazo máximo, no porque los órganos judiciales hubieran ignorado la ley, o porque se hubieran equivocado patentemente acerca del plazo en ella

previsto, sino porque habían procedido a una determinada interpretación del texto legal no acorde con la Constitución. El **baremo** de análisis que al respecto dice aplicar el Tribunal Constitucional es el criterio *pro libertate*: «en un sistema como el que configura la Constitución, en el que la libertad desempeña un papel nuclear (STC 3/1992, FJ 3), el disfrute de la libertad es la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción [...]. Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio del *favor libertatis* (SSTC 32/1987, 34/1987, 115/1987 y 37/1996) o del *in dubio pro libertate* (STC 117/1987), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional “debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad” (STC 88/1988, FJ 1)» (STC 147/2000, FJ 5).

c) Sea con la aplicación del exigente canon *pro libertate*, sea con el más laxo que demarca la interdicción de la desproporción y de la incertidumbre, el Tribunal Constitucional ha considerado:

— Que, cuando sean **varios los delitos imputados**, no es posible sumar los plazos máximos de duración de la prisión que corresponderían a cada uno de ellos para determinar el plazo máximo aplicable, pues «tal interpretación supondría hacer depender el plazo máximo de duración de la prisión provisional, que el art. 17.4 CE ordena establecer por Ley, de un elemento incierto, como es el número de delitos de que pueda acusarse a una persona y sería contraria a los pactos internacionales ratificados por España, al poder conducir, por simples operaciones aritméticas, a resultados notoriamente superiores a todo plazo razonable. Ello supondría además olvidar que la comisión de varios deli-

tos no implica su total individualización, como se desprende del art. 70.2 del Código Penal» (STC 28/1985, FJ 4).

— Ni proceder a esa misma contabilización del tiempo sufrido por el militar imputado en situación de **prisión atenuada**, pues la misma «no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso segundo, y consiguientemente 4, inciso segundo, CE» (STC 56/1997, FJ 10).

— Ni dejar de hacer lo propio cuando lo que se solapan son la prisión provisional por **extradición** con la prisión por otra causa (SSTC 71 y 72/2000, 305/2000); sin embargo, no resulta irrazonable entender que «no formó parte de la prisión acordada por la administración española de justicia la privación provisional de libertad que no se debió a esta ni a ninguna otra causa abierta en España» (ATC 212/2005, FJ 3).

— No es constitucionalmente posible dejar de sumar los **periodos discontinuos** de prisión a efectos de cómputo del plazo máximo (STC 147/2000).

— Ni prorrogar implícitamente la prisión, ni siquiera por el dictado de una **sentencia condenatoria no firme** (SSTC 231/2000, 272/2000, 305/2000, 27/2008), sin que tampoco quepa la prórroga por esta razón antes del tal dictado, aunque se haya deliberado y votado acerca de su contenido (STC 241/1994, FJ 5).

— Ni hacerlo cuando su **plazo inicial se ha extinguido** (SSTC 231/2000, 272/2000, 305/2000, 28/2001, 144/2002, 120/2004, 155/2004, 99/2005, 122/2009, de 18 de mayo), pues es «constitucionalmente insubsanable de una decisión extemporánea de prórroga» (STC 304/2000, FJ 2).

No es inconstitucional, en cambio, entender que la prórroga **inicia su cómputo** cuando expira el plazo prorrogado y no cuando se dicta el auto de prórroga (STC 15/2005, FJ 5).

— Ni es constitucionalmente obligado entender que el inicio del cómputo se sitúa en el momento de la **detención** que precede a la prisión, pues «el hecho de que junto a la figura de la prisión provisional exista otra, la de la detención, con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con plazo máximo de duración igualmente tasado —en el art. 17.2 CE respecto a la detención preventiva por la autoridad gubernativa y en el art. 497 y concordantes de la LECrim. cuando el detenido pasa a disposición judicial transcurrido aquel— puede servir de justificación para entender que el plazo máximo de prisión provisional no necesariamente incluye el período anterior en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta, como son todos los supuestos de detención. Y así lo corrobora el propio tenor literal del art. 17 CE, que significativamente ha previsto plazos máximos para un tipo determinado de detención, la gubernativa (art. 17.2), así como plazos igualmente máximos —que ha de fijar el legislador dentro del canon de lo razonable— para la prisión provisional (art. 17.4, inciso final). Lo que entraña, en definitiva, que en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación de libertad existen dos situaciones legales distintas tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus consecuencias y, por ello, no cabe entender como interpretación constitucionalmente obligada que el plazo de privación de libertad padecido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo máximo fijado legalmente para la segunda» (STC 37/1996, FJ 4; también, STC 145/2001).

d) Especial atención en la jurisprudencia ha merecido en los últimos tiempos la cuestión de cómo juegan los plazos en los casos en los que **la privación de libertad responde a más de un título** (prisión provisional en más de una causa o coincidencia de pena y prisión provisional) y en cómo juegan tanto para computar la medida cautelar como para computar el cumplimiento de la pena. Para entender la doctrina del Tribunal Constitucional proceden dos precisiones.

La primera hace a que no es la misma la situación del preso bajo un título u otro: «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está “materialmente” en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, solo padece una “privación de libertad meramente formal”» (STC 57/2008, de 28 de abril, FJ 7). La segunda precisión se refiere al tenor literal del art. 58.1 CP en su versión anterior a la LO 15/2003: «El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión». En la actualidad (LO 5/2010) rige la siguiente salvedad: «salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa».

El Tribunal ya había establecido que no es posible dejar de contabilizar dentro del período de prisión provisional el tiempo de cumplimiento de una **pena de prisión** impuesta en **otro procedimiento** (SSTC 19/1999), ni, a la inversa, puede dejar de contabilizarse como cumplimiento de condena la prisión provisional acordada en el mismo procedimiento porque coincidiera tal tiempo con el cumplimiento de una condena privativa de libertad distinta (STC 57/2008). En resoluciones más recientes añade que, partiendo del tenor literal inicial del art. 58.1 CP, no resulta irrazonable que se deniegue «el abono del mismo

tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, tomando en consideración el tenor del enunciado del art. 58.1 del Código Penal entonces vigente, en atención al fundamento y la finalidad de la norma» (STC 92/2012, de 7 de mayo, FJ 5), «pues si el mismo tiempo de privación cautelar de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, no solo es que no hay un perjuicio material que compensar o remediar, es que la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas dependería de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en la investigación de los hechos. De esta manera, de atenderse la pretensión del demandante de amparo, quedaría completamente desvirtuada la finalidad de la norma que, se insiste, está prevista para una sola causa y una sola condena» (STC 158/2012, de 17 de septiembre, FJ 4). Asimismo, matiza en la STC 148/2013, de 9 de septiembre, que, en el caso de las condenas acumuladas, no es contraria a la Constitución la decisión judicial de no descontar del límite máximo de cumplimiento efectivo, fijado en treinta años, el periodo de tiempo en que simultáneamente se encontraba como preso preventivo y como penado (FJ 6).

4. Garantías procesales

El punto de partida para la **delimitación** de las garantías procesales de la prisión provisional ha de ser el de las garantías fundamentales del proceso penal. El proceso penal en un Estado democrático se concibe como un diálogo racional e informado entre las partes en conflicto (la sociedad y el imputado) que permite a un tercero informado e imparcial adoptar la solución más razonable para el mismo. Ello supone, muy en síntesis, que ese tercero que decide sea un Juez y un Juez imparcial; que las partes pueden alegar y probar con libertad ante el Juez; que el Juez ha de resolver el conflicto motivadamente y con un punto de partida que debe ser plenamente arrumbado: la inocencia del acusado.

Con el incidente procesal de la prisión provisional algunas cosas han de ser distintas. En primer lugar, porque se trata de una decisión urgente que ha de adoptarse en una situación de necesidad —el dilema del Juez es: «o aseguro el proceso con la prisión o pongo en peligro el proceso con la libertad»—. Y en segundo lugar porque a la urgencia de la decisión se une el hecho de que hay que tomarla con una información muy fragmentaria. Mientras que en el proceso penal se investiga todo lo que haya que investigar y se somete a prueba todo lo que haya que probar, el Juez de la prisión provisional ha de tomar su decisión con lo que sabe en ese momento acerca de la imputación y de los riesgos de fuga, de destrucción de pruebas, de peligrosidad criminal.

Sin embargo, ni las prisas ni la desinformación son buenas consejeras. Y aunque no podemos evitarlas, sí podemos tratar de compensarlas con otros requisitos: que quien haya de decidir sea un Juez, que escuche personalmente al imputado, que se pueda practicar la prueba disponible, que la decisión de prisión sea recurrible ante un órgano superior, y que la decisión de prisión pueda replantearse sin límite a la luz de nuevos datos fácticos.

A) *Imparcialidad*

a) La **decisión sobre la prisión provisional** constituye una decisión que «exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad» y, que, en cuanto que «comporta una actividad esencialmente inquisitiva» si se «adopta de oficio [...] sin la previa instauración del contradictorio» (STC 106/1989, FJ 4), afecta a su imparcialidad como **decisor** del fondo del conflicto penal (STC 145/1988, FJ 7; también, STC 60/1995, FJ 6). Señala recientemente la STC 143/2006 que, «si bien la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional es una de las actuaciones que, abstractamente consideradas, pueden gene-

rar en quienes las efectúan un prejuicio o idea preconcebida acerca de la participación del imputado en los hechos enjuiciados y de su culpabilidad, no debemos perder de vista que, conforme a la doctrina constitucional expuesta, se impone un análisis circunstancial de la cuestión sin apriorismos de los que este Tribunal ha huido constantemente», siendo lo decisivo «tal como hemos dicho al abordar si el enjuiciamiento en segunda instancia de recursos deducidos contra resoluciones sobre prisión provisional compromete o no la garantía de imparcialidad judicial (ATC 68/2002, de 22 de abril, y resoluciones en él citadas), [...] si el veredicto que se contiene en las resoluciones pretendidamente “contaminantes de la imparcialidad judicial” es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad» (FJ 4).

b) Bien distinta es la cuestión abordada en la STC 98/1997, atinente a si **el Juez de Instrucción** quedaba contaminado para la decisión acerca de la prisión del imputado por el hecho mismo de haber instruido la causa y, dentro de ella, el incidente relativo a dicha situación personal. Si bien no parece discutible que quien dilucida y decide sobre algo tan trascendente como la libertad no pueda quedar al margen de la imparcialidad en cualquiera de sus vertientes, «que solo desde la imparcialidad cabe adoptar una resolución judicial como la que nos ocupa» (FJ 3), sí que lo es que, atendida la naturaleza de la decisión, forme parte del contenido constitucional de la imparcialidad el que quien la adopte no sea el instructor de la causa. Y ello porque «la prisión provisional es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento, de otra, de la administración de justicia penal. La correcta adopción de la decisión sobre la situación personal del imputado y su efectividad requieren, respectivamente, el conocimiento por parte del órgano decisor de toda la información relevante procesalmente dis-

ponible y, normalmente, la sujeción personal del imputado, lo que agrava cualquier demora en la resolución» (FJ 3). A la vista de todas estas circunstancias, «la específica garantía que ahora exige el demandante de amparo como componente inexcusable de la imparcialidad objetiva, es decir, la sustitución del Juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental. Sin necesidad, en efecto, de recordar la proyección que en esta garantía ocupa su propio carácter judicial, la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada» (FJ 4).

B) Motivación

a) Lo esencial para apreciar si se ha producido una lesión del art. 17.1 CE no es solo que el auto prive injustificadamente de libertad al imputado, sino también que dicha decisión de privación no venga acompañada de una motivación suficiente y adecuada, pues la explicación del órgano que adopta la resolución es normalmente la única vía para analizar su justificación —su razonabilidad, su proporcionalidad— y, en cualquier caso, la vía idónea para ello y de obligado tránsito para el Juez o el Tribunal. Así, la prisión provisional puede determinar la **lesión del derecho fundamental a la libertad** cuando la misma carezca de justificación, cosa que sucederá en cualquier caso cuando las razones aducidas por el Juez sean inaceptables, pero también, salvo excepción, cuando el Juez no aporte razón alguna o cuando las que aporte sean insuficientes. La «motivación que ha de ser “suficiente y

razonable”, entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego —la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro— a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional» (STC 152/2007, FJ 2).

Lo trascendente en realidad es que la prisión sea razonable y no que sea razonada. Lo que sucede es que normalmente solo sabremos lo primero si sucede lo segundo: como lo razonable es en principio la libertad y no la prisión, para la justificación de esta será normalmente imprescindible conocer los motivos que expone el órgano judicial para deshacer la fuerte presunción *pro libertate*. Tajante ha sido al respecto el Tribunal Constitucional: «En efecto, más allá de las menciones del apartado segundo del art. 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión provisional hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial —entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión— y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues solo en aquella van a ser cognoscibles y supervisables estas. De este modo, amén de al genérico derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 66/1989, FJ 5; 9/1994, FJ 6; 13/1994, FJ 6), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de un de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la

privación de libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma» [STC 128/1995, FJ 4.a)].

b) Será necesario que la motivación tenga los elementos suficientes para la realización de un **análisis de proporcionalidad** de la medida, sin que sea imprescindible que dicho análisis se exprese en el auto judicial. Dichos elementos habrán de ser, por de pronto, los caracteres esenciales de la imputación y la finalidad que persigue la medida privativa de libertad; la STC 44/1997 habla al respecto de «la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente perseguido» [FJ 5.b); también, STC 67/1997]. Deben consignarse, además, respecto al primero de los elementos citados, los datos que aporta la investigación respecto a la probabilidad de culpabilidad, y respecto al segundo, «las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado» [STC 128/1995, FJ 4.b)], que sostienen la concurrencia del riesgo que se quiere conjurar y, con ello, la funcionalidad concreta de la medida.

c) La suficiencia de la motivación debe medirse en relación con la **información disponible** en el momento en el que se adopta la decisión. Procede recordar que la decisión relativa a la libertad del imputado es la salida necesaria e indiferible a una encrucijada en la que en todos los caminos se vislumbran luces y sombras, lo que obliga a calibrar la corrección de la opción judicial desde la perspectiva que impone el cruce «entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano» (STC 41/1982, FJ 2). Así, en relación con la constatación del riesgo de fuga, «si bien es cierto que “en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional [...], así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena”, también lo es que “el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias” y obliga a ponderar “los datos perso-

nales así como los del caso concreto” [STC 128/1995, FJ 4.b); también, SSTC 37/1996, FJ 6. A); 62/1996, FJ 5] [STC 44/1997, FJ 5.b)]. Y así, en el supuesto que enjuiciaba la sentencia citada se concluía que «(c)uando el Juez adoptó la decisión, no había pasado aún un mes desde el inicio de la instrucción y el único dato descolante era el de la indiciaria comisión de un delito calificable inicialmente como grave por parte de ciudadanos extranjeros que no cabe descartar que formen parte de una organización. Que en esta tesitura el Juzgado optara por la prisión y no por la libertad, y sustentara su opción en la conjuración de un riesgo de fuga sostenido solo por la gravedad de la imputación y de la pena amenazante, no puede calificarse en este caso concreto como una decisión ilógica o injustificada y excesivamente preservadora del proceso en detrimento de la libertad» (FJ 7).

d) En esta materia no son aceptables los razonamientos puramente abstractos, referidos solo al tipo de caso o al tipo de imputado. No se trata así de afirmar, por ejemplo, que los imputados por cierto tipo de delitos suelen escaparse a la acción de la justicia si se les deja en libertad, sino que el **concreto** imputado, en atención a sus individuales circunstancias personales, profesionales y familiares, no va a comparecer en el proceso si se le deja en libertad.

En la tarea de avalar desde un punto de vista externo la suficiencia de la motivación de la privación provisional de libertad ha intentado el Tribunal Constitucional asentar modelos de razonamiento suficientes e insuficientes, procurando de este modo aportar seguridad constitucional a la labor de los órganos judiciales. Punto de partida es que su control es un control limitado y externo: es a los órganos de la jurisdicción ordinaria a quienes compete en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, puesto que tales órganos son los únicos que gozan de la inmediatez necesaria para ello. Al Tribunal Constitucional, en su tarea de pro-

tección del derecho fundamental a la libertad, le corresponde controlar que dicha justificación, articulada a través de la motivación de las resoluciones judiciales, se lleve a cabo ponderando los derechos e intereses en conflicto y resolviendo de forma acorde con los fines legítimos que permiten justificar la limitación cautelar de la libertad personal (por todas, SSTC 128/1995, FJ 4; 66/1997, FJ 4; 47/2000, FJ 7; 179/2005, FJ 4; 35/2007, FJ 2; 152/2007, FJ 3).

Modelos de razonamiento de aquel tipo serían los siguientes:

— Salvo en el primer estadio de la instrucción, el riesgo de fuga no puede sustentarse solo en la **cuantía de la pena** que amenaza al imputado (SSTC 128/1995, FJ 4; 33/1999, FJ 6; 61/2001, FJ 4; 94/2001, FJ 6).

— La **proximidad de la celebración del juicio oral** como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar tiene «un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, SSTC 128/1995, FJ 3; 66/1997, FJ 6; 146/1997, FJ 5; 33/1999, FJ 6; 35/2007, FJ 2)» (STC 35/2007, FJ 2); «(e)sta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya» (STC 66/1997, FJ 6).

— En la prisión del **extraditible** constituye un sólido indicio del riesgo de fuga el hecho

de que ya haya eludido la acción de la justicia del Estado reclamante (STC 71/2000, FJ 6).

— Las **resoluciones estereotipadas** no comportan por ese solo hecho que sean resoluciones insuficientemente motivadas desde la perspectiva de la libertad (SSTC 33/1999, FJ 5; 8/2002, FJ 5).

— Las **resoluciones por remisión** a otras no comportan por ese solo hecho que sean resoluciones insuficientemente motivadas desde la perspectiva de la libertad (SSTC 33/1999, FJ 5; 304/2000, FJ 5; 61/2001, FJ 3).

— Aunque el **dictado de una sentencia condenatoria** por un delito grave «puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia» (STC 62/1996, de 15 de abril, FJ 7), aquel dato no puede funcionar como un automatismo para el dictado de la prisión (STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 4).

e) El **secreto del sumario** autoriza a impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial, pero no permite ocultar al afectado las razones básicas que determinan su prisión a efectos de hacerle posible proceder, en su caso, a la impugnación del auto por la vía procesal adecuada (SSTC 18/1999, FJ 4; 12/2007, FJ 2).

C) *Inmediación*

La garantía de inmediación debe atemperarse a su concreta necesidad en función de la reiteración del incidente. Como la cuestión acerca de la libertad o la prisión provisionales del imputado puede ser suscitada por este siempre que así lo tenga a bien, podría llegar a carecer de sentido en el concreto incidente procesal así generado lo que respecto a la adopción o la prórroga de la prisión se presenta como aconsejable o como imprescindible. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en su STC 108/1997: «Tampoco cabe entender que estemos en este

concreto supuesto (comparecencia del imputado previa a la decisión sobre la continuación de la prisión provisional en la tramitación del recurso de casación) ante una garantía directamente exigida por la Constitución, es decir, ante una garantía que, aun no estando expresamente contemplada en la ley, debiera estarlo o debiera integrar necesariamente su interpretación. Repárese, en primer lugar, en abstracto, en que las decisiones sobre la situación personal del imputado no solo le vienen impuestas al Juez en determinados momentos procesales por la ley, sino que pueden ser también instadas en cualquier momento por el imputado afectado cuantas veces lo estime conveniente. De ahí que en ocasiones la garantía de comparecencia pueda resultar no solo innecesaria, sino también, por ello, dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento. De ahí, también, que el legislador haya optado en la actualidad por reservar tal exigencia para las decisiones de empeoramiento de la situación del imputado en términos de libertad. Repárese asimismo, en concreto, en que en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una decisión de confirmación que la ley impone al Tribunal respecto a una situación que el mismo había ya confirmado unos días antes en la sentencia condenatoria y que había venido precedida entonces de la correspondiente vista oral» (FJ 2).

D) *Cosa juzgada*

Como la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional «obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente» (STC 66/1997, FJ 1), «ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables». Ello no proporciona «cober-

tura a modificaciones arbitrarias de la personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas

con anterioridad, o incluso en una reconsideración —plasmada en la resolución judicial— de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica» (STC 65/2008, FJ 3).

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., y MARTÍNEZ JARIOD, A., «La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 107, 2012, págs. 271 y ss.

BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.

BELLIDO PENADÉS, R., «La duración de la prisión provisional (I y II): su limitación mediante los parámetros del plazo máximo y del plazo razonable», *Tribunales de Justicia*, núm. 6, 1988, págs. 627 y ss.; núm. 7, 1998, págs. 709 y ss.

CAMPANER MUÑOZ, J., «Hacia el 30.º aniversario de la trivialización de las detenciones ilegales: o de la inoperancia del procedimiento de *Habeas Corpus*», en *Diario La Ley*, núm. 8141, 2013.

CARRARA, F., «Inmoralidad de la prisión provisional», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1999, págs. 7 y ss.

DAMIÁN MORENO, J., «La prisión provisional en el marco del sistema cautelar penal», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (Coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 1791 y ss.

GIMENO SENDRA, V., *El proceso de habeas corpus*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid (corr., act. y amp. por VECINA CIFUENTES, J.), 1996.

JORGE BARREIRO, A. J., «La reforma de la prisión provisional: Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003 y la doctrina del Tribunal Constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, págs. 37 y ss.; núm. 52, 2005, págs. 41 y ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Fines legítimos de la prisión provisional», *Aranzadi. Repertorio del Tribunal Constitucional*, 1998, tomo IV, págs. 321 y ss.

— «Prisión provisional mínima», en COSTA ANDRADE, JOÃO ANTUNES, AIRES DE SOUSA (Coords.), *Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, págs. 897 y ss.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Abono de la prisión provisional y Tribunal Constitucional: crónica del espejismo de un conflicto que era un problema de calidad de la ley», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, págs. 347 y ss.

SORIANO, R., *El derecho del «habeas corpus»*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

Artículo 18

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
 2. *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
 3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*
 4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*
-

Sumario general:

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por **JAVIER PARDO FALCÓN**

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, por **RAFAEL ALCÁCER GUIRAO**

El secreto de las comunicaciones, por **TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS**

La protección de datos, por **JAVIER PARDO FALCÓN**

ARTÍCULO 18.1

LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

Sumario: I. La constitucionalización de los denominados derechos de la personalidad. II. El derecho al honor. 1. El honor como concepto vinculado a los valores sociales y constitucionales. 2. La titularidad del derecho al honor: un derecho de la personalidad susceptible de disfrute por las personas jurídicas. 3. Los límites del derecho al honor: de la garantía del animus iniuriandi a la prevalencia de las libertades de expresión. III. El derecho a la intimidad personal y familiar. 1. ¿De una concepción objetiva a otra subjetiva de la intimidad? 2. La intimidad como derecho exclusivamente predicable de las personas físicas. 3. Los límites del derecho a la intimidad: el criterio determinante de la relevancia pública. IV. El derecho a la propia imagen. 1. La necesaria desvinculación entre el derecho a la propia imagen y la privacidad de la persona. 2. La imagen personal como presupuesto de la titularidad del derecho. 3. La exigencia de la relevancia pública de la imagen más allá de las circunstancias personales y espaciales de lo captado.

JAVIER PARDO FALCÓN
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DENOMINADOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A pesar de incluirse en el núcleo duro de su parte dogmática, no parece que el reconocimiento de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen fuera objeto de particular atención por el constituyente español en el momento en que se estaba elaborando la Constitución (CE) de 1978. Como puede comprenderse, para una sociedad y una clase política mayoritariamente ansiosas por establecer los instrumentos jurídico-políticos que aseguraran de modo firme la transición de un régimen autoritario a un sistema democrático, eran sobre todos los derechos políticos inherentes a este último (sufragio universal activo y pasivo), las libertades públicas que constituyen su presupuesto (ideológica y de expresión; derechos de reunión, asociación o sindicación) y algunos

derechos pertenecientes al ámbito privado hasta entonces imposibles de ejercer (divorcio) los realmente considerados de inclusión imprescindible en el nuevo texto constitucional, en cuanto muestra evidente de la irreversible incorporación de España, tras décadas de retraso, al privilegiado club de países de la Europa democrática.

Desde luego, a la vista de la evolución de las sociedades occidentales, es posible que a gran parte de sus ciudadanos les resulte muy difícil hoy imaginarse su propia existencia sin la garantía al más alto nivel jurídico de estos derechos tan estrechamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, por utilizar una de las expresiones *pórtico* del art. 10.1 CE. Sin embargo, a finales de los años setenta del pasado siglo en la mayoría de los Estados europeos los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen no se percibían, a diferencia de lo que ahora empieza a suceder,

como pilares básicos de un sistema de libertades. Más bien al contrario, su reconocimiento en los distintos ordenamientos jurídicos obedecía a la necesidad de establecer un contrapeso tal vez odioso pero sin duda necesario a las libertades de expresión e información, que sí ostentaban de manera indiscutible aquella condición, aunque tampoco pudieran ser consagradas con carácter absoluto. Esta misma percepción se tenía también en nuestro país hace tres décadas, y muy particularmente por lo que al derecho al honor se refiere, pues el honor era uno de los valores básicos, al menos en apariencia, de la moral pública de una sociedad educada en una serie de principios ideológicos como eran los de la dictadura franquista, con unas fuertes connotaciones militaristas que impregnaban todos los ámbitos de relación social, incluidos los privados.

En este sentido, la expresa referencia que hace el art. 20.4 CE al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite de las libertades de expresión e información va a posibilitar en un primer momento su concepción por parte de Jueces y Tribunales como bienes jurídicos que delimitan el ejercicio de estas libertades. Así va a suceder de manera singular en el tratamiento judicial de los primeros conflictos entre las libertades de expresión o información, por un lado, y el derecho al honor, por otro, resueltos mayoritariamente en clave de evidente subordinación de las primeras al segundo. Tal circunstancia obligará a intervenir al Tribunal Constitucional (TC) al objeto de rectificar unos criterios de ponderación muy alejados del nuevo sistema de valores que representaba la CE.

Con todo, no cabe deducir de lo anterior que el derecho al honor pero también a la intimidad o a la propia imagen hayan tenido que esperar para su reconocimiento y garantía en nuestro ordenamiento jurídico a su proclamación en el actual texto constitucional. Muy al contrario, el entendimiento de estos tres derechos como integrantes inequívocos de las

más etérea categoría, de origen italiano, de los **derechos de la personalidad** estaba ya fuera de discusión al menos desde la pasada década de los cincuenta, como pusieron de manifiesto algunos de nuestros civilistas más destacados de la época (CASTÁN TOBENAS, 1952; DE CASTRO Y BRAVO, 1959). Ahora bien, aunque tales derechos gozaran en nuestro ordenamiento jurídico preconstitucional de un cierto, aunque desigual, sistema de garantías, la fijación de sus respectivos contenidos tal y como los entendemos en la actualidad obedece a dos circunstancias muy concretas: la primera, la aprobación por las Cortes Generales de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/1982); y la segunda, la importantísima jurisprudencia del TC sobre esta materia, que vinculará estos derechos no solo con la personalidad, sino también, y de manera muy especial, con el principio, recogido en el art. 10.1 CE, de la «**dignidad de la persona**» (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 1).

Cumpliendo con su primera finalidad, la LO 1/1982 ha tenido sobre todo relevancia a la hora de determinar la actuación de la jurisdicción ordinaria, particularmente en el ámbito civil. En cambio, el TC, sin prescindir de ella por completo, no se ha sentido especialmente vinculado por sus concretos postulados a la hora de proceder a la interpretación constitucional de estos derechos. Algo por otra parte lógico, ya que ni la citada ley, muy breve, pretendía una regulación pormenorizada de los mismos, ni tampoco tal cosa resultaba conveniente si tenemos en cuenta que, a diferencia de otros derechos fundamentales, los derechos de la personalidad no son en sentido estricto *derechos de configuración legal*, lo que los hace jurisdiccionalmente muy asequibles y especialmente idóneos para la aplicación directa que se infiere del art. 53.1 CE. Consecuente con ello resulta, pues, que la LO 1/1982, lejos de proporcionar algún tipo de definición de los derechos que regula, se limite a esta-

blecer que su protección civil «quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia» (art. 2).

Uno de los primeros debates que suscitó la redacción del art. 18.1 CE fue el de si honor, intimidad y propia imagen se configuraban como tres derechos autónomos o más bien como la triple vertiente de un único y más genérico derecho a la *privacidad*, término este de uso corriente, tanto en el Derecho europeo continental como en el anglosajón. Aunque la LO 1/1982 tampoco contribuía a poner demasiada luz sobre el asunto, el TC, partiendo siempre de «su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección moral de las personas», terminaría por afirmar de modo concluyente la **autonomía** de estos tres derechos en tanto que dotados de un contenido propio y específico, de manera que «la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás» (STC 156/2001, de 2 de julio, FF. JJ. 2 y 3). Tal consideración, que se sigue manteniendo hasta hoy, justifica el tratamiento separado de cada uno de ellos, que vamos a efectuar a continuación a partir de la estructura clásica del estudio de los derechos fundamentales individualmente considerados, basada en el análisis de su contenido, titularidad y límites.

II. EL DERECHO AL HONOR

Como ya se ha apuntado, a diferencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, cuya relevancia en nuestro Derecho preconstitucional había sido prácticamente nula, caso del primero, o limitada a su dimensión patrimonial, en el del segundo, la efectiva garantía a nivel jurídico del derecho al honor no empieza ni muchos menos con su reconocimiento en la CE. Por el contrario, si no como derecho fundamental (concepto este sin encaje en un régimen político antidemocrático),

sí como bien jurídico protegido, el honor tenía ya un contenido bastante delimitado en nuestro ordenamiento gracias sobre todo a la labor de la jurisdicción penal, aunque careciera de los límites naturales a que había de someterse en el nuevo marco jurídico-político, basado en la democracia, el pluralismo y, en definitiva, el régimen de libertades configurado por el nuevo texto constitucional. Es esta una de las razones que contribuyen a explicar por qué el TC es consciente de la necesidad de sentar cuanto antes su doctrina sobre el contenido constitucional del derecho al honor, lo que conseguirá relativamente pronto, constriñendo —como solo él podía hacerlo— a los órganos judiciales a interpretar las intromisiones en el honor de las personas en el contexto de esa nueva realidad jurídico-política que se abría paso en nuestro país (PARDO FALCÓN, 1992, 176).

1. El honor como concepto vinculado a los valores sociales y constitucionales

Aunque en alguna de sus primeras resoluciones el TC esbozara ya el concepto de honor garantizado por la CE (ATC 106/1980, de 26 de noviembre), habrá que esperar hasta principios de la década de los noventa del siglo pasado para que efectúe sus primeras aproximaciones al concepto constitucional de honor, aunque sea partiendo de la idea de que se trata de un **concepto jurídico indeterminado** a cuya determinación tampoco ayuda mucho la referencia contenida en el art. 7.7 de la LO 1/1982, que lo relaciona con la «fama» o, todavía más confusamente, con la «*propia* estimación». Así, para el TC la definición de honor debe buscarse «en el lenguaje de todos», resultando su contenido «lábil y fluido, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento», pero siempre bajo el denominador común de que todos los ataques o intromisiones en el ámbito de protección de este derecho suponen el «desmerecimiento en la consideración ajena» (SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 170/1994,

de 7 de junio, FJ 3); y ello no solo mediante imputaciones orales o escritas que originen este efecto, sino también mediante la divulgación de la imagen de la persona en un contexto que produzca ese mismo resultado (STC 14/2003, de 28 de enero). Además, y a pesar de alguna primera resolución un tanto equívoca al respecto (STC 40/1992, de 30 de marzo), el TC va a entender también que el honor alcanza al **prestigio profesional** (SSTC 223/1992, de 14 de diciembre; 76/1995, de 22 de mayo), llegando a considerar con posterioridad que la actividad profesional se configura como una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad (SSTC 180/1999, de 11 de octubre; 282/2000, de 27 de noviembre; 9/2007, de 15 de enero).

Conforme a esta doctrina general, parece claro que el TC se ha inclinado por una concepción del honor desde la **perspectiva objetiva**, que sitúa pues el criterio para determinar los actos que puedan entenderse por «afrentosos» para una persona en el entendimiento que la propia la sociedad tenga de ellos en cada momento. No obstante, lejos de identificar siempre esta perspectiva objetiva con la moral social a la sazón imperante, el TC ha puntualizado también que determinadas imputaciones que de acuerdo con dicha moral pudieran considerarse deshonorosas no pueden entenderse como tales conforme a los valores sociales y políticos que subyacen a los derechos y principios proclamados en la CE. Este sería el caso, por ejemplo, de la retirada forzosa del Ejército por motivos políticos durante el régimen anterior, que en modo alguno puede suponer «mancha en el honor de la persona» (ATC 46/1980, de 13 de octubre). Esta firme doctrina constitucional de interpretación a la luz de los valores y principios constitucionales de conceptos que, como el honor, prefiguran derechos fundamentales ha tenido una de sus más elocuentes aplicaciones sobre uno de los ámbitos sociales más resistentes a su adaptación a esos nuevos valores y principios, caso del militar,

hasta el punto de haber supuesto prácticamente el fin de un instituto, reconocido de manera un tanto vergonzosa por nuestra CE, como es el de los **Tribunales de honor** (STC 151/1997, de 29 de septiembre).

2. La titularidad del derecho al honor: un derecho de la personalidad susceptible de disfrute por las personas jurídicas

Tratándose de uno de los derechos más típicos de la personalidad, pudiera parecer fuera de toda duda que titulares del derecho constitucional al honor solo podrían ser las personas físicas. Así pareció entenderlo también el propio TC inicialmente, sobre la base de que «el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas» (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2).

Con posterioridad, sin embargo, de manera un tanto confusa y no demasiado convincente, ha matizado que el derecho a la propia estimación o buen nombre no es patrimonio exclusivo de aquellas. Ya en una sentencia con connotaciones muy singulares, la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso *Violeta Friedman*), el TC reconocería que «también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad» [FJ 6.b)]. Algún tiempo después, con referencia a esta controvertida resolución, y también aplicando al derecho al honor su doctrina general de reconocimiento a las **personas jurídicas** de la titularidad de aquellos derechos fundamentales que por su propia naturaleza así lo exijan, entiende, de manera un tanto farragosa, que «a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, pue-

de 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» (STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5). Como consecuencia de esta doctrina ha reconocido la titularidad del derecho fundamental al honor de una compañía mercantil relacionada por un diario, de manera inveraz, con la corrupción de altos responsables de la Guardia Civil de Tráfico; o a otra entidad privada, titular de un local para esparcimiento de la juventud, al que una publicación había vinculado también falsamente con el tráfico de drogas (SSTC 139/1995, de 26 de septiembre; 183/1995, de 11 de diciembre). En cambio, lo que sí ha dejado claro el TC es la inidoneidad de las **personas jurídico-públicas** para ser titulares del derecho al honor *ex art. 18.1 CE*, considerando respecto de estas que «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» (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; también STC 51/1989, de 22 de febrero).

En cierta correspondencia con lo anterior, si bien una cosa no debe necesariamente conducir a la otra, en aquellas ocasiones en las que le ha sido planteada la cuestión el TC ha descartado la posibilidad de que las instituciones jurídico-públicas, en el ejercicio legítimo de sus funciones, puedan vulnerar el derecho al honor. Así ocurre, en efecto, por razones que no necesitan de mayor explicación, con la publicación en boletines públicos de sanciones administrativas, como tales inmediatamente ejecutivas (STC 165/1995, de 20 de noviembre); la relación de los antecedentes o hechos probados que se hacen constar en las sentencias (SSTC 16/1981, de 18 de mayo; 100/1987, de 12 de junio); la imposición de medidas cautelares que suponen la impu-

tación de un delito, caso de los autos de procesamiento o libertad provisional bajo fianza (ATC 487/1984, de 26 de julio; STC 85/1989, de 10 de mayo); y, en general, con la mención en expedientes administrativos o judiciales seguidos con todas las garantías de conductas que pudieran considerarse deshonorosas. Pues, como indica el TC, «el daño que el honor de quien sigue tal conducta puede sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus **propios actos**» (STC 50/1983, de 14 de junio, FJ 3). Mucho más dudosa parece en cambio la misma conclusión en relación con la práctica, muy arraigada en el ámbito de nuestras Corporaciones locales, aunque sin fundamento legal preciso, de declarar *non grata* a una determinada persona. El TC, sin embargo, no se ha atrevido a declarar en sí mismo este tipo de declaración pública como contraria al derecho constitucional al honor. Sin embargo, sí ha aprovechado la ocasión para afirmar que «no puede equipararse la posición de los ciudadanos de libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de su derecho fundamental a la libertad de expresión, a la de tales instituciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales ciertamente no se encuentra el de atribuir calificativos a sus administrados» (STC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4). Con todo, ha puntualizado más recientemente que a la información vertida por las instituciones públicas en el ejercicio de sus funciones le resultan exigibles los requisitos de veracidad y relevancia pública, del mismo modo que ocurre con los particulares (STC 244/2007, de 10 de diciembre).

Por último, no deja de llamar la atención, justamente por su indiscutida condición de derecho vinculado a la personalidad, que el TC haya entendido (en abierta contradicción con lo establecido en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982) que el derecho al honor, en el caso de las personas físicas, no se extingue

con la **muerte**, como debiera ser también lo lógico conforme a su propio carácter. Así pues, los herederos legales del fallecido no solo pueden impetrar la actuación de la jurisdicción civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas en el mismo al objeto de obtener una reparación de índole esencialmente patrimonial, como expresamente reconoce la LO 1/1982 (art. 4). También les resulta posible, pues el TC lo ha admitido expresamente, interponer un recurso de amparo para la defensa del derecho de su causahabiente en su dimensión estrictamente constitucional y personal (ATC 46/1980, de 13 de octubre; SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre; 43/2004, de 23 de marzo). No obstante, lo anterior no ha sido obstáculo para que con posterioridad el TC haya afirmado que con la muerte de una persona su reputación se vincula sobre todo a «la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados», de modo que «no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas» (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 6).

3. Los límites del derecho al honor: de la garantía del *animus iniuriandi* a la prevalencia de las libertades de expresión

Con ser importantes las consideraciones efectuadas por el TC a lo largo de estas cuatro décadas de vigencia del texto constitucional sobre el contenido o la titularidad del derecho fundamental al honor, el aspecto más problemático que la práctica ha ido revelando en relación con este derecho es sin duda el de sus límites, y muy en particular, como se ha apuntado ya, cuando entra en natural conflicto con las libertades de expresión o información.

En este sentido, lo primero que llama la atención ha sido la necesidad, apreciada por nuestro Juez constitucional, de contrarrestar esa posición de cierta supremacía de los derechos de la personalidad por la que el cons-

tituyente parecía haber optado con la referencia expresa a estos como límite de las libertades de expresión en el art. 20.4 CE; referencia que sirvió de fundamento durante los primeros años de vigencia de la CE a los órganos de la jurisdicción ordinaria (y en particular de la penal) para resolver los conflictos entre el derecho de honor y las libertades de expresión casi sistemáticamente a favor del primero, al asimilar la concurrencia del *animus iniuriandi* integrante del delito de injuria con la vulneración del derecho al honor. Puede comprenderse que en este contexto el TC asumiera con decisión la responsabilidad de rectificar una forma de actuación de la jurisdicción penal que incluso soslayaba cualquier ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto, advirtiendo ya de entrada la sustancial variación experimentada por la relación de prevalencia entre el derecho al honor y las libertades de expresión tras la entrada en vigor de la CE, al constituirse estas últimas en «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» (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5, con cita de la STC 12/1982, de 31 de marzo). La proyección inmediata de esta doctrina general al ámbito de la jurisdicción penal no se hará esperar mucho, pues poco después el TC confirmará la insuficiencia del criterio subjetivo del *animus iniuriandi* para conferir una primacía automática al derecho al honor sobre las libertades de expresión e información. En consecuencia, el Juez habrá de determinar, tras la imprescindible ponderación caso por caso de los derechos en conflicto, «si el ejercicio de esas libertades constitucionales protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad» (STC 107/1988, de 6 de junio, FJ 2).

Esta singular (aunque no por ello menos obvia) vinculación que hace el TC entre la opinión pública libre y las libertades de ex-

presión e información le condujo poco después a proclamar, de manera expresa, el valor o la posición «preferente» e incluso la «jerarquía institucional» de las libertades de expresión e información frente a derechos como el honor, al menos cuando la libertad de información se ejercita a través de medios de comunicación institucionalizados (SSTC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10; 105/1990, de 6 de junio, FJ 4), pero nunca desde luego, con carácter absoluto (SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre, FF. JJ. 5 y 2, respectivamente). Este principio, un tanto sorprendente, de **prevalencia** de unos derechos constitucionales sobre otros llevó a algún sector doctrinal a poner de manifiesto su falta de coherencia con el método ponderativo que el TC utilizaba para resolver los conflictos entre las libertades de expresión y los derechos del art. 18.1 CE, el cual solo tenía sentido entre derechos considerados en principio de igual valor (MUÑOZ MACHADO, 1988). Ciertamente, la afirmación por nuestro Juez constitucional de tal prevalencia ha sido más teórica que real, ya que siempre ha resuelto los conflictos en cuestión atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto (por todas, STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 3).

Efectivamente, el TC se ha considerado competente a través de su jurisdicción en amparo para determinar si la ponderación judicial ha sido respetuosa en cada caso con el contenido constitucionalmente declarado de cada uno de los derechos en conflicto, aunque para tal fin tenga que acudir a criterios distintos de los utilizados por la jurisdicción ordinaria (SSTC 94/1994, de 21 de marzo; 282/2000, de 27 de noviembre). Y ello aun reconociendo que esta ponderación judicial de los derechos fundamentales en juego no tiene por qué ser igual en el ámbito de la jurisdicción civil que en el de la penal, en la que, obviamente, para adquirir relevancia la intromisión en el derecho al honor debe encajar además en algún tipo delictivo (STC 297/1994, de 14 de noviembre). A tales efectos, el TC ha establecido algunos **criterios básicos** de indudable tras-

cendencia para que esta labor de ponderación se lleve a cabo de manera conforme con la CE, si bien se le ha criticado que no siempre se haya conformado con controlar su utilización por los órganos judiciales y haya entrado a valorar asimismo su correcta aplicación al caso concreto, irrumpiendo de esta manera en un ámbito más propio ya de la jurisdicción ordinaria (MEDINA GUERRERO, 2002). Dichos criterios, fijados muy pronto y que no han experimentado sustanciales alteraciones hasta hoy, han sido establecidos desde la perspectiva de las libertades de expresión e información del art. 20 CE y hacen esencialmente referencia a la veracidad, el interés público y el tratamiento adecuado de lo que se divulga. Al objeto de evitar posibles reiteraciones con el comentario de este otro artículo, nos ceñiremos aquí a destacar algunos de los aspectos más estrechamente relacionados con el derecho al honor.

Ante todo, y siempre que la posible afectación del derecho al honor se produzca como consecuencia del ejercicio, al menos predominante, de la libertad de información (es decir, la divulgación de hechos susceptibles, por tanto, de comprobación) para que cualquier intromisión en aquel no pueda reputarse como ilegítima es necesario que la **información** divulgada sea **veraz**. Ahora bien, dicho concepto lo entiende el TC de una manera formal y no material, en el sentido de que lo que resulta constitucionalmente exigible es el despliegue de «un específico deber de diligencia» en la comprobación razonable de la noticia por el informador, sin que el ejercicio legítimo de la libertad de información pueda verse afectado por «errores informativos intrascendentes», carentes como tales de entidad para lesionar el honor (STC 171/1990, FJ 8). Por contra, ese legítimo ejercicio puede quedar sin cobertura constitucional como consecuencia, por ejemplo, de la insuficiencia de la remisión a fuentes anónimas o no identificadas (STC 21/2000, de 31 de enero), así como de la presentación de informaciones de manera sesgada y desmerecedora de la consideración de una persona bajo la aparien-

cia de un «reportaje neutral» (STC 139/2007, de 4 de junio). También ha puntualizado el TC que la rectificación de una información inveraz no repara por sí misma la eventual lesión que haya podido producirse en el derecho al honor, aunque sí puede atenuarla (STC 40/1992, de 30 de marzo). Por el contrario, cuando la afectación del derecho al honor se produce como consecuencia del ejercicio predominante de la libertad de expresión — esto es, la exteriorización de opiniones por su propia génesis subjetivas— la veracidad no resulta comprobable ni, por tanto, exigible (STC 107/1988, FJ 2). En todo caso, la crítica desproporcionada de resoluciones judiciales que puedan causar grave daño al honor profesional de los jueces hasta el punto de menoscabar la confianza en la justicia, puede afectar a dicho derecho (STC 65/2015, de 13 de abril). De otra parte, el derecho al honor puede no prevalecer sobre el derecho a la producción literaria [art. 20.1.b) CE], caso de los pasajes de una novela en la que se vierten términos sobre personajes reales que no pueden considerarse vejatorios, ya que este último derecho protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva, como es la literaria (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 7). Por otra parte, para el TC las **personas públicas** tienen como regla general una protección más limitada del derecho al honor que las que carecen de dicha condición, aunque ello no puede ser interpretado sino como una consecuencia de la relevancia pública que suele poseer toda información —y en algunos casos también opinión— sobre aquellas, de manera que determinados asuntos o temas carentes en sí mismos de interés público pueden alcanzar esta dimensión por la condición pública de las personas involucradas (SSTC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10; 171/1990, FJ 5). Lógicamente, y de manera inversa, un hecho de interés público que afecta a una persona no pública también afecta al ámbito de protección de su derecho al honor, que se ve así re-

ducido (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre; 132/1995, de 11 de septiembre).

Finalmente, el **tratamiento adecuado** de la información no significa otra cosa que el menor sacrificio posible del derecho al honor de la persona afectada, evitando expresiones, insinuaciones o incluso narración de hechos innecesarios desde la perspectiva del interés público de lo informado o expresado. Es respecto a esta exigencia donde el método ponderativo debe desplegar verdaderamente todos sus recursos (paradigmáticas a este respecto resultan las SSTC 171 y 172/1990, de 12 de noviembre; en especial, FF. JJ. 10 y 4, respectivamente). No obstante, el TC también ha establecido ciertos límites que podrían considerarse muy cualificados por cuanto conllevan casi de manera indefectible la vulneración del derecho al honor, caso de los insultos y en general las expresiones o calificativos formalmente injuriosos proferidos sin justificación en el contexto de lo que se pretende divulgar (SSTC 105/1990, de 6 de junio; 170/1994, de 7 de junio; 232/2002, de 9 de diciembre), pudiendo atenuarse o incluso desaparecer la protección del derecho en el marco de una disputa con descalificaciones mutuas entre las partes (SSTC 79/1995, de 22 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero). En todo caso, el TC parece haber establecido un ámbito en la consideración pública de cualquier persona absolutamente intangible, dada su vinculación inmediata con su propia dignidad, pero también con su honor: se trata del que atañe a su origen racial o étnico, de modo que las manifestaciones de carácter racista o xenófobo, por su propia naturaleza e intencionalidad, llevan intrínsecamente aparejada una vulneración del derecho al honor de los afectados por las mismas (STC 214/1991, de 11 de noviembre). En este mismo sentido, otra cualificada afectación al derecho al honor y a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), lo constituye una entrevista en televisión realizada a un discapacitado físico y psíquico, sin declaración judicial de incapacidad ni consentimiento válido y eficaz, carente de interés y relevancia pública (STC 208/2013, de 16 de diciembre).

III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

A diferencia del derecho al honor, el derecho a la intimidad va a precisar de una completa construcción dogmática a partir de su reconocimiento en el art. 18.1 CE. En efecto, ni la intimidad había tenido hasta entonces existencia como tal derecho en nuestro ordenamiento jurídico preconstitucional, ni su salvaguarda constituía verdaderamente a finales de los pasados años setenta una exigencia de la sociedad española, más preocupada en aquella época por otras garantías sistemáticamente vulneradas por el régimen franquista, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones.

Este punto de partida es plenamente asumido también por el TC, consciente de la enorme potencialidad que un derecho fundamental como la intimidad estaba destinada a desplegar en las sociedades desarrolladas de finales del siglo xx. Así lo manifiesta en fecha muy temprana, explicando que «el avance de la **tecnología** actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto de la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de la vida privada. De ahí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que, por cualquier medio, puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3). En todo caso, el derecho a la intimidad sufre una crisis conceptual hasta el punto de considerarse «un derecho en demolición y necesitado de reconstrucción» (REVENGA SÁNCHEZ, 2016).

Transcurridas casi cuatro décadas de jurisprudencia del TC en torno al derecho fundamental a la intimidad, parece que sigue apreciándose esa confusión, todavía no resuelta por completo, en la determinación de su contenido y límites, al tratarse de un derecho cu-

yas fronteras respecto de otros, como el derecho a la propia imagen o a la protección de datos personales, continúan siendo bastante difusas. De cualquier modo, contamos, ya desde hace tiempo, con un cuerpo de doctrina constitucional lo suficientemente elaborado como para afirmar la existencia de un derecho fundamental a la intimidad plenamente garantizable a nivel jurídico, en particular por lo que se refiere a uno de sus aspectos más controvertidos y de mayor relevancia social como es el de la determinación de los criterios para resolver sus potenciales conflictos con la libertad de información.

1. ¿De una concepción objetiva a otra subjetiva de la intimidad?

Ciertamente, el derecho a la intimidad como tal no tiene demasiado reflejo en las Constituciones europeas anteriores a la CE de 1978, mientras que las declaraciones internacionales de derechos surgidas tras la Segunda Guerra Mundial parecen incluir el mismo dentro de una expresión en principio de alcance más amplio como es la de *derecho a la vida privada* (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Esta diversidad terminológica ha pesado también el TC a la hora de encontrar definiciones satisfactorias del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE, sin que, al menos hasta fechas recientes, pueda entenderse que haya diferenciado entre un derecho a la intimidad distinto aunque integrado en un categoría dogmática más amplia como sería la *privacidad*. Así, desde un principio ha vinculado el derecho a la **intimidad personal** con «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Dentro de

este concepto de intimidad personal, ha distinguido, eso sí, otro más concreto de **intimidad corporal**, cuyo ámbito protegido no es, sin embargo, coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano. En efecto, el derecho a la intimidad corporal protege «frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de una persona»; ahora bien, siempre y cuando se trate de «actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona» [SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3. A)]. Por otra parte, una significada intrusión en esta vertiente corporal, y también en la personal, del derecho a la intimidad es el **acoso sexual**, aunque para que dicha conducta adquiera relevancia constitucional el TC valora el cumplimiento de determinados requisitos (SSTC 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio).

Ya se trate de una u otra vertiente de la intimidad, el TC efectúa un **entendimiento objetivo** del derecho, en el sentido de que, al igual que sucede con el honor, las intrusiones ilegítimas se determinan no tanto en función de lo que el propio sujeto considera una invasión de su ámbito íntimo como de lo que la sociedad en cada momento entiende como tal. Este mismo criterio sigue manteniéndose en la actualidad (por todas, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3), si bien, a finales de la pasada década de los noventa, el TC comenzó a deslizar en algunas de sus sentencias matices de no poca relevancia en la definición y, por tanto, en el contenido constitucional de este derecho. Así, precisaría que lo que el art. 18.1 CE garantiza no es una intimidad determinada, «sino el derecho a poseerla [...], con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público» (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). Aunque ha reiterado esta doctrina en diversas sentencias posteriores (SSTC

115/2000, de 10 de mayo, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, entre otras), parece que aún es pronto para calibrar si el TC es consciente de que esa mención a un derecho a la intimidad sin un contenido socialmente preestablecido abre una importante brecha en esa concepción tradicional de la intimidad de manera objetiva, para pasar a otra que podríamos denominar *subjetiva* o —como la ha denominado algún relevante sector de la doctrina en este campo— *formal* del derecho a la intimidad (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2005, pág. 328).

En lo que constituye también una especificidad de este derecho frente a los otros dos contemplados en el art. 18.1 CE, este precepto le reconoce expresamente al derecho a la intimidad, además de una dimensión personal, otra **dimensión familiar** no siempre distinguida de manera clara por el TC. En cualquier caso, sí ha reseñado este que la intimidad familiar incluye determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una estrecha y particular relación de índole familiar, caso de los cónyuges (STC 231/1988, de 2 de diciembre) o los hijos, «y muy en particular la identificación del origen del [menor] adoptado» (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). Además, y a diferencia de la intimidad personal, cuyo ámbito de protección lo delimita la propia persona a través de sus actos, el derecho a la intimidad familiar presenta la particularidad de que puede mantener su máximo nivel de garantía a pesar de los actos de disposición de sus propios titulares. Así ocurre cuando interactúan el derecho a la intimidad personal de los hijos menores y la intimidad familiar de sus padres, supuesto en el que, aunque sean estos quienes desvelen aspectos íntimos de la vida de aquellos, seguirá prevaleciendo el derecho a la intimidad personal de los hijos menores «y, por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres» (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3).

El TC también ha efectuado una **delimitación negativa** del contenido del derecho

constitucional a la intimidad, señalando en ocasiones puntuales situaciones o facultades que ni siquiera integran dicho contenido, caso de las relaciones profesionales o laborales que se entablan entre los individuos (STC 142/1993, de 22 de abril). Ya en el concreto ámbito de los **centros penitenciarios**, ha manifestado que la negativa a someterse a alimentación forzosa por parte de quienes se encuentran en situación de reclusión no constituye una intromisión en el derecho a su intimidad personal o corporal (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10). Asimismo, ha afirmado que el mantenimiento de relaciones sexuales a través de comunicaciones *vis a vis* constituye una simple manifestación de la libertad a secas y en modo alguno un imperativo del derecho a la intimidad. Ahora bien —según se verá algo más adelante—, las restricciones a este derecho fundamental, como ocurre con todos los demás, no pueden extenderse «más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere» (STC 89/1997, de 3 de junio, FJ 2).

Volviendo a lo apuntado al principio, reseñemos también que esa falta de equivalencia entre el derecho a la privacidad consagrado en los textos internacionales y el derecho a la intimidad literalmente proclamado en nuestra CE ha provocado algunas fricciones entre nuestro TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra c. España*). Así ha sido, en efecto, hasta el extremo de haber dado lugar a lo que podría considerarse otra específica vertiente del derecho a la intimidad —esta vez no consagrada constitucionalmente de manera expresa, sino creada por el propio TC— como sería la de la **intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario**; concepto este particularmente operativo para hacer frente a una de las intromisiones en el ámbito de la vida privada más frecuentes en nuestra sociedades contemporáneas como es la provocada por el ruido (SSTC 119/2001, de 29 de mayo; 16/2004, de 23 de febrero; 150/2011, de 29 de septiembre).

2. La intimidad como derecho exclusivamente predicable de las personas físicas

En cuanto derecho estrictamente vinculado a la personalidad, el TC ha mantenido sin matices que sus titulares únicamente pueden serlo las **personas físicas**. Pero además, y a diferencia de lo que sucede con el derecho al honor, las personas físicas solo pueden disfrutar del derecho a la intimidad **en vida**, pues con el fallecimiento desaparece también el objeto de este derecho, que no es otro que el de garantizar «un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Esta diferencia de trato, al menos en el plano teórico, entre un derecho y otro no deja de ser discutible, pues no se acierta a comprender por qué los hechos atinentes a la esfera más reservada de la vida de la persona pueden ser objeto de divulgación tras la muerte del afectado sin que nadie en su nombre puede impetrar algún tipo de protección jurídica. Con todo, los efectos prácticos de esta doctrina quedan un tanto atenuados si tenemos en cuenta que las intromisiones en la intimidad de una persona fallecida que afecten igualmente a la intimidad de su familia sí son susceptibles de reacción jurisdiccional por los integrantes de esta en cuanto afectan, como sabemos ya, a su derecho a la intimidad familiar (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4, *in fine*).

Por otra parte, aunque no es una cuestión que se le haya planteado en muchas ocasiones, el TC ha descartado con cierta contundencia la posibilidad de que las personas jurídicas en general, y las sociedades mercantiles en particular, puedan resultar titulares del derecho a la intimidad, desde el momento en que este derecho «por su propio contenido y alcance se refiere a la vida privada de las personas individuales» (ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2). Ciertamente, sí ha puntualizado que esta afirmación no excluye que determinados aspectos de la legítima actividad de las personas jurídicas estén a resguardo del conocimiento ajeno, como expresión de la existencia

de un ámbito reservado que el ordenamiento ha de regular y proteger, pero ha desvinculado por completo esta otra garantía del derecho constitucional a la intimidad. En tal sentido, ha relacionado este ámbito reservado con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que sí reconoce a las personas jurídicas, si bien con una intensidad menor de protección que a las personas físicas, precisamente por no disfrutar aquellas de la titularidad del derecho a la intimidad en cuanto que tal, estrechamente vinculado *avant la lettre* con el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando de las personas físicas se trata (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2).

3. Los límites del derecho a la intimidad: el criterio determinante de la relevancia pública

Sin abandonar ese postulado de prevalencia teórica de las libertades de expresión al que ya se hizo referencia a propósito del derecho al honor, el TC ha introducido progresivamente una serie de matices que afectan a los criterios de ponderación utilizables cuando el conflicto con estas libertades se produce no ya en relación con ese derecho, sino con el derecho a la intimidad. Así, como no deja de ser lógico, ya advirtió en sus primeros pronunciamientos al respecto que si la veracidad funciona en principio como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, «tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 7). En consecuencia, el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la **relevancia pública** del hecho divulgado, en el sentido de que «siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa» (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2). De este modo, ha negado cualquier legitimidad constitucional a informaciones en las que se vinculaba a personas sin relevancia pú-

blica con enfermedades como el sida (STC 20/1992, de 14 de febrero) o que desvelaban innecesariamente aspectos de la vida personal de la víctima de una violación (SSTC 185/2002, de 14 de octubre; 127/2003, de 30 de junio). Particularmente estricto, dado que la mayoría de los casos carecían absolutamente de relevancia pública, se ha mostrado el TC en la tutela del derecho a la intimidad personal o familiar respecto de la captación de imágenes de personas sin su consentimiento a través de *cámara oculta* y su posterior difusión en programas de entretenimiento, que permiten la identificación de una persona determinada, la cual desconoce estar siendo objeto de grabación mientras revela aspectos de su vida privada o familiar que se han querido reservar del público conocimiento (SSTC 24/2012, de 27 de febrero; 74/2012, de 16 de abril; 18/2015, de 16 de febrero).

Este y otros extremos de su doctrina sobre el derecho a la intimidad ponen de nuevo de manifiesto lo escasamente vinculado que se ha sentido nuestro Juez constitucional por lo dispuesto en la LO 1/1982, que solo considera la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad en tanto en cuanto «afecten a su reputación o buen nombre» (art. 7.3). Pues, ciertamente, la lesión del derecho a la intimidad puede acaecer aunque lo divulgado no comprometa esa reputación o buen nombre si carece de la necesaria relevancia pública. Aunque el TC nunca ha dejado de reseñar la especial relación que existe entre las personas con notoriedad pública y la relevancia pública de los hechos en que estas puedan verse involucradas, a finales de los pasados años noventa profundizó en una distinción, que no parece haberse consolidado, pero que se encuentra siempre latente a la hora de abordar conflictos entre derecho a la intimidad y libertad de expresión: se trata de la diferencia entre «**personajes públicos**» y «**personajes con notoriedad pública**». Así, la primera categoría quedaría reservada únicamente «para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el

sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1.d) CE, a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre». Por el contrario, la segunda se refiere a quienes «poseen tal notoriedad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada y corren el riesgo de que, tanto su actividad profesional en el primero de los casos cuanto la información revelada sobre su vida privada en el segundo, se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros» (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7). De este modo, el ámbito de protección que despliega el derecho a la intimidad en el caso de los «personajes públicos» es superior al de los «personajes de notoriedad pública», que adquieren dicha notoriedad de manera completamente voluntaria al exponer al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular.

Por lo que a la **intimidad corporal** se refiere, el TC ha puesto particular esmero en enumerar las garantías que deben presidir cualquier intromisión que afecte al cuerpo de la persona. Así, en fecha temprana y en un tema socialmente tan delicado como es el de la investigación de los delitos de aborto, ya exigió para proceder a la realización de cualquier pesquisa en el cuerpo de la mujer la existencia de lo siguientes requisitos: a) autorización judicial previa; b) indicios racionales de culpabilidad de la persona afectada, y c) proporcionalidad de la medida a adoptar, con ponderación razonada de la gravedad de la intromisión prevista y la defensa del interés público defendido mediante el ejercicio del *ius puniendi*, con exclusión en cualquier caso de la fuerza física, contraria en este contexto al art. 15 CE (STC 37/1989, de 15 de febrero, FF. JJ. 7 y 8).

Ahora bien, aunque no toda indagación personal, por las partes del cuerpo humano sobre

las que recae, afecte a la intimidad corporal, sí puede ocasionar una intromisión en el más amplio derecho a la **intimidad personal**. Así se puso de manifiesto en la muy elaborada STC 207/1996, de 16 de diciembre, a propósito de una prueba pericial ordenada por un Juzgado, consistente en una intervención sobre partes del cuerpo humano que no podían considerarse íntimas (como el cabello o el vello de las axilas), pero dirigida a indagar en la conducta o forma de vida del investigado. Según el TC, una medida de esta naturaleza solo puede considerarse legítima y prevalecer por tanto sobre el derecho a la intimidad personal si concurren las siguientes exigencias, cuidadosamente enumeradas y razonadas en la sentencia citada: a) fin constitucionalmente legítimo; b) previsión legal específica; c) autorización judicial o llevada a cabo por la Policía Judicial, aunque en este último caso solo cuando excepcionalmente una ley lo prevea por razones de urgencia o necesidad; d) motivación de la resolución judicial, y e) proporcionalidad de la medida adoptada (STC 207/1996, FJ 4; véanse también las SSTC 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre). Precisamente, con fundamento en esta doctrina general ha considerado el TC constitucional la tipificación como delito de la negativa a someterse a controles de alcoholemia, incluidos los análisis de sangre (STC 234/1997, de 18 de diciembre). Por el contrario, la realización de un análisis de sangre para determinar el consumo de alcohol tras un accidente, sin consentimiento del afectado ni autorización judicial, y sin que se acrediten razones de urgencia, vulnera el derecho a la intimidad personal (STC 206/2007, de 24 de septiembre). Más recientemente, ha considerado que la condena basada en el análisis de ADN extraído de una muestra biológica del acusado en ausencia de autorización judicial y sin asistencia de intérprete ni abogado, pero con el consentimiento eficaz, libre y voluntario de aquel, no vulnera su derecho a la intimidad personal (STC 135/2014, de 8 de septiembre). También ha hecho prevalecer la persecución de delitos de cierta gravedad sobre el derecho a la intimidad, caso del acceso

al contenido de un ordenador personal sin consentimiento de su propietario ni autorización judicial, en el marco de unas actuaciones por delito de corrupción de menores en su modalidad de pornografía infantil (STC 173/2011, de 7 de noviembre); o el acceso policial a la lista de contactos del teléfono móvil del demandante sin autorización judicial en el marco de una operación policial contra el tráfico de drogas (STC 115/2013, de 9 de mayo).

Por razones obvias, una muy especial proyección tiene el derecho a la intimidad corporal en el **ámbito penitenciario**, lo que ha dado lugar a numerosas resoluciones del TC referidas al mismo. Muchas de ellas han sido de carácter estimatorio al no haber justificado suficientemente ni la Administración penitenciaria ni los órganos judiciales la pertinencia o proporcionalidad de la medida restrictiva, caso de determinadas sanciones e inspecciones corporales más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere (SSTC 57/1994, de 28 de febrero; 204/2000, de 24 de julio; 218/2002, de 25 de noviembre; 196/2006, de 3 de julio). Algo similar ocurre con otras decisiones de la Administración penitenciaria, como las relativas a las comunicaciones telefónicas de los reclusos con sus familias o los registros en las celdas, que también pueden afectar a derecho a la intimidad, aunque ahora ya en su más amplia dimensión personal y familiar (SSTC 201/1997, de 25 de noviembre; 89/2006, de 27 de marzo; 106/2012, de 21 de mayo).

También en el **ámbito laboral** el TC ha tenido que enjuiciar determinadas decisiones empresariales que podían entrar en colisión, entre otros, con el derecho a la intimidad. Así, partiendo de su doctrina general sobre la posibilidad de limitar o modular los derechos fundamentales en el seno de la empresa, ha considerado constitucionalmente admisible la instalación de sistemas audiovisuales de control en el lugar de trabajo, en la medida en que sean estrictamente imprescindibles para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio); así como

también el acceso a ficheros informáticos de la empresa donde quedaban registradas conversaciones de carácter íntimo en comunicación abierta, incumpliendo la prohibición expresa de la empresa de instalar programas (STC 241/2012, de 17 de diciembre). Por el contrario, carecen de cobertura constitucional los análisis o informes médicos que permitan la obtención de datos atinentes a la vida privada o a la salud de los trabajadores (consumo de drogas, enfermedades) efectuados sin su información y consentimiento ni justificados en la existencia de riesgos laborales (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre; 70/2009, de 23 de marzo; 159/2009, de 29 de junio).

Finalmente, debe destacarse también que el TC ha avalado, desde la perspectiva del derecho a la intimidad, el acceso por parte de las Administraciones públicas a determinados datos económicos de los ciudadanos en el marco de **inspecciones** de naturaleza penal, fiscal u otras análogas, ya que las mismas encuentran, entre otras finalidades legítimas, fundamento expreso en el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, de acuerdo con su capacidad económica, establecido en el art. 31.1 CE (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre; 143/1994, de 9 de mayo; 233/2005, de 26 de septiembre). No obstante, el entendimiento que posteriormente ha hecho el TC de la protección contra el uso de la informática (art. 18.4 CE) como un derecho fundamental con autonomía respecto del derecho a la intimidad ha situado los conflictos derivados de este tipo de indagaciones que conllevan el acceso a datos personales en el ámbito de ese otro derecho.

IV. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Antes de la CE de 1978, el único precedente en nuestro continente de reconocimiento al máximo nivel jurídico del derecho a la propia imagen venía dado por la Constitución portuguesa de 1976 (art. 26), que también incluía

una referencia expresa e individualizada al mismo. Y si bien es cierto que las Constituciones europeas ya vigentes en el momento de la aprobación de nuestra norma fundamental no han sufrido modificaciones al objeto de introducir una alusión específica de este derecho, muchos de los nuevos textos constitucionales aparecidos con posterioridad, entre ellos buena parte de los iberoamericanos, sí que lo han incorporado a su parte dogmática, en algunos casos vinculándolo con la categoría más general de los «derechos de la vida privada».

En cualquier caso, treinta años después de aprobada la CE aún resulta pertinente recordar el hasta cierto punto **errático iter parlamentario** del derecho a la propia imagen que concluiría con su mención en el art. 18.1 CE. En efecto, dicho derecho no fue mencionado inicialmente en el Anteproyecto constitucional aprobado por la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978), debiendo esperar para su inclusión al segundo Informe de la Ponencia (*Boletín Oficial de las Cortes* de 17 de abril de 1978). En cambio, sí fue contemplado desde un primer momento como uno de los límites expresos de las libertades de expresión, lo cual pone de relieve la desorientación del constituyente sobre el contenido del derecho a la propia imagen y muy particularmente su relación con el derecho a la intimidad. Esa misma desorientación se aprecia también en la redacción de algunos aspectos de este derecho efectuada por la LO 1/1982, sin que tampoco haya quedado a salvo la propia jurisprudencia del TC. No obstante, el notable incremento en los últimos años del número de recursos de amparo que han resuelto conflictos en relación con el derecho a la propia imagen —consecuencia del incremento en su demanda de protección jurisdiccional en el seno de una sociedad cada vez más penetrada por los medios de comunicación audiovisuales— ha permitido al TC perfilar progresivamente algunos de los aspectos básicos de su contenido y delimitarlo respec-

to del de los otros dos derechos de la personalidad que de manera tan estrecha le acompañan en nuestro texto constitucional.

1. La necesaria desvinculación entre el derecho a la propia imagen y la privacidad de la persona

De modo aún más pronunciado, si cabe, que en el caso de los derechos a honor y a la intimidad, la mayor parte de las controversias en torno al derecho constitucional a la propia imagen ha girado en torno a la delimitación de su contenido e incluso, con carácter previo, a la propia definición del derecho. Así, como se acaba de comentar, en sus primeros y aislados pronunciamientos en relación con la propia imagen, el TC no establece todavía claras **diferencias** entre este derecho y el derecho a la **intimidad**, no pocas veces invocados ambos de manera conjunta, ni tampoco se decidirá a abordar una definición del mismo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre; 231/1988, de 2 de diciembre). De hecho, en la primera ocasión en la que debe afrontar un conflicto entre derechos fundamentales, uno de los cuales es precisamente, y de manera exclusiva, el derecho a la propia imagen, a pesar de efectuar una primera aproximación a su contenido sigue aludiendo a su «estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad» (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Habrà que esperar a la STC 81/2001, de 26 de marzo, para que el TC se pronuncie directamente sobre el contenido del derecho a la propia imagen como derecho fundamental, al tratarse de un supuesto (la utilización en un anuncio publicitario de la imagen dibujada de un conocido cómico) en el que esta operación no puede ser ya soslayada. Así, según dicha sentencia, el derecho a la propia imagen «atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública», de modo que «la facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la

obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad — informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde» (FJ 2). Esta definición, muy semejante a la ya formulada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en alguna sentencia anterior (STS 432/2000, de 24 de abril), parece distinguir de forma implícita entre una **dimensión** estrictamente **personal** y otra **patrimonial** del derecho a la propia imagen. Así, la dimensión personal, que es la que propiamente integra el contenido del derecho fundamental a que se refiere el TC, sería la única protegida por el art. 18.1 CE. En cambio, la dimensión patrimonial que la imagen de la persona sin ninguna duda también posee, y que faculta a su titular para difundir o autorizar su difusión atendiendo a su valor económico, no formaría parte del derecho garantizado por el citado precepto constitucional, lo que en el caso concreto conduce a la desestimación del amparo. Esta doble dimensión personal y patrimonial del derecho a la propia imagen, contemplada de una manera un tanto confusa en la Ley 1/1982 (art. 7, aps. 5 y 6), tiene su origen en la tradicional distinción que hace el Derecho anglosajón entre el *right to privacy* y el *right of publicity*, respectivamente (BARNETT, 1997, 556). En cualquier caso, parece fuera de duda que la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen, que el TC ya había apuntado (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 117/1994, de 25 de abril, FJ 3) también disfruta de su propia garantía constitucional, que debería ubicarse en el art. 33.1 CE (PARDO FALCÓN, 2005, 368).

Con posterioridad, el TC ha venido dictando algunas nuevas sentencias en las que, siguiendo la doctrina apuntada por la STC 99/1994, y sobre todo la STC 81/2001, ha sentado ya como cuestión de principio la **autonomía del derecho a la propia imagen** respecto del derecho a la intimidad a partir de los distintos intereses jurídicos que protegen ambos derechos, intereses definidos, no obstante,

con una terminología no exenta de cierta imprecisión conceptual. Así, el derecho fundamental a la propia imagen pretendería «la salvaguarda de un *ámbito propio reservado, aunque no íntimo*, frente a la acción y conocimiento de los demás», siendo en consecuencia ese ámbito íntimo, más estricto, el que constituiría el objeto de protección del derecho fundamental a la intimidad (SSTC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

Debe destacarse, no obstante, el esfuerzo clarificador que ha intentado llevar a cabo el TC en alguna ocasión, caso de la STC 156/2001, de 2 de julio, que, al menos, parece partir de un entendimiento del derecho a la propia imagen desvinculado de la afectación de ámbito reservado alguno. Aunque se trata todavía de una doctrina puntual, esta concepción del derecho a la propia imagen, presente también en la LO 1/1982 (cuyo art. 7.5 distingue la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona «en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos»), parece desde luego más acertada, pues evita su solapamiento con el derecho a la intimidad y desde luego con el derecho al honor, en cuanto que derechos autónomos susceptibles no obstante de ser vulnerados conjuntamente a través de un mismo acto lesivo (STC 14/2003, de 28 de enero).

2. La imagen personal como presupuesto de la titularidad del derecho

Fue la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que, a finales de los años ochenta del siglo pasado, proporcionó la definición del objeto del derecho a la propia imagen de la que ha partido después el TC para extraer las oportunas consecuencias en torno a diversos aspectos del contenido de este derecho, incluido el relativo a su titularidad. Así, para el Tribunal Supremo la imagen objeto de protección jurídica no es otra que «la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible»

(STS de 29 de marzo de 1988). Por su parte, el TC, que ya con anterioridad había vinculado la titularidad del derecho a la propia imagen en su dimensión personal con la persona física *viva* (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3), alude a los «**rasgos físicos personales**» como el objeto de esa facultad de auto-determinación sobre la información gráfica que el derecho a la propia imagen comporta, según corresponde a un entendimiento del mismo «en su dimensión personal, individual o privada» (STC 81/2001, FF. JJ. 2 y 3).

Lógicamente, esa referencia a la imagen humana como la única objeto de protección por el derecho a la propia imagen garantizado *ex art.* 18.1 CE debería suponer la **exclusión de las personas jurídicas** como titulares del mismo, dicho esto con independencia de que sí puedan ostentar esa titularidad en lo que respecta a su contenido patrimonial, por otra parte reconocido y protegido en la legislación sobre propiedad industrial.

3. La exigencia de la relevancia pública de la imagen más allá de las circunstancias personales y espaciales de lo captado

La problemática en torno a los límites del derecho a la propia imagen viene marcada por el hecho de que la LO 1/1982 ha enumerado una serie de supuestos de hecho que **no** constituyen **intromisiones ilegítimas** en el derecho a la propia imagen y que han condicionado, como no deja de ser lógico, la resolución por los órganos de la jurisdicción ordinaria de los conflictos donde se ha encontrado implicado este derecho. Por el contrario, al igual que ha ocurrido según hemos comentado en relación con otros extremos de la ley, tampoco estas directrices de la LO 1/1982 han sido necesariamente seguidas por el TC. Así ha ocurrido, como veremos a continuación, al menos por lo que se refiere a la expresa autorización que hace su art. 8.2.a) de la captación, reproducción o publicación de la imagen de alguien por cualquier medio,

«cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad pública o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o lugares abierto al público».

No obstante, en la primera sentencia en la que el TC debe resolver un conflicto de derechos en el que se encuentra concernido el de la propia imagen, al otro lado de la balanza no se va a encontrar la libertad de información, sino, de forma más o menos explícita, los derechos a la propiedad y a la libertad de empresa (arts. 33 y 38 CE) que subyacen a toda modulación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, caso del deshuesador de jamones que se negaba a ser fotografiado en un acto publicitario. A este respecto, el TC afirma de modo concluyente que, además de los límites generales que comparte con los demás derechos del art. 18.1 CE (art. 2 de la LO 1/1982, en conexión con el art. 7.5 y 6), el derecho a la propia imagen tiene como límite muy señalado «la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que esta participa, como protagonista o como elemento accesorio» (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5). Aunque para fundamentar este límite alude entre otros al art. 8.2 de la LO 1/1982, parece evidente que para el TC lo determinante es la **relevancia pública** de la imagen captada, más allá de las circunstancias concretas, personales o espaciales, de esta. De ahí que rechace también, como criterio general a tener en cuenta en toda ponderación de derechos fundamentales donde se encuentre implicado el derecho a la propia imagen, que este comprenda «el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato», aunque el anonimato tampoco sea «un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda» (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

La trascendencia de la relevancia pública en cuanto que casi único criterio legitimador de las intromisiones en el derecho a la propia

imagen la ha puesto de relieve el TC precisamente en aquellos casos en los que, aun tratándose de imágenes captadas en un lugar público —como puedan resultar una selva o una playa— y referidas a personas con inequívoca notoriedad pública (unos conocidos financieros españoles, acompañados de sus respectivas parejas), la vulneración del derecho debe ser apreciada dada la **ausencia de un verdadero interés público** que deba prevalecer sobre cualquier menoscabo del mismo (SSTC 139/2001, de 18 de junio, y 83/2002, de 22 de abril). Ambas sentencias suponen un magnífico ejemplo en el sentido de que, más allá de lo establecido por la LO 1/1982, el TC también ha resuelto los conflictos en los que se ha visto implicado el derecho a la propia imagen siguiendo los criterios generales elaborados en relación con el resto de los derechos de la personalidad y, más concretamente, con el derecho a la intimidad,

de manera que la relevancia pública de la imagen divulgada es —ha de insistirse— el gran elemento legitimador de las eventuales intromisiones que deba sufrir este derecho (en aplicación de la misma doctrina, pero con la conclusión contraria, la STC 72/2007, de 16 de abril; también el ATC 176/2007, de 1 de marzo). El TC se habría anticipado así, al menos en algunos aspectos, a la más reciente doctrina del TEDH, que reconoce ya de modo concluyente la existencia de un espacio de intangibilidad, tanto en el derecho a la intimidad como en el derecho a la propia imagen, aun cuando se trate del supuesto de hecho en el que ambos gozan de su menor grado de protección, el de las personas públicas en un espacio público, si la información o las imágenes que se divulgan «no contribuyen a un debate de interés general» (STEDH de 24 de junio de 2004; caso *Von Hannover/Alemania*; en este sentido, la STC 176/2013, de 21 de octubre).

BIBLIOGRAFÍA

BARNETT, S. R., «The Right to One's Own Image': Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, number 4, 1997, págs. 555-581.

CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1952, págs. 5-62.

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, 1959, págs. 1237-1275.

MEDINA GUERRERO, M., «La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, vol. II, 2002, págs. 1669-1700.

MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.

PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del art. 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, págs. 141-178.

- «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en BASTIDA FRELJEDO, F. J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 347-375.

- «Una aproximación al contenido constitucional de la derecho a la propia imagen», en CARRILLO, M. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, Madrid, 2008, págs. 1327-1343.

REVENGA SÁNCHEZ, M., «El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)», en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, págs. 71-98.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., «Los datos de la propiedad y la propiedad de los datos», en BASTIDA FREIJEDO, F. J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 315-345.

ARTÍCULO 18.2

EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Sumario: I. Introducción. Contenido del precepto. II. El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. 1. Fundamento y contenido. 2. Concepto constitucional de domicilio. 3. La titularidad de las personas jurídicas. II. Limitaciones del derecho fundamental: el régimen constitucional de la entrada y registro. 1. Limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio. 2. La resolución judicial. A) La garantía judicial: fundamento y requisitos. B) Especial referencia a la ejecución de resoluciones de la Administración que conllevan entrada en domicilio. 3. El consentimiento. 4. La flagrancia delictiva. 5. Irregularidades en la práctica de la entrada y registro. Relevancia para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. III. La suspensión del derecho.

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

I. INTRODUCCIÓN. CONTENIDO DEL PRECEPTO

Tal como puso de manifiesto la primera Sentencia que abordó el derecho fundamental recogido en el art. 18.2 CE (STC 22/1984, FJ 5), dicho precepto incorpora **dos reglas distintas**: una de carácter genérico o principal, que define la inviolabilidad del domicilio y de la que emanan una amplia serie de garantías y facultades para su titular; y otra, como especificación de la primera, que determina la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia al domicilio: la entrada y registro, disponiéndose que, aparte del supuesto de flagrancia delictiva, tal injerencia solo será constitucionalmente legítima cuando se efectúe bajo consentimiento del titular o previa autorización judicial.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1. Fundamento y contenido

Desde sus primeros pronunciamientos sobre el derecho fundamental recogido en el segun-

do apartado del art. 18, el Tribunal Constitucional ha venido vinculado el contenido del mismo con el del derecho a la intimidad, considerando que el «nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución)» (STC 22/1984, FJ 2) se fundamenta en que la protección constitucional del domicilio es de carácter instrumental con respecto a la protección de la intimidad, constituyendo el art. 18.2 CE, en consecuencia, una manifestación de la norma precedente. Así, si el derecho a la intimidad tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio», por ser aquel en el que los individuos ejercen su libertad más íntima, siendo el objeto de protección del derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, FJ 5; 10/2002, FJ 5; 189/2004, FJ 2). En este sentido, se afirma con rotundidad que el «núcleo esencial del domicilio constitucionalmente prote-

gido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar» (STC 69/1999, FJ 2).

A partir de la citada premisa, el **contenido del derecho** a la inviolabilidad del domicilio se circunscribe a proteger un «ámbito de privacidad que se proyecta sobre un espacio físico cuyo titular reserva y excluye del conocimiento ajeno» (STC 228/1997, FJ 7), si bien lo protegido no es solo un espacio físico, sino lo que en él hay de emanación de una persona y su esfera privada (SSTC 22/1984, FJ 5; 69/1999, FJ 2). La garantía esencial que emana de dicho derecho fundamental radica en que el ámbito de la privacidad, en el espacio limitado que cada persona elige, resulte inmune a cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, proscribiendo no solo las agresiones que consistan en el acceso físico al domicilio, sino también aquellas que se lleven a cabo por medio de aparatos mecánicos, electrónicos o semejantes (SSTC 22/1984, FJ 5; 819/2004, FJ 3).

Ello implica, como con reiteración ha afirmado la doctrina constitucional, que el **contenido** del derecho es fundamentalmente **negativo**: lo que se garantiza prioritariamente es la facultad del titular del domicilio de excluir a otros de ese ámbito reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro (SSTC 22/2003, FJ 3; 189/2004, FJ 3; 89/2006, FJ 2).

No obstante, con la STC 119/2001, FJ 5, acogiendo la doctrina del TEDH (entre otras, 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*), el Tribunal asumió que el derecho a la inviolabilidad del domicilio posee asimismo una **dimensión positiva**, en relación con el libre desarrollo de la personalidad y orientada a la plena efectividad del derecho. En dicha sentencia —en la que el Pleno del Tribunal, al que se abocó el recurso, acudió a la

excepcionalísima celebración de vista pública— se manifiesta que habida cuenta de que la Constitución no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, «se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias citadas, sino también frente a los riesgos que pudieran surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (*ibid.*). Ello le lleva a concluir —en la línea de la doctrina del TEDH expresada en las resoluciones citadas— que determinados fenómenos ambientales (el **ruido**, en concreto) pueden suponer no solo un factor enormemente lesivo de la calidad de vida de los ciudadanos, sino asimismo una lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio —entre otros derechos fundamentales—, y que ello puede ser susceptible de protección siempre que sea atribuible a la actividad de los poderes públicos: «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 a los que sea imputable la lesión producida» (STC 119/2001, FJ 6; en idéntico sentido, STC 16/2004, FJ 4; y STC 150/2011, que desestima el recurso de amparo por no existir acreditación acerca de los niveles de ruido sufridos). Si bien el Tribunal había previamente manifestado su temor de que tal interpretación corría el riesgo de «desnaturalizar el contenido de ese derecho» [así, en la Providencia por la que se inadmitió por falta de contenido constitucional el recurso de amparo presentado por doña G. López Ostra (núm. 2037/1989)], lo cierto es que la misma resultaba —a juicio de un sector doctrinal (por todos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER)— compatible con los perfiles conceptuales que la STC 22/1984 había trazado del precepto, en cuanto que se asumía que la garantía constitucional del domicilio era de «contenido amplio» y que alcanzaba a la proscripción de in-

vasiones distintas de un acceso físico realizadas por medio mecánicos, electrónicos u otros análogos (FJ 5).

2. Concepto constitucional de domicilio

A tenor de la redacción del art. 18.2 CE, el domicilio se constituye como el objeto de protección directa a partir del que ha de configurarse el alcance de la misma, por lo que la definición constitucionalmente relevante del término vendrá obviamente perfilada en torno al contenido del derecho fundamental, tal como efectivamente ha asumido el Tribunal Constitucional cuando ha abordado la definición de dicho término.

En este sentido, la íntima vinculación del derecho concernido con el derecho a la intimidad lleva al Tribunal a acoger los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la idea de domicilio del art. 18 CE coincide con la que se utiliza en Derecho privado, sino que tiene una mayor amplitud que la del concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo (STC 22/1984, FJ 2); en segundo lugar, que no admite concepciones reduccionistas, no siendo equiparable al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación (SSTC 94/1999, FJ 5; 10/2002, FJ 6). A partir de ello, el concepto de domicilio se conforma tanto desde una perspectiva positiva como desde una delimitación negativa.

Desde el primer enfoque, el Tribunal ha acuñado una **definición del domicilio** que podemos encontrar de modo reiterado en su jurisprudencia desde la STC 22/1984: «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (SSTC 22/1984, FJ 5; 137/1985, FJ 2; 69/1999, FJ 2;

94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 10/2002, FJ 6). En similares términos, en la STC 10/2002, FJ 7, se afirma también que el rasgo esencial que define el domicilio a efectos constitucionales reside en la «aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a ese desarrollo, aunque sea eventual».

Desde el segundo, se afirma que circunstancias como el carácter cerrado del espacio o el poder de disposición que tenga su titular sobre el mismo no determinan la existencia de un domicilio constitucionalmente protegido, así como tampoco son relevantes a tal fin la permanencia o habitualidad del uso y disfrute del mismo. Respecto de las primeras, porque «el derecho fundamental no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros» (STC 69/1999, FJ 2). Respecto al elemento de la habitualidad, enfatiza el Tribunal la irrelevancia a efectos constitucionales de la «intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo» (STC 94/1999, FJ 5).

En este sentido, y como acaba de ponerse de manifiesto, lo determinante para delimitar los espacios constitucionalmente protegidos es su destino o uso orientado al ejercicio de la vida privada, siendo por tanto indiferentes, *prima facie*, aspectos como su ubicación, su carácter mueble o inmueble, su configuración física, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso o la periodicidad de su uso (por todas, STC 10/2002, FJ 7). Por ello, como **supuestos** analizados por el Tribunal, no gozan de la consideración de domicilio a efectos constitucionales un local destinado a almacén de mercancías (STC 228/1997, FJ 7), un bar (STC 283/2000, FJ 2), las oficinas de una empresa (ATC 171/1989), o locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992).

Tampoco son domicilio a efectos del 18.2 CE las celdas de los presos, si bien por razones parcialmente distintas —por no ser un espacio elegido por el titular para el ejercicio de su privacidad y por ser por la celda definición objeto de estricto control del poder público— (STC 89/2006, FJ 2). Inversamente, el Tribunal ha otorgado tal carácter a, por ejemplo, una vivienda no habitada en el momento del registro (STC 94/1999, FJ 5), a los garajes y trasteros anexos a una vivienda (STC 171/1999, FJ 9), a una habitación de hotel (STC 10/2002, FJ 8), o a las habitaciones de una residencia militar (STC 189/2004, FJ 2). Con carácter general, podemos concluir que el Tribunal se ha inclinado por un **sentido del concepto estrechamente vinculado al ejercicio de la vida privada** y con **vocación extensiva**, al asumirse por tal todo ámbito donde sea susceptible de ejercitarse la misma. Así, por ejemplo, y aunque no termina por afirmarlo por no ser relevante para la *ratio decidendi*, la STC 149/1991, FJ 6, manifiesta que, aun cuando desde una óptica puramente gramatical no puede incluirse sin más la expresión «terrenos de propiedad privada» dentro del campo semántico del «domicilio», no se puede descartar que dentro de un terreno de propiedad privada existan lugares que merezca la calificación constitucional de domicilio ni que, en determinadas circunstancias, la inviolabilidad que la Constitución establece de tales lugares deba extenderse más allá de las paredes que circunden su «espacio nuclear».

No obstante, y a pesar de la amplitud potencial del concepto *dentro* del declarado fundamento de protección de la vida privada, el concepto constitucional de domicilio puede al mismo tiempo calificarse como **restrictivo**, al quedar excluidos los espacios cerrados destinados a actividades comerciales, profesionales, políticas, culturales, etc., tal como expresamente manifiesta la STC 10/2002, FJ 8. Cabe plantearse si esa restricción es compatible con la doctrina del TEDH, que en su Sentencia de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz contra Alemania*, se manifestó

contrario a una delimitación restringida del concepto de vida privada, circunscrita al círculo íntimo, considerando por el contrario que la garantía que proyecta el art. 8 del CEDH debe englobar también el ámbito profesional. En cualquier caso, esa restricción al ámbito de ejercicio de la vida privada (como expresión del derecho a la intimidad) va a quedar puesta en entredicho con la conocida asunción de la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas, cuestión que pasamos a abordar a continuación.

3. La titularidad de las personas jurídicas

La doctrina establecida por la STC 22/1984 refería el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio a las «personas» y, como ya hemos afirmado, lo conectaba de modo «indisoluble» con el derecho a la intimidad. A pesar de ello, y de asumir entonces (ATC 257/1985, FJ 2) y ahora (STC 22/2003, FJ 2) que **las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la intimidad**, con la STC 137/1985 se aceptó por el Tribunal que **las personas jurídico-privadas sí tenían constitucionalmente garantizada la inviolabilidad domiciliaria**; posición que, con los matices que expondremos, se ha asumido hasta la actualidad.

Cabe comenzar por afirmar que el esfuerzo de argumentación de la resolución citada es inversamente proporcional a la trascendencia de la decisión acogida, pues, pasando de puntillas sobre la vinculación del art. 18.2 CE con el derecho a la intimidad —manifestando que la afirmación del ATC 257/1985 que había negado la titularidad de la intimidad a las personas jurídicas carecía de «estimable concomitancia alguna con el problema» que se planteaba—, se limita a enunciar las dos premisas de las que infiere la citada conclusión (FJ 3):

1. El texto constitucional no circunscribe la inviolabilidad del domicilio a las personas fí-

sicas, siendo por tanto extensible a las personas jurídicas.

2. Tal como asume la doctrina generalizada en otros países, la naturaleza del derecho fundamental en modo alguno es incompatible con su aplicación a las personas jurídicas, las cuales pueden ser titulares legítimos de viviendas, sin que estas hayan de perder su carácter por el hecho de que de que el titular sea una persona física o jurídica.

La precariedad de dicha argumentación — tanto cuantitativa como cualitativamente— sería en parte enmendada por la STC 69/1999, en la que se entra a abordar el citado escollo, optándose por mantener el presupuesto de que las personas jurídicas carecen del derecho a la intimidad y por intentar salvar la contradicción resultante por la vía de modular la intensidad de la protección del derecho fundamental según estemos ante el domicilio de personas físicas (y con ello ante el riesgo de lesión de la intimidad) o ante el de las personas jurídicas. Afirma, así, que la extensión del derecho a las personas jurídicas no significa que el mismo tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas, precisamente porque la estrecha vinculación de la inviolabilidad domiciliaria de las personas físicas con el derecho a la intimidad «indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas» (FJ 2). De este modo, «el núcleo esencial» del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas; con respecto a las cuales la protección constitucional solo se extiende a los espacios físicos que «son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento

que quedan reservados al conocimiento de terceros» (FJ 2). Y esa diferente intensidad habrá de articularse con ocasión de efectuar de juicio de proporcionalidad de la entrada y registro; concretamente será en el criterio de proporcionalidad en sentido estricto donde, vista la relación entre fines perseguidos, medida adoptada y derecho fundamental afectado, será posible integrar el «peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio» de las personas jurídicas (en igual sentido STC 54/2015, FJ 5).

En todo caso, tampoco dicha sentencia entra a aportar una justificación de la extensión del derecho concernido a las personas jurídicas, máxime cuando expresamente rechaza que pueda serlo la intimidad, que es el fundamento que en última instancia justifica la defensa de la inviolabilidad domiciliaria de las personas físicas. Ciertamente, esta polémica cuestión —que ha generado notable discusión en la doctrina científica— no puede considerarse cerrada en la jurisprudencia constitucional, no ya solo por la falta de una fundamentación clara de dicha extensión, sino especialmente porque en su desarrollo actual la jurisprudencia constitucional en esta materia presenta notables contradicciones internas, en las que no puede entrarse aquí (*vid.*, entre otros, MATIA, págs. 135 y ss.; FERRERES, págs. 12 y ss.).

III. LIMITACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL: EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA ENTRADA Y REGISTRO

1. Limitaciones del derecho a la inviolabilidad del domicilio

El Tribunal Constitucional ha venido reiterando que el derecho a la inviolabilidad del domicilio —al igual que los demás derechos fundamentales— **no es un derecho absoluto**, sino, por el contrario, «relativo y limitado», en el sentido de que la protección que la Constitución dispensa al domicilio puede ce-

der en determinados supuestos (en este sentido, por ejemplo, SSTC 199/1987, FJ 9; 341/1993, FJ 8; 136/2000, FJ 3). Al mismo tiempo, también se ha enfatizado que la Constitución lleva a cabo una rigurosa protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, al establecer **tres supuestos taxativos** en que procederá la entrada o registro del domicilio: la existencia de consentimiento del titular, la presencia de flagrante delito y la resolución judicial (SSTC 160/1991, FJ 8; 341/1993, FJ 8; 126/1995, FJ 2); y que el texto constitucional es a la vez «escueto» (STC 50/1995, FJ 5) y, desde una perspectiva comparada, riguroso con las garantías de la inviolabilidad domiciliaria, dada esa configuración taxativa de los supuestos de excepción, a diferencia de otros países que para establecer tales excepciones se remiten a la ley —caso de Italia— o admiten la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia —caso de la Constitución alemana— (STC 126/1995, FJ 3).

No obstante el carácter taxativo de tales excepciones, que legitiman la entrada en el domicilio y que, por tanto, no vulneran el derecho concernido, cabe imaginar otras situaciones no cubiertas por esas tres circunstancias que determinen un saldo negativo para la inviolabilidad domiciliaria en su ponderación con otros derechos fundamentales y que con ello lleven a justificar su lesión. Así, el propio Tribunal ha afirmado la justificación de la infracción del art. 18.2 CE en **casos de estado de necesidad** (STC 22/1984, FJ 5 *in fine*), llegando a equipararlo —al menos dialécticamente— a los restantes supuestos contemplados en el precepto. Así, es afirmación recurrente en la doctrina constitucional que «la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni en estado de necesidad, solo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario» (SSTC 133/1995, FJ 4; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 3; 239/2006, FJ 6). En cualquier caso, la figura del estado de necesidad, cuyo papel en relación con el art. 18.2 CE no ha

sido desarrollado por el Tribunal, no será objeto de estudio en estas páginas.

2. La resolución judicial

A) *La garantía judicial: fundamento y requisitos*

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones y a diferencia del derecho a la intimidad, aparece protegido por la garantía judicial, siendo legítima la entrada y registro, en ausencia del consentimiento del titular y del excepcional supuesto de la flagrancia delictiva, únicamente a través de una resolución judicial, en la que ha de realizarse una ponderación previa de las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto (entre otras, SSTC 160/1991, FJ 8; 50/1995, FJ 5; 239/1999, FJ 4). «La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca» (STC 160/1991, FJ 8).

Requisito inherente a la resolución judicial es su **motivación**, pues «no se da garantía alguna cuando la resolución, aun de órgano judicial, se produce como un mero automatismo formal» (STC 126/1995, FJ 3, citando la STC 22/1984, FJ 3). A este respecto, la doctrina del Tribunal, acogiendo en este ámbito la jurisprudencia del TEDH (STEDH caso *Chappell*, de 30 de marzo de 1989; caso *Niemitz*, de 16 de diciembre de 1992; caso *Funke*, de 25 de febrero de 1993), ha hecho especial hincapié en esta exigencia, recalcando que dicha motivación «no es solo la exigible a los efectos del art. 24.1 CE sino una motivación más intensa cuya fundamentación radica en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Arbitrariedad que ha de conjurarse por el órgano judicial mediante la rigurosa y precisa exposición del insoslayable juicio de proporcionalidad entre la medida restrictiva adoptada y el derecho fundamental limitado, en atención a las cir-

cunstancias de cada caso» (STC 239/1999, FJ 5, citando las SSTC 341/1993, FJ 7, y 50/1995, FJ 7).

En cuanto a su **contenido**, recalca la mencionada STC 239/1999, FJ 5, recogiendo con amplitud la jurisprudencia previa (*vid.*, con posterioridad, SSTC 136/2000, FJ 3; 56/2003, FJ 4; 239/2006, FJ 6), que esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. Así, el órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión).

La ausencia de tales extremos ostentará *prima facie* relevancia constitucional, dando lugar a la lesión del derecho fundamental. Así, por ejemplo, la STC 50/1995 declara vulnerable el art. 18.2 CE porque el Auto habilitante no fijó los días en los que debía de practicarse el registro, dando a los policías que habían de efectuarlo un mandamiento indefinido en el tiempo, lo que a juicio de la Sentencia supone «de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho»; motivo adicional para otorgar el amparo en este caso fue que el Auto omitió toda referencia a la obligación de comunicar al juez el resultado de la entrada y registro, «dación de cuenta imprescindible para que aquel pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos» (FJ 7).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de

los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal.

No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá un delito, debiendo ser, en cualquier caso, algo más que meras conjeturas. Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que estas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida —la investigación del delito— con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión.

En suma, el **juicio de proporcionalidad** debe efectuarse teniendo en cuenta todos los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental (sin que un déficit en la ponderación sea convalidable, en una revisión posterior, por datos no conocidos o tomados en cuenta en ese momento: SSTC 8/2000, FJ 5; 136/2000, FJ 5), siendo lo fundamental —tal será, por lo demás, el objeto de revisión del Tribunal Constitucional— si en la resolución judicial aparecen los elementos

necesarios para entender que se ha realizado la ponderación de la proporcionalidad de la medida (entre otras, STC 239/2006, FJ 6).

Sobre la forma que debe revestir la motivación, se ha admitido en ciertos casos, y en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, la **motivación por remisión** al oficio policial, complementando este algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro, e incluso asumiendo las razones expuestas en este (SSTC 136/2000, FJ 3; 56/2003, FJ 4). Asimismo, se ha reiterado también que la **suficiencia de la motivación** no debe confundirse con «un razonar extenso o con un razonar prolijo» (STC 239/1999, FJ 5), habiéndose declarado válida una motivación «lacónica», siempre que resulte «adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio» (STC 41/1998, FJ 34); de igual modo, se ha afirmado que «aun en la repudiable forma del impreso, una resolución puede estar motivada si, integrada con la solicitud a la que se remite, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva» (STC 8/2000, FJ 5).

B) *Especial referencia a la ejecución de resoluciones de la Administración que conllevan entrada en domicilio*

El elevado número de Sentencias que, en relación con el art. 18.2 CE, han abordado esta clase de supuestos, junto con los cambios legislativos sobre el **control judicial de los actos de autotutela de la Administración**, hace necesario que nos detengamos brevemente en este ámbito específico de la doctrina constitucional sobre la inviolabilidad domiciliaria. La primera Sentencia del Tribunal Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio —la tantas veces citada STC 22/1984— se ocupó de un supuesto de ejecución de una resolución administrativa que

exigía el desalojo y demolición de una vivienda. Expuesta en apretada síntesis, y en lo que ahora interesa, la tesis sostenida en dicha Sentencia —muy discutida doctrinalmente (*vid.* MATIA, págs. 267 y ss.) —, fue la necesidad de una resolución judicial específica que —no mediando un consentimiento del titular— autorizara la entrada para todos los casos en los que para la ejecución de una resolución administrativa fuera necesaria la ingerencia en un domicilio, no solo para los supuestos de autotutela de la Administración, sino también cuando lo que se va a ejecutar es una resolución de la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, «el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y registro en un domicilio particular», sino que siempre tiene que concurrir una nueva y específica resolución judicial habilitante (FJ 5).

Dicho entendimiento de la garantía judicial prevista en el art. 18.2 CE sería posteriormente revocado de modo expreso por el Pleno del Tribunal en la STC 160/1991, rechazando la necesidad de una nueva resolución judicial cuando la entrada en el domicilio es ejecución de una resolución judicial: «No cabe, una vez firme la resolución judicial —se afirma en su FJ 9—, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada por otras instancias, que pudieran ser incluso de órdenes jurisdiccionales distintos, o de superior rango en la jerarquía jurisdiccional, pues ello iría en contra de los más elementales principios de seguridad jurídica. Y si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuara esa revisión, pues se convertiría en una actuación meramente automática o mecánica, confirmadora de la decisión judicial a ejecutar, lo que no constituye garantía jurisdiccional alguna ni responde a lo dispuesto en el art. 18.2 CE». En el mismo sentido se ha pronunciado después, entre otras, la STC 199/1998, FJ 2, abundando en argumentos a partir del tenor literal

del art. 87.2 LOPJ, considerando que la exigencia establecida en dicho precepto de autorización del Juez para la entrada en domicilio «cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración» se desprende que tal autorización ha de ser procedente únicamente cuando se trata de la ejecución de actos administrativos, pero no cuando se trataba de la ejecutividad de resoluciones judiciales.

El art. 87.2 LOPJ disponía que cuando hubieran de ejecutarse forzosamente actos de la Administración que conlleven la entrada en domicilio, así como en otros lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular (respecto de los cuales, como es obvio, no rige la protección constitucional que brinda el art. 18.2 CE), la autorización correspondería al Juez de instrucción («quizá porque en este se producen con habitualidad situaciones análogas para la investigación policial» — STC 50/1995, FJ 5—); dicha norma fue modificada por LO 6/1998, atribuyendo tal facultad al Juez de lo contencioso-administrativo (actual art. 91.2 LOPJ). Tanto con relación a la anterior regulación como a la actual, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el Juez que otorga la autorización de la entrada no es el juez de la legalidad y ejecutividad del acto administrativo, sino el **juez de la legalidad de la entrada en domicilio** (STC 76/1992, FJ 2, Sentencia del Pleno que declaró la constitucionalidad del precepto): no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo a ejecutar, sino que se limita únicamente a garantizar que la injerencia en el domicilio se lleven a cabo tras realizar una previa ponderación de los derechos en juego (SSTC 139/2004, FJ 2; 188/2013, FJ 2). En otras palabras, el juez «actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad

se produzca sin más limitaciones de esta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensable para ejecutar la resolución administrativa» (STC 144/1987, FJ 2).

Ciertamente, y dado que esa función no debe entenderse como un automatismo formal, autorizando mecánicamente las entradas que precisa la ejecución del acto administrativo (SSTC 137/1985, FJ 5; 76/1992, FJ 3; 171/1997, FJ 2), será necesario que el Auto habilitante, tal como ya hemos afirmado con carácter general, realice una **ponderación de los intereses en conflicto**, a partir de una individualización de las circunstancias del caso; en particular, «que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio... la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que este sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto» (SSTC 76/1992, FJ 3; 171/1997, FJ 2; 136/2000, FF. JJ. 3 y 4; 139/2004, FJ 2), así como los restantes requisitos de motivación ya citados más arriba, a salvo, obviamente, de los privativos del ámbito penal.

3. El consentimiento

Como se ha afirmado más arriba, una de las garantías esenciales del derecho a la inviolabilidad del domicilio es la facultad de su titular de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona, especialmente del poder público. Por ello, el consentimiento, más que una excepción a la lesión del derecho, se configura como el ejercicio del mismo por su titular.

El consentimiento no necesita ser expreso, admitiéndose por el Tribunal Constitucional la validez del prestado tácitamente (STC 22/1984), si bien la mera falta de oposición a

la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (STC 209/2007, FJ 5; sobre esto, véase *infra*). Ya sea expreso o tácito, el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización injerente, tal como destaca la STC 54/2015, FJ 5. En dicha sentencia, el Tribunal declara vulnerado el derecho fundamental por la entrada a las dependencias de una persona jurídica por funcionarios de la Agencia Tributaria en la que la solicitud de consentimiento prestado por los administradores de la sociedad —obligada tributaria— careció de la información suficiente, al no haber hecho hacer advertencia de derechos.

En esta materia, las situaciones más complejas que el Tribunal ha tenido que plantearse se han centrado en cómo articular el ejercicio de dicha garantía cuando son varios los titulares del derecho fundamental, así como también —y con carácter previo— ha tenido que determinar en algunos supuestos difíciles la propia existencia de una situación efectiva de cotitularidad, planteándose si, en el caso concreto, todo morador de un domicilio estaba legitimado para ejercitar dicha facultad de exclusión. Son, concretamente, dos Sentencias las que merecen reseñarse: STC 22/2003 y STC 209/2007. Por otra parte, con la segunda de ellas, como a continuación se mencionará, se plantea en toda su complejidad la cuestión referida al carácter expreso o tácito del consentimiento.

En la primera de ellas se planteaba la **cotitularidad** del derecho respecto de un matrimonio con relación a una entrada y registro motivada por la investigación de un delito de amenazas tras la denuncia formulada por la mujer contra su pareja. Una vez estando detenido el marido, la mujer consintió la entrada a la policía para el registro de la vivienda. Planteado por el recurrente que el interés directo de la mujer en la investigación privaba a su consentimiento de validez, el Tribunal esta-

blece la siguiente doctrina para estos supuestos (STC 22/2003, FF. JJ. 7 y 8):

a) Como regla general, en una situación de convivencia normal cada uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho, o más en general, cada uno de los «cotitulares del domicilio de igual derecho» (FJ 6), está legitimado para prestar el consentimiento sobre la entrada de un tercero al domicilio común, sin que sea necesario recabar el del otro, dada la relación de confianza recíproca en que se asienta dicha relación. Inversamente, cada uno de los cotitulares posee una facultad de exclusión del domicilio. Ello implica que aunque la inviolabilidad domiciliaria corresponde individualmente a cada uno de los moradores, la titularidad para autorizar la entrada y registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio (aun cuando esta Sentencia no lo cita, el embrión de esta idea general podía rastreadarse en la STC 384/1993, FJ 4, en la que se rechazó la lesión del art. 18.2 CE sobre la base de que «la entrada en la vivienda del recurrente fue consentida por sus propios familiares»). La Sentencia reconoce acto seguido que ello puede dar lugar a situaciones paradójicas, en las que la titularidad para aceptar la entrada pueda enervar la funcionalidad del derecho para tutelar la vida privada de sus titulares. Expresado en los —más contundentes— términos del voto particular formulado a la misma, ello supondría otorgar «al cotitular del domicilio un poder de disposición sobre la intimidad de quien con él convive que resultaría inaceptable desde la perspectiva de protección reforzada de dicha intimidad en el ámbito domiciliario que consagra el art. 18.2 CE».

b) En aras a paliar tal consecuencia, introduce el Tribunal una excepción a dicha regla general: el consentimiento del titular del domicilio no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa. En otras palabras —más centra-

das al caso concreto—, la autorización de entrada y registro no puede quedar librada a la voluntad o los intereses de quienes se hallan al lado de las partes acusadoras, pues si así fuese no habría en realidad garantía alguna; máxime en el caso que enjuicia la citada STC 22/2003, en el que, estando separados los cónyuges, el registro se efectuó en la habitación del marido.

Más compleja es la estructura argumental de la reciente STC 209/2007, que analiza la figura del **precarista**. El supuesto es similar al anterior, con la —fundamental— diferencia de que la cotitularidad se plantea entre el titular de la vivienda y el «precarista», quien se halla temporalmente habitando la vivienda por «concesión graciosa» de aquel. La argumentación se desarrolla en una serie concatenada de relaciones regla-excepción:

a) Como *regla* general, el Tribunal, sirviéndose de la STC 10/2002 y de la condición de domicilio de la habitación de hotel, afirma categóricamente que el precarista es titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio (FJ 2).

b) Esa regla general implica que, en principio, cada uno de los cotitulares tendría una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario; no obstante, la particular circunstancia del precarista lleva a introducir una *excepción* a dicha facultad: «en estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de domicilio resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su domicilio y organizar de tal modo su vida personal. Puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede graciosamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las

entradas que el titular originario del domicilio consienta en el mismo (FJ 4).

c) Ahora bien, esta excepción puede, a su vez, excepcionarse [el Tribunal Constitucional habla de «la *excepción de la excepción* que provoca el regreso a la regla general» (cursiva añadida)] en aquellos casos en los que la intromisión en el domicilio sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquel por parte de los agentes de la autoridad. La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de domicilio debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada» (FJ 4).

A tenor de esta conclusión, en principio habría debido concederse el amparo al recurrente, quien sí podía ejercer esa facultad de exclusión por cuanto la finalidad de la entrada en la vivienda, en el caso objeto de análisis por la citada Sentencia, no era otra que su detención. No obstante, el Tribunal termina por rechazar la pretensión del actor, a partir de la consideración de que el demandante consintió tácitamente en la entrada en la vivienda. La cuestión relativa al **consentimiento tácito** apenas ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina constitucional; tan escasa es, en realidad, que la única referencia previa a la STC 209/2007 que puede encontrarse es una mención incidental y sin trascendencia sobre el fondo en la STC 22/1984, FJ 3, afirmando que el consentimiento no necesita ser expreso. No puede por menos que sorprender que, con tan precario bagaje teórico, la STC 209/2007 asuma la validez del consentimiento tácito sin efectuar un mínimo esfuerzo exegético, y que lo haga en un caso tan dudoso como el que le tocó revisar, sin que, por lo demás, la conclusión a la que llega sea mera confirmación de lo afirmado por los tribunales ordinarios (estos habían avalado la entrada entendiéndolo que el consentimiento del

arrendatario era suficiente). En la Sentencia citada, el Tribunal comienza por asumir que el art. 18.2 CE requiere un consentimiento, sin que sea suficiente la falta de oposición a la entrada; sin embargo, acto seguido afirma que en determinados contextos dicha falta de oposición puede ser indiciaria de la concurrencia de un consentimiento tácito. Y concluye que uno de esos contextos propicios es el del comorador en precario frente a la autorización de entrada del titular originario del domicilio, de modo que la autorización de éste, junto con la pasividad del recurrente ante ese hecho, permite afirmar la concurrencia del consentimiento del demandante de amparo (FJ 5).

4. La flagrancia delictiva

A diferencia del concepto anterior, el significado del término de la flagrancia delictiva sí ha sido perfilado por el Tribunal constitucional, especialmente en la conocida STC 341/1993, que declaró inconstitucionales algunos preceptos de la LO 1/1992, de Seguridad Ciudadana, incluido el que aspiraba a definir el concepto de flagrancia.

El Tribunal considera legítimo que el Legislador desarrolle el contenido de un concepto constitucional como el de flagrancia, pero sin que pueda exceder su contenido esencial, defecto en que incurría el art. 21.2 LOSC. Dicho artículo asumía como delito flagrante «el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito». Define el Tribunal el concepto de flagrancia como la «situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” —visto directamente o percibido de otro modo— en

el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito», considerando que le son inherentes dos connotaciones básicas: la evidencia del delito y la urgencia de la intervención policial. A partir de esa premisa, considera que las expresiones que utiliza el precepto cuya constitucionalidad se recurría, «conocimiento fundado» y «constancia», «en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios fundados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia» (FJ 7).

Dicha concepción es concretada y, quizá en algún extremo, matizada, por la STC 94/1996. De una parte, concreta que la urgencia se predica no solo de la finalidad de impedir la consumación del delito, detener a la persona supuestamente responsable del mismo o proteger a la víctima, sino también para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito (FJ 4). De otra parte, con relación a la evidencia delictiva, entiende que puede darse, aunque no se dé una percepción directa, bastando con un «conocimiento evidente» a partir de «indicios racionales y vehementes» de carácter objetivo y «alejados de la simple conjetura o de la mera sospecha» (FJ 5).

5. Irregularidades en la práctica de la entrada y registro. Relevancia para el derecho a la inviolabilidad domiciliaria

La relevancia para el derecho fundamental de las irregularidades que puedan cometerse por quienes efectúen la entrada y registro es, en realidad, ninguna. A este respecto, el Tribunal ha reiterado que una vez obtenido el mandamiento judicial «la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se

mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio» (por todas, STC 219/2006, FJ 7). Podrán tener, eventualmente, relevancia a los efectos de la validez de la práctica de prueba y, con ello, para el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 94/1999, FJ 3), en el sentido de que, si bien puede no ser admisible la incorporación al acervo probatorio la diligencia de entrada y registro como prueba preconstituida, el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (STC 197/2009, FJ 8).

Así, se ha rechazado la alegada lesión del art. 18.2 CE en supuestos como la ausencia del interesado en el registro, incluso estando detenido, la ausencia del abogado (SSTC 219/2006; 197/2009, FJ 8), la falta de notificación del Auto de entrada (STC 171/1999, FF. JJ. 11 y 12), la ausencia del Secretario judicial (entre otras, SSTC 133/1995, FJ 4; 94/1999, FJ 3; 87/2001, FJ 4), o la falta de firma de los folios del acta del registro (SSTC 41/1998, FJ 35; 87/2001, FJ 4).

III. LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO

El derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos ante la concurrencia de los estados de alarma, excepción y sitio, según recoge el art. 55.1 CE. Además de ese régimen de suspensión general, prevé también la Constitución, en su art. 55.2, la **suspensión individual** de la inviolabilidad domiciliaria ante la investigación relativa a bandas terroristas. El Tribunal Constitucional no ha efectuado pronunciamientos concretos sobre la suspensión general del derecho concernido, por lo que no abundaremos sobre dicha cuestión aquí. Sí lo ha hecho, en cambio, sobre la

suspensión para personas determinadas, avalando la constitucionalidad del art. 16 de la LO 9/1984 en la STC 199/1987, artículo que es trasunto del actual art. 553 LECrim., introducido por LO 4/1988.

El citado art. 553 LECrim. establece que en casos de excepcional y urgente necesidad, cuando se trate de personas presuntamente integradas o relacionadas con grupos terroristas, los agentes de policía podrán proceder «de propia autoridad» y, por tanto, sin previa autorización judicial, a su detención cualquiera que sea el domicilio donde se oculten, así como al registro que haya de realizarse en el mismo con ocasión de la detención. De dicho registro habrá de darse cuenta inmediata al juez. Si bien la constitucionalidad de este precepto no ha sido recurrida (aun cuando sí lo fueron otros artículos de la LO 4/1988, lo que dio lugar a la STC 71/1994), puede afirmarse que, indirectamente, sí ha recibido un refrendo de constitucionalidad en la citada STC 199/1987, en cuanto que, como acaba de afirmarse, su contenido es prácticamente idéntico al del art. 16 de la LO 6/1984 (con la diferencia de que en este se disponía que era el Ministro del Interior quien debía dar cuenta al juez). De cualquier modo, debe ponerse de relieve que las dudas de constitucionalidad, y, por tanto, el canon de control empleado no fue el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino el art. 55.2 CE.

El Tribunal asume que una intervención judicial previa a la entrada en el domicilio no supondría en realidad diferencia alguna con el contenido del art. 18.2 CE, por lo que no estaríamos ante la suspensión del derecho que establece el art. 55.2 CE. Partiendo de esa necesidad de ponderar el respeto a la exigencia de la garantía judicial (que también el art. 55.2 CE impone) con la efectividad de la suspensión del derecho, considera la STC 199/1987 que la ley ha querido limitar la posibilidad de injerencia en el domicilio sin intervención judicial previa a supuestos excepcionales en los que resulta absolutamente imprescindible tal medida y en las que el retraso que conlleva la

autorización judicial haría inviable el éxito de la detención y el registro. Por ello, entiende que la ponderación entre ambas directrices constitucionales es adecuada, teniendo en cuenta, además, que, frente a lo que afirmaban los recurrentes, la intervención judicial

posterior no se limita a la mera recepción de la información, pues el juez mantiene incólume su capacidad de control judicial y la facultad de revisar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial (FJ 9).

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., *Temas básicos de Derecho constitucional*, Tomo III: *Tribunal Constitucional y Derechos fundamentales*, Madrid, 2001, págs. 157 y ss.

CABEZUDO BAJO, M. J., *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid, 2004.

ESPÍN TEMPLADO, E., «La inviolabilidad del domicilio y el concepto de flagrancia», *Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex*, núm. 8, 1993, págs. 85 y ss.

FERRERES COMELLA, v., «La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial ¿una cuestión irrelevante?», *RATC*, núm. 1/2002, págs. 1-16 (edición web).

FIGUEROA NAVARRO, M. C., «Las diligencias de entrada y registro domiciliario», *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, págs. 1-17 (edición web).

GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J. L., «Derecho a la inviolabilidad del domicilio», en GONZÁLEZ TREVLIANO, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1992.

LÓPEZ BASAGUREN, A., «La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas», *REDE*, núm. 5, 2003, págs. 183 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, sobre la clausura de un bar en Sevilla)», *RAP*, núm. 115, 1988, págs. 220 y ss.

MATIA PORTILLA, J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1997.

ARTÍCULO 18.3

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Sumario: I. *Ámbito de protección y delimitación frente al art. 18.1 CE.* II. *Garantías constitucionales que legitiman la intervención de las comunicaciones.* 1. *La intervención de comunicaciones telefónicas.* A) *El problema de la norma habilitante.* B) *El respeto al principio de proporcionalidad.* C) *La autorización judicial: exigencias de motivación y la exigencia de un proceso.* D) *El control judicial de la ejecución de la medida.* 2. *La intervención de comunicaciones postales.* III. *Intervención de comunicaciones de internos en centros penitenciarios.* 1. *Comunicaciones genéricas.* A) *Exigencia de motivación.* B) *Doble notificación de la medida.* C) *Límite temporal.* 2. *Comunicaciones con Abogado o Procurador.* 3. *Comunicaciones con autoridad judicial o Ministerio Fiscal.*

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

I. ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN FRENTE AL ART. 18.1 CE

El art. 18.3 de la Constitución garantiza «el secreto de las comunicaciones y, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

A) Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7, el Tribunal Constitucional sostiene que el bien jurídico protegido en este precepto es, a través de la imposición a todos del secreto, la **libertad de las comunicaciones**, cualquiera que sea el sistema empleado para interceptarlas. Lo cual significa que se garantiza la **impenetrabilidad de la comunicación para terceros, públicos o privados** (pues el derecho posee eficacia *erga omnes*), tanto en lo referido al contenido del mensaje, como a otros aspectos de la misma, en concreto, a la identidad de los interlocutores o corresponsales (haciéndose eco, en este punto, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone*, STEDH de 2 de

agosto de 1984). Y ello con independencia de que tales datos pertenezcan o no al ámbito de lo personal, íntimo o reservado, puesto que el concepto de **lo secreto tiene carácter formal** (se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, tanto en lo relativo a sus aspectos externos como a su contenido, con independencia de su carácter íntimo o no) y no material. Lo que sí se considera indispensable para configurar el ilícito constitucional es la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, pues «no hay “secreto” para aquel a quien la comunicación se dirige». Por tanto, quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes o el interlocutor que graba la conversación telefónica no están violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que, si lo transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen vulnerar el art. 18.1 de la Constitución. «Quien graba una conversación de otros atenta,

independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales *ex art. 18.3*, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal *ex art. 18.1*, garantía esta que, *a contrario*, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo solo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana».

B) La jurisprudencia sentada en esta primera Sentencia de referencia sigue plenamente vigente, habiendo sido reiterada y precisada en Sentencias más recientes, que han incidido en la delimitación del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) frente al ámbito del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a partir de la idea de **interferencia en un proceso de comunicación**, ya apuntada en la STC 114/1984. Así, la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9, tras recoger la doctrina anterior, afirma con rotundidad que lo protegido por el art. 18.3 CE es el proceso de comunicación mismo, frente a cualquier interferencia no consentida ni autorizada judicialmente; pero una vez finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional sería, en su caso, la brindada por el art. 18.1 CE. En consecuencia, rechaza que la apertura por parte de la policía en el momento de la detención de unas hojas de papel dobladas halladas en el interior de la agenda del detenido (que resultaron ser una carta) vulnere el art. 18.3 CE, por cuanto tal intervención «no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se

ha consumado», reconduciéndose la queja a la eventual vulneración del derecho a la intimidad. En el mismo sentido se pronunciaron, más recientemente, las SSTC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3 y 115/2013, de 9 de mayo, FF. JJ. 3 y 4, respecto del acceso policial en el marco de un operativo a la agenda de contactos de un teléfono móvil, practicada sin consentimiento del afectado, ni autorización judicial. En ambos casos se rechaza la vulneración del art. 18.3 CE, en la medida en que no se accedió al proceso comunicativo mismo, sino tan solo a un listado de números telefónicos, a una agenda contenida en un móvil. No obstante, la STC 115/2013, dictada por el Pleno del Tribunal, destaca en su FJ 4 que el caso sería distinto si la policía hubiera accedido «a cualquier otra función del teléfono móvil que pudiera desvelar procesos comunicativos, supuesto en el que tal acceso solo resultaría constitucionalmente legítimo si media consentimiento del propio titular del terminal o autorización judicial, dada la circunstancia indubitada de que un teléfono móvil es un instrumento cuyo fin esencial es la participación en un proceso comunicativo protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones *ex art. 18.3 CE*». Añade el Tribunal que, dada la versatilidad tecnológica alcanzada por los teléfonos móviles y sus múltiples funciones en la vida cotidiana, en el acceso a los mismos pueden verse afectados múltiples derechos fundamentales; por ello, «el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de la ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad».

Inciden también en la idea de la interferencia en el proceso de comunicación como criterio clave, los pronunciamientos de las SSTC 123/2002, de 20 de mayo, FF. JJ. 5 y 6 (que sostiene que el **registro de llamadas** y la remisión del listado a la policía por la compañía telefónica forma parte del **ámbito de pro-**

tección del art. 18.3 CE, en la medida en que la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación mientras este está teniendo lugar. No obstante, se precisa que no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia frente a las escuchas telefónicas, dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad); 137/2002, de 3 de junio, FJ 3 (que rechaza la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones al no haberse producido una interferencia en el proceso de comunicación, pues el paquete postal se interceptó y abrió antes de depositarse en las oficinas postales para su remisión al destinatario); 56/2003, de 24 de marzo, FF. JJ. 2 y 3 (que rechaza la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando uno de los interlocutores de la comunicación telefónica autoriza expresamente a la Guardia civil a registrar sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban) y 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3 (que, en relación con las comunicaciones postales, señala que el envío de mercancías o el transporte de objetos a través del servicio postal no queda amparado por el art. 18.3 CE, puesto que su objeto no es la **comunicación postal** en el sentido constitucional del término, que abarca solo la transmisión de mensajes, en cualquier soporte y lenguaje).

C) En definitiva, el derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad tanto del **contenido de la comunicación** como de la **identidad de los comunicantes** y otros **aspectos externos de la misma** (momento, duración, destino), durante el proceso de comunicación y frente a terceros públicos y privados ajenos al citado proceso, y cualquiera que sea el medio empleado para la transmisión. Antes y después de finalizado el proceso y respecto de los propios comunicantes, la eventual protección constitucional que merezca el contenido de lo comunicado o la identidad de los comunicantes no pertenece al ámbito de protección del art. 18.3 CE, sino en su caso al ámbito del de-

recho a la intimidad (art. 18.1 CE), siempre que exista un deber de reserva en la difusión de tales datos, que ya no tiene contenido formal, sino material.

D) Si bien la jurisprudencia se ha centrado mayoritariamente en la definición de las garantías constitucionales que legitiman una injerencia estatal (en el marco de una investigación penal o en el ámbito penitenciario) en el secreto de las comunicaciones, existe algún pronunciamiento reciente respecto de la intervención por parte del empresario de comunicaciones electrónicas realizadas por trabajadores haciendo uso de ordenadores o herramientas informáticas de la empresa.

Aunque el TC se hace eco de la doctrina del TEDH y reconoce la vigencia de este derecho fundamental en el ámbito laboral (SSTC 241/2012 de 17 de diciembre, FJ 6; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 3), sorprende la falta de matices y el escaso ámbito reconocido al mismo frente al poder de dirección del empresario. Al cumplimiento de las condiciones de uso de los ordenadores y equipos informáticos propiedad de la empresa parece supeditar el Tribunal la vigencia del derecho fundamental. Si los trabajadores incumplen lo ordenado, sus comunicaciones dejan de estar protegidas y la injerencia se considera legítima. De modo que es el propio empresario quien delimita el ámbito de protección del art. 18.3 CE, al fijar las condiciones de uso de los equipos informáticos de la empresa.

La primera de estas resoluciones, la STC 241/2012, de 17 de diciembre, considera legítima la intervención empresarial de la comunicación entre dos trabajadoras a través de un programa de mensajería instalado en el ordenador de la empresa, basándose en que se trataba de un ordenador de uso común y sin clave de acceso; y en la existencia de una prohibición expresa de instalación de programas por parte de la empresa, en el uso de su legítima facultad organizativa. Todo lo cual excluiría cualquier expectativa fundada de confidencialidad o secreto derivada del uso

del citado programa, en palabras del Tribunal. Como se destaca en el Voto particular, olvida la Sentencia la doctrina general sobre este derecho fundamental sentada en la STC 114/1984, así como la jurisprudencia que afirma que la mera desatención de una orden empresarial no puede justificar la lesión de un derecho fundamental (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 5). El incumplimiento de lo ordenado puede dar lugar a una sanción, pero no legitima sin más la intervención de las comunicaciones.

Dicha doctrina es reiterada —de forma innecesaria en el caso, pues la propia Sentencia afirma que no se interfirió un proceso de comunicación, sino que el mismo ya había finalizado— por la STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4. En este caso, se analiza la legitimidad de una intervención empresarial del correo electrónico de un empleado, utilizado con fines extralaborales, pese a la prohibición expresa de hacerlo establecida en el Convenio colectivo. Esa expresa prohibición convencional es considerada clave para afirmar que no podía existir en el trabajador una expectativa fundada de confidencialidad respecto de las comunicaciones mantenidas a través de esa cuenta de correo, puesto que tal prohibición llevaba implícita la facultad de controlar la utilización del correo y verificar el cumplimiento de la prohibición. Por lo que entienden que la comunicación se realiza a través de un canal «abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE».

II. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE LEGITIMAN LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Más allá de las anteriores precisiones conceptuales, el desarrollo jurisprudencial del contenido del art. 18.3 CE se ha centrado,

fundamentalmente, en la definición de las garantías constitucionales que permiten la intervención de las comunicaciones y, en concreto, las telefónicas. Una labor que resulta de especial trascendencia, dado que el art. 18.3 CE contiene la habilitación para la injerencia en el derecho fundamental, pero no hace referencia alguna a los presupuestos y condiciones en que la misma puede llevarse a cabo y —como veremos a continuación— la regulación legal presenta importantes deficiencias.

Con carácter general dichas garantías son: la existencia de una previsión legal de la medida de intervención con suficiente precisión, la autorización judicial —en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada— y la ejecución de la medida con estricta observancia del principio de proporcionalidad, esto es, que su adopción responda a un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, y sea idónea e imprescindible para la consecución de tal fin, debiendo comprobarse la proporcionalidad de la medida a partir del análisis de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FF. JJ. 6 y 7; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9, dictadas por el Pleno de este Tribunal).

1. La intervención de las comunicaciones telefónicas

A) *El problema de la norma habilitante*

a) Si bien el art. 18.3 CE no contiene una referencia expresa a la exigencia de previsión legal de las medidas que restringen el derecho al secreto de las comunicaciones, dicho requisito sí se prevé en el art. 8 CEDH, que ha de servir de pauta interpretativa conforme a lo previsto en el art. 10.2 CE. Y precisamente a partir de la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo y de la jurisprudencia del TEDH, ya la STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3, apunta la **exigencia de habilitación legal** para la

legitimidad constitucional de la intervención de las comunicaciones telefónicas. Idea reiterada y desarrollada por el Pleno del Tribunal en la STC 49/1999, de 5 de abril, FF. JJ. 4 y 5.

En esta última Sentencia, el Tribunal Constitucional parte de que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales precisa una habilitación legal, ora incida sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condiciones su ejercicio (art. 53.1 CE). Reserva de ley que implica tanto la existencia de una ley en sentido formal que ampare la injerencia en el derecho fundamental, como una cierta «calidad» de la misma, derivada de las exigencias de seguridad jurídica y certeza, lo que se traduce en la exigencia de que el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para articular una **norma precisa, clara y detallada**, que garantice las expectativas razonablemente fundadas del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder público en la aplicación del Derecho, esto es, que indique en qué circunstancias y bajo qué condiciones de habilita a los poderes públicos para tomar tales medidas. Con ese punto de partida, y a la luz de la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin c. Francia* y *Huvig c. Francia*; de 25 de marzo de 1998, caso *Kopp c. Suiza* y, muy especialmente, STEDH de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela c. España*) se concretan las exigencias mínimas relativas al contenido o «calidad» de la ley en las siguientes: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o

puesta en libertad. Y, debiendo interpretarse lo dispuesto en el art. 18.3 CE conforme a dicha doctrina, concluye que el Ordenamiento Jurídico español—anterior a la reforma llevada a cabo por la LO 4/1988, de 25 de mayo—no cumplía con tales exigencias, por lo que la regulación legal era contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE.

Ahora bien, la **insuficiencia de la ley** constituye una **vulneración autónoma** del derecho fundamental e independiente de cualquier otra, que solo el legislador puede remediar. Dicha vulneración genera un peligro para todos aquellos a los que las medidas de intervención telefónica pudieran aplicarse, pero no implica necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención [STEDH de 12 de julio de 1988, caso *Schenck*, FJ I. A), y caso *Valenzuela*, FJ I]. Pues si los órganos judiciales «hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas».

b) Con posterioridad, tras una reforma legislativa que modificó la redacción del **art. 579 LECrim. (LO 4/1988, de 25 de mayo)**, y tras una nueva condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo c. España*, en la que se afirma que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por su jurisprudencia para evitar los abusos), el Tribunal Constitucional volvió a pronunciarse en Pleno, en la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5, acerca de la **insuficiencia también del nuevo precepto** como norma

habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. En concreto, se le reprocha que «la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas». A lo que se añade —teniendo en cuenta que el TEDH ha declarado la existencia de vulneración del art. 8 CEDH por ausencia de previsión legal si la legislación «no regula de forma detallada el caso de los **interlocutores escuchados “por azar”**, en calidad de “partícipes necesarios” de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones» (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61)— que solo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquellos se comunican y que, inicialmente, son ajenos al proceso penal.

Por último, el Tribunal (FJ 7) rechaza el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 579 LECrim., por considerarlo inútil (pues la inconstitucionalidad deriva no del contenido de la ley, sino de lo que esta silencia y ni siquiera a través de una sentencia interpretativa podrían colmarse todos los vacíos con la necesaria precisión) y perturbador (dado que una declaración de inconstitucionalidad por defecto del art. 579 LECrim. agravaría la falta de certeza y seguri-

dad jurídica, y produciría mayor vacío, dejando absolutamente desprotegidos los intereses constitucionalmente relevantes que se tutelan en ese precepto y dejando al ordenamiento desprovisto de toda habilitación legal). Ante lo cual se realiza una nueva y urgente llamada al legislador, para que supla las citadas deficiencias en el plazo más breve posible, recordando que, hasta entonces y siquiera provisionalmente, la jurisprudencia del Tribunal, unificada y consolidada por la STC 49/1999, constituye doctrina aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria, de modo que su actuación conforme a la misma determinará la legitimidad constitucional de sus resoluciones.

c) Fijada la doctrina en estos términos, y ante nuevas demandas de amparo que denuncian la vulneración del art. 18.3 CE derivada de las insuficiencias de la regulación legal, el Tribunal ha reiterado el carácter autónomo de la vulneración y que solo puede tener efectos sobre las resoluciones impugnadas si la actuación de los órganos judiciales es constitucionalmente ilegítima a la luz de los parámetros fijados por la doctrina de este Tribunal desde la STC 49/1999. En este sentido cabe citar las SSTC 26/2006, de 30 de enero, FJ 5; 219/2006 y 220/2006, de 3 de julio, FJ 2; y más recientemente la STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7, que declara la vulneración del art. 18.3 CE, por ausencia total de norma habilitante (rechazando que pueda serlo el art. 579 LECrim.), en relación con unas grabaciones de las conversaciones verbales de los detenidos practicadas en los calabozos.

B) *El respeto al principio de proporcionalidad*

Desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, el Tribunal Constitucional, apoyándose su propia jurisprudencia (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 7; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4) y en la del TEDH (SSTEDH de 24 de abril

de 1990, caso *Huwig c. Francia* y caso *Kruslin c. Francia*; de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras c. España*) viene afirmando que del principio de proporcionalidad —como principio general que en el ámbito de los derechos fundamentales se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas— se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas ha de limitarse a las dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas (entre los que se halla, entre otros, la defensa del orden y la prevención de los delitos calificables como graves) y solo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.

a) Por tanto, el primer presupuesto que habilita constitucionalmente la adopción de la decisión judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas es la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de una **infracción punible grave**, en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida [por todas, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3.a); 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4; 104/2006, de 3 de abril, FJ 3]. Esta primera exigencia nos lleva a realizar algunas precisiones en cuanto al **alcance objetivo** de la medida, esto es, al tipo de hechos que pueden ser investigados a través de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Por una parte, ha de tenerse en cuenta que la **gravedad del hecho** no se determina exclusivamente en atención a la pena legalmente prevista para el delito investigado (aunque obviamente este factor ha de ser tenido en cuenta), sino también teniendo en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de la conductas. Así se establece, entre otras, en las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 18 de enero, FJ

3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 3; 82/2002, de 22 de abril, FJ 4, relativas todas ellas al delito de contrabando de tabaco a gran escala y a través de una organización compleja, circunstancias tenidas en cuenta en la ponderación para afirmar la gravedad del hecho, así como la incidencia social, económica y recaudatoria de tal actividad. También en la STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8 —en relación con un delito finalmente calificado como hurto— se afirma que, en atención a las circunstancias concurrentes *ex ante* en el caso —posible infidelidad de los empleados a la empresa denunciante, gran dimensión de la empresa y cantidad de especial y cualificada gravedad—, no podía ser calificado como infracción leve. En las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4, y 104/2006, de 3 de abril, FJ 4, relativas ambas a la investigación de delitos contra la propiedad intelectual, se afirma igualmente la gravedad de lo investigado, teniendo en cuenta la trascendencia social y relevancia jurídico penal y la potencialidad lesiva derivada del uso de instrumentos informáticos. Y en la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 10, en relación con delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, se señala su relevancia estructural para el funcionamiento del Estado y la trascendencia social, por el socavamiento de la confianza de los ciudadanos en aquel y en las instituciones. Por el contrario, en la STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 5, sí se afirma la vulneración del principio de proporcionalidad, ante la falta de justificación del carácter delictivo de los hechos investigados, pese a su relevancia social (al referirse a la correcta gestión de ayudas abonadas con fondos europeos), pues al no especificarse la importancia cuantitativa y cualitativa, o su alcance, no existen datos que puedan sustentar el carácter delictivo, dado que el fraude en materia de subvenciones solo era delito a partir de un determinado importe de defraudación.

Por otra parte, lo que la doctrina ha denominado **principio de especialidad** determina que la autorización judicial para la intervención telefónica se otorga para la investigación de un determinado delito grave (no para el descubri-

miento genérico de delitos, pues las escuchas prospectivas e indiscriminadas serían contrarias a las exigencias del principio de proporcionalidad; por todas, STC 49/1999, FJ 7), por lo que si en el marco de una intervención autorizada para un delito se investiga otro, sin conocimiento del Juez, se estaría vulnerando el art. 18.3 CE. Otra cuestión —que se abordará en el apartado relativo al control judicial de la medida— es la posibilidad de ampliar el objeto de la investigación, siempre previa autorización judicial.

b) Ahora bien, como señala la STC 49/1999, FJ 8, para la legitimidad constitucional de la medida no basta invocar frente al secreto de las comunicaciones el interés público propio de la investigación de un delito grave, sino que es preciso verificar también la existencia de una **conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado**, para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad). Dicha conexión entre el sujeto o sujetos que han de verse afectados por la medida y el delito investigado constituye el presupuesto habilitante de la medida y es un *príus* lógico del juicio de proporcionalidad. «Atendiendo al sujeto sobre el que recaen, solo serán lícitas las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos» y ello porque —por exigencias de proporcionalidad— el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para realizar investigaciones meramente prospectivas, «para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso *Klass*, núm. 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional» (STC 49/1999, FJ 8).

Al respecto, numerosas Sentencias hacen referencia a la importancia de identificar las concretas personas investigadas como titulares o usuarias del teléfono intervenido, como expresión del **alcance subjetivo** de la medida (entre otras, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 138/2001, de 18 de junio, FJ 5 o 184/2003, de 23 de octubre, FJ 10). Ahora bien, como señalábamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3, del conjunto de la jurisprudencia constitucional no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones orientadas precisamente a identificar sospechosos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error en la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. «A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía —por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos— esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando estos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas». Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida, es la **exclusión de las escuchas prospectivas**, por cuanto estas suponen un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental. Por ello, «tan solo resultará constitucionalmente exigible la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas, debiendo valorarse la suficiencia o no de los datos aportados a tal efecto en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida en cada caso concreto».

A partir de aquí, puede afirmarse la legitimidad constitucional de la intervención de las

conversaciones no solo de las personas sobre las que inicialmente recaigan los indicios (STC 49/1999, FJ 3), sino también de las personas con las que estos comunican y que comunican con estos, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado. Y autorizada en esos términos la intervención telefónica, corresponderá al Juez, a través del control de la ejecución de la misma, discriminar cuáles son las conversaciones relevantes para la investigación y mantener, alzar u ordenar nuevas intervenciones, en función de los datos obtenidos [cfr. *infra* D) El control judicial de la ejecución].

C) *La autorización judicial: exigencias de motivación y la exigencia de un proceso*

Desde la STC 49/1999, FJ 7, se viene afirmando que forman parte también del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Estas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad al que antes se ha hecho referencia y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de esta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4; 26/2010, de 27 de abril, FJ 2).

a) En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los **presupuestos materiales habilitantes** de la intervención: los datos objetivos sobre la posible comisión de un hecho delictivo grave y sobre la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. En palabras de la STC 49/1999, FJ 8: «La relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas que,

como las creencias, no son sino meramente anímicas, precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido».

Con este punto de partida, la jurisprudencia posterior —teniendo en cuenta el tenor literal del art. 579 LECrim., al exigir «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim.) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim.)— viene afirmando que la resolución judicial ha de explicitar la existencia de **indicios** tanto de la existencia de un delito grave como de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de **hecho o dato objetivo**, en el doble sentido de que sean accesibles a terceros y proporcionen una base real de la que pueda inferirse la comisión de un delito grave (por todas, y entre otras muchas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 220/2006, de 3 de julio, FJ 3; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4; 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4; 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 2). Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha

sido su resultado por muy provisional que este pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada *a posteriori* por el éxito de la investigación misma (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). También ha destacado el Tribunal que «la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa» (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 4). Por último, en la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11 se considera insuficiente motivación la basada exclusivamente en un escrito anónimo de denuncia, sin investigación ulterior alguna para corroborar siquiera la verosimilitud de las imputaciones. «La intervención de las comunicaciones, como acto limitativo de un derecho fundamental, no puede ser la primera medida de investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar la eventual existencia de medios alternativos de investigación».

b) Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que este controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de

abril, FJ 7 y ss.; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4; 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 2).

En cuanto al **límite temporal** de la medida, este ha de especificarse en la resolución judicial, se vincula a un lapso temporal y —al margen del ámbito penitenciario— exige la fijación de una fecha tope o un plazo. El cómputo de dicho plazo debe llevarse a cabo desde la fecha en que se dictó la resolución judicial autorizando la intervención, y no desde que la misma comenzó a hacerse efectiva. Lo contrario compromete la seguridad jurídica y *de facto* daría lugar a que la restricción del derecho fundamental no tuviera un alcance temporal limitado con la suficiente concreción (la policía podría demorarse meses en comenzar a ejecutar la medida, produciendo una especie de suspensión individualizada del derecho fundamental) y resultaría por ello desproporcionada y vulneradora del art. 18.3 CE, dejando en manos de la policía —y no del juez— la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo (SSTC 205/2005, de 18 de julio, FJ 5; 26/2006, de 30 de enero, FJ 9).

c) Explicitados todos los datos anteriores en la resolución judicial, fundamentalmente el presupuesto habilitante, como base de la adopción de la medida, de la jurisprudencia constitucional parece desprenderse que —aunque sería deseable— la explicitación del juicio de proporcionalidad no resulta imprescindible siempre que *a posteriori* se compruebe la idoneidad y estricta necesidad de la medida. Así se apunta en la STC 49/1999, FJ 7 («pueda hacerse, siquiera *a posteriori* en necesario juicio de proporcionalidad») y se afirma expresamente en la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5: «No se requiere que la resolución judicial explicita el juicio de proporcionalidad pero sí que aporte los elementos necesarios para que ese juicio pueda llevarse a cabo posteriormente atendiendo a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento».

d) Y aunque también es deseable que la resolución judicial contenga en sí mismas todos los datos anteriores, el Tribunal ha admitido la **motivación por remisión**, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4).

e) Por lo que respecta a las **prórrogas y a las nuevas intervenciones** acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en las resoluciones que acuerdan las prórrogas, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones por las que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida [SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c); 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 26/2010, de 27 de abril, FJ 2].

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas [por todas, SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c); 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 6; 26/2010, de 27 de abril, FJ 2].

f) Por último, desde la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 6, el Tribunal Constitucional viene señalando que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con la concurrencia formal de una autorización procedente de un órgano jurisdiccional (en el caso del Ordenamiento español, el Juez de Instrucción, al que la LECrim. configura como titular de la investigación oficial), sino que esta ha de ser **dictada en un proceso**, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. Al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso es posible el control inicial por parte del Ministerio Fiscal —como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadano—, en el periodo en que se desarrolla la misma, sin conocimiento del interesado y, posteriormente, cuando la medida se alza, por el propio interesado, que ha de poder conocer e impugnar la medida. «Tal garantía existe también cuando, como en este caso, las de por sí discutibles “diligencias indeterminadas” se unen, pese a todo, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto».

Posteriores resoluciones, invocando esa doctrina, han estimado la existencia de una vulneración del art. 18.3 CE fundada en la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución que autoriza la intervención telefónica, pues ello impide el control inicial de la medida en sustitución de interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos (SSTC 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 5; 165/2005, de 20 de junio, FJ 7; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 5). Dicha doctrina resultaba discutible, pues —como se afirmaba en el Voto particular a la STC 259/2005—, la garantía judicial del art.18.3 CE es un mecanismo preventivo destinado a tutelar el derecho por el órgano al que la Constitución otorga el papel de garante de los derechos fundamentales (que es el Juez, no el Ministerio Fiscal) y no se alcanza a

comprender cuál es la razón por la que una intervención telefónica en la que se observan todas las garantías constitucionales, tanto en su adopción como en su ejecución, puede vulnerar el art. 18.3 CE por el solo hecho de la falta de notificación al Fiscal. Por ello, a partir de la STC 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 7, el Tribunal ha precisado que «lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica —tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas—, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese». Son numerosas las Sentencias posteriores que asumen esta matización de la doctrina en relación a la trascendencia constitucional de la falta de notificación al Ministerio Fiscal: SSTC 5/2010, de 7 de abril, FJ 3; 26/2010, de 27 de abril, FJ 5; 68/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 72/2010, de 18 de octubre, FJ 5; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 4; 87/2010, de 4 de noviembre, FJ 4; 219/2010 y 220/2018, de 21 de diciembre, FJ 6.

D) *El control judicial de la ejecución de la medida*

a) Las exigencias del principio de proporcionalidad imponen no solo la adopción de la medida a través de una resolución judicial que pondere la estricta necesidad de la misma en atención a un fin constitucionalmente legítimo, sino también que la ejecución de la misma se atenga a los estrictos términos de la autorización en su alcance objetivo, subjetivo y temporal (STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2). Por ello, porque es imprescindible para el mantenimiento de la restricción del derecho dentro de los límites constitucionales, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el **contenido esencial**

del derecho al secreto de las comunicaciones (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2; 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 5).

Ese control judicial exige la fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la intervención, así como de su cumplimiento por la policía, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las vicisitudes de su desarrollo y conozca los resultados obtenidos, para, a la vista de los mismos, autorizar las prórrogas, alzarla o adoptar las resoluciones que procedan (SSTC 49/1996, de 27 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 165/2005, de 20 de junio, FJ 8; 219/2006, de 3 de julio, FJ 6; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4). Para ello no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas, ni que el Juez proceda a la audición directa de las cintas originales, sino que —a estos efectos— el Juez puede tener suficiente conocimiento de los resultados obtenidos en la intervención a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes efectuados por quienes llevan a cabo la intervención (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 26/2006, de 30 de enero, FJ 8; 219/2006, de 3 de julio, FJ 6; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 6; 26/2010, de 27 de abril, FJ 4; 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 5).

Las eventuales irregularidades en el control judicial cometidas con posterioridad a la intervención, al incorporar sus resultados al proceso, no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones —pues no tienen lugar durante el acto limitativo del derecho—, sino en su caso del derecho al proceso con todas las garantías. Así, todo lo relativo a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin

perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que su defectuosa incorporación a las actuaciones no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir las grabaciones o su transcripción en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (por todas, SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 49/1999, de 5 de abril, FF. JJ. 12 y 13; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7; 82/2002, de 23 de abril, FJ 6; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 150/2006, de 22 de mayo, FJ 7; 9/2011, de 28 de febrero, FJ 3).

b) Si en el curso de la investigación se produce el **hallazgo casual** de otros hechos delictivos o de la participación de personas distintas a las investigadas, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales» (STC 104/2006, de 26 de marzo, FJ 3, citando la STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 33). Ahora bien, para poder afirmar que no existe una burla de las garantías del derecho fundamental afectado, la actuación de la policía tiene que mantenerse en el marco de la autorización concedida y proceder a dar cuenta al Juez de los resultados de la misma y, en concreto, de los hallazgos casuales objetivos o subjetivos, para que sea el Juez quien valore la posibilidad de ampliar la orden judicial inicialmente dada en la misma causa (si se trata de hechos conexos) o la necesidad de incoar una nueva causa (si el delito es completamente autónomo) y acordar, en su caso, tras una nueva valoración de los presupuestos habilitantes y de la proporcionalidad de la medida, una nueva intervención. Como señalamos en la STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3, si se pro-

duce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe el Juez adoptar la resolución que proceda, puesto que, en otro caso (SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*; de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, y de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*), las intervenciones constituirían una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

2. La intervención de comunicaciones postales

En principio, la doctrina establecida para la intervención de las comunicaciones telefónicas resulta aplicable a las comunicaciones postales en sus líneas esenciales: el objeto de protección es el proceso de comunicación y el levantamiento del secreto a la comunicación postal exige el respeto a las exigencias derivadas del principio de legalidad en materia de restricción de derechos fundamentales y una resolución judicial, debidamente motivada y conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2).

A) A diferencia de lo que ocurre con el secreto de las comunicaciones telefónicas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia es muy escasa y se ha centrado fundamentalmente en las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios (cfr. *infra* III). Sin embargo, la reciente STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3, ha abordado directamente esta cuestión, creando un cuerpo de doctrina que puede resumirse en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, que el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE —al igual que los derechos equivalentes consagrados en los convenios internacionales— **no se refiere al secreto postal**, sino al secreto de las comunicaciones postales, una noción más restringida, que no incluye todo intercambio o envío de objetos o señales realizado mediante los servicios pos-

tales, sino solo aquellos que impliquen alguna clase de **comunicación**. Y la comunicación, a efectos constitucionales, es «el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos». Por tanto, «el derecho al secreto de las comunicaciones postales solo protege intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la **correspondencia**».

b) En segundo lugar, se precisa que la noción de correspondencia no se circunscribe a la correspondencia **escrita** en sentido tradicional, sino que también incluye **otros soportes** idóneos para contenerla, como cintas de video, CD's o DVD's. Ahora bien, no gozan de protección constitucional los objetos que por sus propias características no son utilizados usualmente para remitir correspondencia, sino para el transporte de mercancías, ni aquellos en los que la regulación legal prohíbe que se incluya correspondencia.

c) También quedan también fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de correspondencia que se configuran legalmente como **abiertas**, en la medida en que **no son secretas**; así sucede en aquellos casos en que es legalmente obligatoria la declaración de su contenido o está legalmente previsto que pueda ser abierto o sometido a control.

d) Por otra parte, se señala que, si bien el procedimiento más habitual de vulneración del derecho será la **apertura de la correspondencia**, no puede descartarse la vulneración mediante otros procedimientos técnicos que permitan acceder al contenido del mensaje sin abrirlo. Además, también se vulnera el derecho si no se accede al contenido, sino a **otros datos**. «La existencia de la comunicación, la identidad de los correspondientes, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación,

son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien resta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio».

f) Finalmente, se señala que la tutela del art. 18.3 CE alcanza al **proceso de comunicación** tanto si se presta mediante **servicios públicos como privados**, al haberse liberalizado los servicios postales.

B) A partir de las anteriores precisiones conceptuales, la STC 281/2006, FJ 3, extrae como consecuencia que el envío de mercancías o el transporte de cualquier objeto, incluido el de enseres personales, no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación. Tales objetos quedarán protegidos por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), y sujetos al régimen constitucional de este derecho. Y, en lo que atañe al caso concreto, concluye que un paquete postal, en el que se halló droga, no es un instrumento o soporte de una comunicación postal, «pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: una casa de cartón con un peso aproximado de mil quinientos gramos, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie».

III. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES DE INTERNOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

Si bien las personas reclusas en establecimientos penitenciarios gozan, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, la intervención de sus comunicaciones tiene un régimen constitucional autónomo, derivado de la naturaleza de la «relación de sujeción especial» que les vincula con la administración penitenciaria y de lo dispuesto en el art. 25.2 CE, que contempla la posibilidad de limitación expresa de los derechos

fundamentales de los reclusos por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (SSTC 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5; 107/2012, de 21 de marzo, FJ 4).

El art. 51 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, establece una regulación específica (desarrollada reglamentariamente) del derecho a las comunicaciones de los reclusos, distinguiendo varias modalidades de comunicación, sometidas a distintos regímenes, que la doctrina constitucional ha denominado comunicaciones genéricas (art. 51.1 LOGP: las mantenidas con familiares, amigos, representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria), comunicaciones específicas (art. 51.2 LOGP: comunicaciones con Abogados y procuradores; art. 51.3 LOGP: comunicaciones con profesionales acreditados, asistentes sociales, sacerdotes o ministros de otra religión) y comunicaciones con la autoridad judicial o con el Ministerio Fiscal (SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2).

1. Comunicaciones genéricas

A) La intervención de las comunicaciones genéricas encuentra **habilitación legal** en los arts. 51.1 LOGP (que autoriza a los internos a comunicar con terceros y permite que tales comunicaciones sean restringidas por una serie de causas: razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden del establecimiento) y el art. 51.5 LOGP (que autoriza al director del establecimiento a acordar la suspensión o intervención de las comunicaciones orales y escritas de forma motivada, dando cuenta de la intervención a la autoridad judicial competente). En el ámbito de dicha habilitación legal quedan tanto las comunicaciones remitidas por los internos

como las recibidas (SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; 192/2002, 193/2002, 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6) y tanto los internos condenados como los preventivos (STC 141/1999, de 22 de julio, FJ 6). Pero fuera del mismo se encuentran las intervenciones de las comunicaciones entre internos en un Centro penitenciario, sin perjuicio de que el legislador pudiera prever este tipo de intervenciones, por razones de seguridad del establecimiento y para prevenir riesgos (STC 169/2003, de 29 de septiembre, FF. JJ. 3 y 4).

B) La jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; 192/2002, 193/2002, 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 2) ha establecido como **requisitos que deben cumplir los acuerdos de intervención** de las comunicaciones genéricas los siguientes:

a) *Exigencia de motivación*: El contenido de la motivación se extiende —al margen de la especificación del ámbito material y temporal de la medida—, en primer lugar, a la especificación de cuál de las **finalidades legítimas legalmente previstas** —seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento— es la perseguida y, en segundo lugar, a la explicitación de las circunstancias del caso y de la persona del interno que permiten considerar la medida adecuada a tal fin. La motivación ha de ser, pues, **individualizada casuística y personalmente**. Por ello, se ha considerado carente de la debida individualización la restricción indiscriminada de todas las comunicaciones entre internos (STC 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4) o la restricción de las comunicaciones para todos los internos clasificados en primer grado e incluidos en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 5). Pero individualizar no significa que se exterioricen rasgos o datos exclusivos de cada sujeto afectado, sino que pueden tratarse de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo u organización, en cuyo caso lo que debe individualizarse es

esa característica común —por ejemplo, la pertenencia a una organización terrorista que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra sus funcionarios— que justificaría la medida. No basta la pertenencia a un grupo, a una organización o a un tipo de reclusos, sino que debe concretarse cuál de las características comunes a todos los miembros del grupo es la que justifica la intervención respecto de uno de sus componentes [SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6.e); 192/2002, 193/2002, 194/2002, de 24 de noviembre, FJ 6.e)].

La finalidad de la motivación es hacer posible el control jurisdiccional de la medida, por lo que el Acuerdo debe contener los datos necesarios para que el afectado pueda conocer las razones de la restricción de su derecho fundamental y combatirlas, y los órganos judiciales pueden llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, sin que sea necesario que dicho juicio se explice por la Administración. Pero si faltan aquellos datos se produce la vulneración del derecho.

b) *Doble notificación de la medida*: Por una parte, la medida ha de **notificarse al interno**, lo que en nada frustra su finalidad, pues no se trata de la investigación de actividades delictivas, sino de una medida preventiva [SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6.c)]. Por otra parte, la medida ha de ser comunicada inmediatamente a la autoridad judicial competente, para que este la ratifique, anule o modifique. No se trata, pues, de una mera notificación, sino de un auténtico **control jurisdiccional** que los órganos judiciales (y en concreto, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria respecto de los penados, como garante de los derechos fundamentales de los internos) han de ejercer sobre las actuaciones de la Administración penitenciaria, comprobando si la restricción resulta razonable y proporcionada [SSTC 128/1997, de 14 de julio, FJ 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 106/2001, de 23 de abril,

FJ 6.c); 192/2002, 193/2002, 194/2002, de 24 de noviembre, FJ 6.c)].

c) *Límite temporal*: Como toda medida restrictiva de derechos fundamentales, su mantenimiento más allá del tiempo estrictamente necesario lesiona el derecho. Por ello, el TC ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida, se fije un periodo de vigencia temporal, aunque no sea preciso fijar una fecha concreta, sino que esta puede depender de la desaparición de la condición o circunstancia que justifica la intervención, en cuyo caso basta con que se especifique la circunstancia cuya desaparición determinaría la innecesidad de la medida [SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6.d); 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6.d)].

2. Comunicaciones con Abogado o Procurador

El art. 51.2 LOGP establece que tales comunicaciones «no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». La jurisprudencia constitucional ha establecido que esos dos requisitos deben ser interpretados como acumulativos y no como alternativos, de modo que **solo la autoridad judicial** —en ningún caso la Administración penitenciaria— **y solo en delitos de terrorismo** puede suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones de un interno con su Abogado (SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2). Por lo demás, la STC 183/1994, FJ 5 estableció —en relación con un preso preventivo— que dicho régimen especial tiene su justificación en las exigencias y necesidades del proceso penal (a las cuales es ajena la Administración penitenciaria, que no puede ponderar las circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario) y en la salvaguarda del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Y, en atención a

esa justificación y la vista de los trascendentes intereses en conflicto, la STC 58/1998, de 16 de marzo, FF. JJ. 5 y 7, precisó que el régimen especial de las comunicaciones con Abogado se refiere no solo a las **orales y presenciales**, sino **también a las escritas** del tipo que sean, considerando desproporcionada la interpretación que limita el régimen del art. 51.2 a las comunicaciones presenciales y conduce las escritas al régimen del art. 51.1, privándolas de la garantía judicial previa. Y ante los riesgos de que las comunicaciones escritas con los Abogados puedan ser utilizadas fraudulentamente para burlar la intervención genérica de la comunicación, se establece (FJ 6) que «la Administración penitenciaria deberá poner las medidas necesarias para garantizar la acreditación de la identidad del Abogado y trasladar al órganos judicial toda sospecha de utilización de la comunicación contraria a los fines legalmente previstos,

pero de ello no deriva que pueda suplir la actuación judicial».

3. Comunicaciones con la autoridad judicial o con el Ministerio Fiscal

Dada la ausencia de habilitación legal (e incluso la prohibición expresa contenida en el art. 49.2 del Reglamento penitenciario de 1996, RD 190/1996, de 9 de febrero), la intervención administrativa de una comunicación dirigida a un órgano judicial o al Ministerio Fiscal por quien se encuentra recluso en un centro penitenciario se encuentra **constitucionalmente proscrita** y vulnera el derecho consagrado en el art. 18.3 CE (SSTC 127/1996, de 9 de julio; 175/2000, de 26 de junio, FJ 4; 15/2011, de 29 de marzo, FJ 6; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 5; 230/2012, de 10 de diciembre, FJ 3).

BIBLIOGRAFÍA

CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 35-82.

MAGRO SERVET, V., «La necesaria regulación de las intervenciones telefónicas a raíz de la jurisprudencia del TEDH, TC y TS», *LA LEY*, 2004-5, págs. 1564-1573.

MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso: un análisis constitucional del art. 51 de la LOGP*, Tecnos, Madrid, 2000.

MONTAÑÉS PRADO, M. A., *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORENO CATENA, V., «La intervención de las comunicaciones en el proceso penal», *La reforma del proceso penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, págs. 409-425.

PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, págs. 141-178.

RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas: su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2002.

— *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Madrid, 2016.

ARTÍCULO 18.4

LA PROTECCIÓN DE DATOS

Sumario: I. La protección de datos: de garantía normativa a derecho fundamental. II. El derecho a la protección de datos como derecho constitucional autónomo.

JAVIER PARDO FALCÓN

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

I. LA PROTECCIÓN DE DATOS: DE GARANTÍA NORMATIVA A DERECHO FUNDAMENTAL

Cuarenta años no son pocos desde luego para hacer una valoración no solo ya de cualquier Constitución, sino también de cada uno de sus artículos o disposiciones. Como la experiencia del Derecho constitucional comparado demuestra, no son escasos los preceptos constitucionales que, con el paso del tiempo, adquieren un sentido muy distinto del que estaba en la mente de sus autores en el momento en que fueron redactados.

De la propia Constitución (CE) de 1978 podrían extraerse algunos ejemplos, y el ap. 4 del art. 18 CE es uno de ellos. En efecto, en la fecha en que fue aprobada nuestra Carta Magna las Cortes Generales no eran ajenas al extraordinario desarrollo que estaban experimentado las aplicaciones informáticas en los países desarrollados, aunque en la sociedad española de aquella época el mundo de la alta tecnología resultara todavía coto casi exclusivo de los relatos y películas de ciencia ficción. Ello explica que, a diferencia del resto de las garantías constitucionales contenidas en el citado artículo, la protección de datos personales fuera la única que no se configuró directamente como un derecho fundamental. Aun así, su reconocimiento quedaba posibilitado indirectamente mediante el recurso de orde-

nar al legislador la limitación del uso de la informática al objeto de garantizar de manera específica el honor y la intimidad, y, con carácter general, el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos. En cualquier caso, esta **peculiar configuración normativa** no disimulaba tampoco el hecho de que en última instancia el constituyente trataba de dar dimensión constitucional a un derecho, denominado en términos genéricos a la *autodeterminación informativa* (LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1990), que ya empezaba a adquirir sustantividad propia en muchos países a una y otra orilla del Atlántico.

También es probablemente la protección de datos una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel europeo en los últimos años. En este sentido, conviene recordar la aprobación en 1981, por el Consejo de Europa, del Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (ratificado por España en 1984), así como tres Directivas comunitarias de extraordinaria relevancia en la materia, como son la 1995/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; la 1997/66/CE, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector

de las telecomunicaciones; y la 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Asimismo cabe destacar la aprobación de otras nuevas normas europeas de gran relevancia en esta materia como son la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión de 2007, o el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establecen el derecho de toda persona a la protección de datos de carácter personal que le conciernan (aps. 1.º del art. 8 y 1.º del art. 16, respectivamente); y, en fechas más recientes, el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 1995/46/CE, anteriormente citada.

Lógicamente, a esa inevitable omnipresencia de la informática y las telecomunicaciones en la vida cotidiana de las personas tampoco podía escapar nuestro país. Así comienza a apreciarse, sobre todo, desde finales de los pasados años ochenta, no resultando ajena a este fenómeno la progresiva concepción de los poderes públicos como prestadores de múltiples servicios a los ciudadanos de conformidad con el **Estado social** (art. 1.1 CE), recopilador al mismo tiempo de una cada vez más ingente cantidad de datos personales a veces sobre parcelas vitales —sanitaria, económica— altamente sensibles (FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2003, 85). Se comprende entonces que este contexto tenga también su propia influencia en la interpretación y desarrollo del precepto constitucional directamente concernido por esta nueva forma de organización técnica de las relaciones sociales. Pero si en un principio el *habeas data* se configura como una garantía frente a los poderes públicos en cuanto que recopiladores constantes de datos de los ciudadanos, la realidad actual demuestra que no son solo estos, sino también grandes corporaciones privadas dedica-

das a las redes sociales y buscadores de Internet (*Facebook; Twitter; WhatsApp, Google*, entre muchas otras), las que, mediante la prestación de diversos servicios aparentemente gratuitos, manejan información sobre ciudadanos de cualquier parte del mundo sin ningún tipo de control; con lo que ello supone para la libertad y la intimidad de aquellos sobre todo en lo relativo a su cancelación, esto es, el denominado «derecho al olvido» (ÁLVAREZ CARO, 2015), sin minusvalorar tampoco el complejo problema de los datos personales que permanecen en múltiples ficheros tras el fallecimiento (MINERO ALEJANDRE, 2018).

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Por lo que a nuestro país respecta, la primera sentencia del Tribunal Constitucional (TC) en la que se plantea de manera directa un asunto relacionado con la existencia de datos personales en poder de las Administraciones Públicas (STC 254/1993, de 20 de julio), se produce en un contexto de absoluta orfandad por lo que se refiere al desarrollo normativo en nuestro Derecho interno de la garantía regulada por el art. 18.4 CE. En concreto, la misma trae causa de un recurso de amparo interpuesto antes de la aprobación de la **Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)**, dictada algún tiempo después en desarrollo directo del citado precepto constitucional. El recurso impugnaba la denegación presunta por el Gobernador Civil de Guipúzcoa y el Ministro del Interior de una solicitud de información acerca de los datos de carácter personal del recurrente obrantes en la Administración del Estado. En aplicación de su doctrina acerca de la **aplicabilidad directa** *ex* art. 53.1 CE de los derechos fundamentales (STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8), el TC parte de lo establecido en el ya citado Convenio Europeo sobre protección de datos personales para esbozar algunos principios básicos que integran el «contenido

mínimo» de esta garantía (posibilidad de no suministrar a las Administraciones Públicas determinados datos personales; derecho de acceso a los ficheros existentes en sus organismos). En consecuencia, si bien con el voto particular de uno de sus Magistrados, el TC estimará el amparo accediendo en lo sustancial a las pretensiones del actor. Por otra parte, aunque vincula de manera muy estrecha la protección de datos personales con el derecho a la intimidad, va a afirmar también que se trata de «un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos» (FJ 6).

De este modo, el TC confirma de manera inequívoca la configuración constitucional de la, en principio, garantía normativa del uso de la informática como un verdadero **derecho fundamental**: el derecho a la protección de datos personales o *habeas data*, si bien su inordinación constitucional no la establecería aún en el art. 18.4, sino en el art. 18.1 CE (véase VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1994).

Al amparo de las regulaciones internacionales y sobre todo comunitarias, se va a producir también el desarrollo legislativo en nuestro país del derecho a la protección de datos personales que, a diferencia de lo que sucede con el resto de los derechos fundamentales y como expresión de su singular complejidad, va a precisar de una pluralidad de leyes y otras normas de inferior rango para su adecuada regulación. Así, la primera ley que se aprueba es la ya citada LORTAD, en desarrollo de la cual ve la luz, entre otros, el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos, creada por aquella. La concreción que hace la LORTAD de las facultades que integran la garantía del *habeas data*, siguiendo muy de cerca los principios establecidos en el Convenio Europeo de referencia, permite al TC avanzar a su vez en la determinación de algunos aspectos relativos tanto a

los límites como al contenido del derecho propiamente dicho, ahora desde su dimensión estrictamente constitucional. Así, aunque todavía desde la perspectiva del derecho a la intimidad, va a avalar la constitucionalidad del **número de identificación fiscal** (NIF), partiendo de la legítima finalidad perseguida con su creación, que encuentra justificación en el art. 31.1 CE, además de considerar suficientes las garantías que la normativa reguladora de dicho documento introduce frente al eventual uso desviado de las informaciones que pudieran recabarse en virtud del mismo (STC 143/1994, de 9 de mayo). De otro lado, ahora ya sí con específico fundamento en el derecho constitucional a la protección de datos de carácter personal en conexión con el derecho a la libertad sindical, estima una veintena de amparos interpuestos a raíz de la utilización por Renfe de los **datos sobre afiliación sindical** proporcionados por sus trabajadores para el descuento de la correspondiente cuota y utilizados por la empresa para descontar el salario correspondiente al seguimiento de una convocatoria de huelga (STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 4, entre otras muchas casi idénticas). También, aunque centrándose de nuevo en la vulneración del derecho a la intimidad, descartó tiempo después en términos taxativos la posibilidad de que un fichero público con datos tan particularmente sensibles como son los que se contienen en el **Registro Central de Penados y Rebeldes** expida certificaciones a instancias de sujetos u órganos distintos a los expresamente establecidos en la ley (STC 144/1999, de 22 de julio). Pero tal vez lo más destacable sea ese particular celo demostrado por el TC a la hora de garantizar, en el ámbito de la empresa, que los ficheros que contienen datos sobre los empleados no se usen para una finalidad distinta de aquella para la que fueron creados sin consentimiento de estos (p. ej., unos ficheros sobre absentismo laboral donde se incluían también **diagnósticos médicos**), llegando incluso a requerir a los propios órganos judiciales la prestación de una efectiva tutela respecto de la garantía que el art. 18.4 CE reconoce a to-

dos los individuos (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, y 153/2004, de 20 de septiembre).

Sin que llegue a transcurrir una década de aplicación de la LORTAD, y ante la evidente necesidad de ajustar algunas de sus previsiones a una nueva realidad tecnológica que además de desconocida para la mayoría cambia a ritmo frenético, se aprueba la **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos de carácter personal (LOPD)**, derogatoria de la anterior, y que contiene una regulación más acabada de la materia, a la vista de la experiencia ya existente. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta ley no va a abarcar toda la regulación atinente a la protección de datos, al remitir a sus respectivas leyes sectoriales determinados temas (electoral; estadístico; personal de las Fuerzas Armadas; Registro Civil y de Penados y Rebeldes; uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), sin olvidar la existencia de leyes específicas en algunos ámbitos tan especializados como el comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio), las telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre) o la firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre).

Será con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LORTAD y la LOPD, resueltos de manera casi consecutiva, cuando el TC configure de una manera relativamente precisa el contenido constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales. Así, en palabras de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, que resuelve el interpuesto contra la primera de ellas, «el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos» (FJ 7). Y, sobre todo, en la STC 292/2000, también de 30 de noviembre, confirma de manera expresa el **carácter autónomo** del derecho fundamental a la protección de datos personales, al afirmar que «el constitu-

yente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no solo un ámbito de protección específico, sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto» (FJ 4). Pues, como concluye más adelante, «el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno», mientras que el derecho a la protección de datos «garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos» (FJ 6). Por lo que a los **límites** de este último derecho respecta, el TC menciona también el art. 105.b) CE, que remite a la ley la regulación del acceso a los archivos y registros administrativos «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Tales límites, que deben ser fijados necesariamente por una norma con rango de ley, se suman así a otros ya reconocidos por el propio TC en anteriores sentencias como son, señaladamente, la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público o las actividades de control en materia tributaria, ambos inferidos del art. 31 CE (FJ 9). Precisamente, la STC 292/2000 declaró **inconstitucionales** algunos preceptos de la LOPD por no fijar ella misma y remitir a disposiciones de inferior rango las excepciones al principio general de consentimiento por los interesados de la comunicación de datos entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron originariamente su recogida (art. 21.2); o por establecer con un alto grado de indeterminación que dejaba excesivo margen a la discrecionalidad administrativa determinadas excepciones al derecho a la información en la recogida de datos para ficheros públicos, así como en los derechos de acceso, rectificación y cancelación relativos a dichos ficheros (art. 24).

En cualquier caso, una parte muy significativa de las vulneraciones de la también denominada *intimidad informática* es consecuencia de la permanente captación de imágenes por cámaras de video-vigilancia, tanto en espacios públicos como privados y muy particularmente en el ámbito laboral. Como no podía ser de

otra manera, el TC está siendo cada vez más sensible a este tipo de situaciones, que afectan seriamente al derecho a la protección de datos de carácter personal. Así, con apoyo en la citada STC 292/2000, convertida así en un *leading case*, otorga el amparo al trabajador de una universidad que fue sancionado por incumplimiento de su jornada de trabajo sobre la base de imágenes captadas por cámaras de video-vigilancia en su puesto de trabajo sin haber sido informado sobre su finalidad, entre las que se encontraba el control de la actividad laboral. Reflexiona el TC en el sentido de que «nos adentramos en un ámbito —el de la video-vigilancia— que ofrece múltiples medios de tratamiento de los datos; sistemas, por lo demás, en auge y desarrollo exponencial, que se amplían y perfeccionan a un ritmo vertiginoso y que se añaden a otros más conoci-

dos (circuitos cerrados de televisión, grabación por dispositivos webcam, digitalización de imágenes o, en particular, instalación de cámaras, incluidas las que se emplacen en el lugar de trabajo). Debe asegurarse, así, que las acciones dirigidas a la seguridad y vigilancia no contravengan aquel derecho fundamental, que tiene pleno protagonismo, por todo lo expuesto, en estos terrenos de la captación y grabación de imágenes personales que permitan la identificación del sujeto. En relación con el contrato de trabajo este protagonismo cobra, si cabe, mayor relevancia habida cuenta la coincidencia existente entre el *locus* de trabajo, que es donde pueden movilizarse por los trabajadores las garantías fundamentales, y los espacios físicos sujetos a control mediante sistemas tecnológicos» (STC 29/2013, de 11 de febrero, FJ 5; voto particular).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CARO, M., *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., «Indemnización por daños morales derivados de la publicación de resultados de buscadores que afectan al derecho al honor e intimidad y a la protección de datos personales», *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 54, 2016, págs. 13-66.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

MINERO ALEJANDRE, G., *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2018.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Los derechos fundamentales a la intimidad, honor y protección de datos en la era digital: mecanismos jurídicos de protección, carencias y retos del legislador: de las leyes de 1982 (LOPHII) y de 1999 (LOPD) al Reglamento europeo de protección de datos de 2016», *Revista de Derecho Privado*, núm. 100, 2016, págs. 77-125.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo: a propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 173-187.

Artículo 19

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

Sumario: I. Precedentes y textos internacionales. II. Titularidad de los derechos que garantiza el art. 19 CE. 1. Españoles. 2. Extranjeros. A) Libertades de circulación y residencia. B) Derecho a entrar libremente en España. C) Derecho a salir libremente de España. D) Limitaciones para el legislador. E) Asilo. F) Expulsión. III. Contenido y límites de los derechos garantizados por el art. 19 CE. 1. Libertad de circulación. 2. Libertad de residencia. 3. Derecho a entrar en España. 4. Derecho a salir de España. 5. Doctrina constitucional diversa sobre los derechos del art. 19 CE. A) Penas y medidas cautelares en procesos penales y sancionadores. B) Extradición pasiva y orden europea de detención y entrega. C) Libertad de circulación y derecho de reunión y manifestación. D) Traslado forzoso de poblaciones. E) Deber de residencia y otros deberes de los funcionarios públicos. F) Libertad de residencia y obligaciones laborales. G) Medidas en procesos matrimoniales. H) Tarjeta de estacionamiento para discapacitados.

HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PRECEDENTES Y TEXTOS INTERNACIONALES

La Constitución francesa de 1791 es el primer texto constitucional que garantiza las libertades de circulación y residencia («*la liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution*»). Las primeras Constituciones españolas no reconocen expresamente estas libertades, seguramente por considerarlas incluidas en el derecho a la libertad personal. De este modo, los **precedentes en el constitucionalismo**

español de la regulación de las libertades de circulación y residencia, actualmente reconocidas por el art. 19 de la Constitución de 1978 (en adelante CE), se remontan al art. 26 de la Constitución de 1869, que reconocía el derecho de los españoles en el pleno goce de sus derechos civiles a la libre entrada y salida del territorio nacional, así como a la libertad de fijar su residencia en el extranjero. La Constitución de 1876 garantizaba en su art. 9 la libertad de residencia de los españoles conjuntamente con la libertad de domicilio, sin referirse a la libertad de circulación. En fin, la Constitución de 1931 reconocía en su art. 31

el derecho de los españoles a la libre circulación por todo el territorio nacional, así como la libertad de residencia y domicilio, y el derecho a emigrar e inmigrar.

En el ámbito de los **tratados y acuerdos internacionales** sobre derechos humanos, que sirven de pauta interpretativa de los derechos reconocidos por el art. 19 CE en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE [SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3.b), y Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6], han de tenerse en cuenta fundamentalmente el art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También, el art. 2 del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). Asimismo ha de tenerse en cuenta el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, introducido por el Tratado de Maastricht de 1992 en el marco del estatuto de la ciudadanía de la Unión (actualmente contenido en los arts. 20 a 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y de contenido más amplio que los clásicos derechos a la libre circulación de los trabajadores (y asimilados) y a la libertad de establecimiento, reconocidos por los arts. 45 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros aparece reconocido actualmente en el art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea y en los arts. 20.2.a) y 21 (libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros) y 45 y ss. (libre circulación de trabajadores y derecho de establecimiento) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como por los arts. 15 y 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los arts. 20.2.a) y 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que reconocen a todos los ciudadanos de la Unión el derecho de circular y resi-

dir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones para su aplicación, tienen efecto directo vertical (Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002, C- 413/99, asunto *Baumbast*).

II. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS QUE GARANTIZA EL ART. 19 CE

1. Españoles

El art. 19 CE reconoce a los españoles cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 5).

2. Extranjeros

A) *Libertades de circulación y residencia*

Los extranjeros no son titulares de los derechos reconocidos en el art. 19 CE por propio mandato constitucional, pero pueden ser titulares de las libertades de residencia y circulación de acuerdo con lo establecido en los tratados internacionales y en las leyes españolas, de conformidad [entre otras, SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FF. JJ. 2 y 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 30 de enero, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a); 72/2005, de 4 de abril, FJ 5; 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5, y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4].

En efecto, los derechos a la libertad de circulación y de residencia se reconocen a los **ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea** (y de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico

Europeo) en los términos que actualmente determinan el art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea y los arts. 20.2.a) y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

A su vez, los derechos a la libertad de circulación y de residencia de los **extranjeros** se regulan por el art. 5.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que establece que «los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme». El requisito para que un extranjero pueda elegir libremente su residencia en España y circular por el territorio español (arts. 13.1 y 19 CE) es, por tanto, hallarse legalmente en España de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Así pues, las personas que no poseen la nacionalidad española solo tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio español, en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los tratados internacionales y la ley (arts. 13.1 y 19 CE), puesto que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1

CE), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano, siendo por ello «lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3). Por lo mismo, «es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH *Abdulaziz*, de 28 de mayo de 1985; *Berrehab*, de 21 de junio de 1988; *Mous-taquim*, de 18 de febrero de 1991, y *Ahmut*, de 28 de noviembre de 1996), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre» (STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4).

B) *Derecho a entrar libremente en España*

No existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España. El sujeto de derecho al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia esta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE. El derecho a entrar en España lo tienen con el carácter de derecho fundamental que garantiza el art. 19 CE tan solo los españoles (SSTC

72/2005, de 4 de abril, FF. JJ. 5 a 8, 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12, y 155/2015, de 9 de julio, FJ 2, por todas), pero el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8).

Dicho de otro modo, los extranjeros no ostentan un derecho constitucional de entrada en el territorio español, sino que tal derecho dependerá de lo establecido en los tratados y las leyes (SSTC 94/1993, de 12 de marzo, 24/2000, de 31 de enero, FJ 4, y 155/2015, de 9 de julio, FJ 2; ATC 94/2005, de 28 de febrero, FJ 1), lo que significa que la entrada de los extranjeros en territorio español está sometida a los requisitos legales establecidos en el art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y otras posteriores; entre ellos, el de «hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin» (ATC 153/2005, de 18 de abril, FJ 2). La característica general de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en consonancia con las legislaciones de extranjería e inmigración de nuestro entorno, es la de que el régimen de entrada de los extranjeros del territorio nacional es una actividad sometida a autorización administrativa como manifestación esencial de la soberanía de los Estados, que se representa en el derecho a controlar las personas que entran en el territorio de un determinado país, como así lo ha corroborado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, ya citada.

C) Derecho a salir libremente de España

En cambio, la **salida del ciudadano extranjero** del territorio español (dejando a un lado los supuestos de salida obligatoria por expulsión o devolución) es libre, salvo en los supuestos previstos en el Código Penal o por

motivos de seguridad nacional o salud pública (art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 28 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España).

D) Limitaciones para el legislador

El legislador no goza de absoluta libertad al configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada y permanencia en España. En tal sentido, las leyes y tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado y las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una ley y aplicarla en forma razonada y razonable (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5).

Por otra parte, el legislador puede tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa de los extranjeros en España y exigirles la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Ahora bien, **el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa.** El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier de-

recho mientras se hallan en dicha situación en España (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4). Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a la educación, del que no pueden ser privados los extranjeros en situación de residencia irregular, mientras se encuentren en territorio español (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y 155/2015, de 9 de julio, FJ 2).

E) *Asilo*

El solicitante de asilo, en tanto extranjero, solo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (art. 19 CE) en los términos que disponen los tratados y la ley. Fuera de esas condiciones, el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España [STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4.a)].

F) *Expulsión*

Si bien el Tribunal Constitucional ha afirmado en el pasado que la decisión de expulsar o extrañar a un extranjero, prohibiendo su regreso a España durante un período de tiempo determinada, afecta directamente a la libertad de circulación (art. 19 CE), pudiendo vulnerarla o no según el fundamento y alcance de la medida (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FF. JJ. 2 y 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 1; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4), lo cierto es que esa doctrina ha sido matizada tras la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14, que señala que la expulsión de extranjeros prevista en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España «consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquellos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8). [...] Es, por

tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio».

Las expulsiones colectivas de extranjeros están terminantemente prohibidas (art. 19.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH). Un caso peculiar es de las llamadas «devoluciones en caliente» de extranjeros que pretenden atravesar irregularmente y de forma masiva los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla; la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3.ª) de 3 de octubre de 2017, asunto *N. D. y N. T. c. España*, considera que se trata de un supuesto de expulsión colectiva, contraria al art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que la normativa de la Unión impide que puedan adoptarse decisiones de expulsión «automática» de extranjeros (nacionales de terceros países) residentes de larga duración por la mera imposición de una condena penal o una sanción administrativa: es necesario acreditar que ese extranjero representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público (Sentencia de 8 de diciembre de 2011, C-371/08, asunto *Ziebell*, y Sentencia de 7 de diciembre de 2017, C-636/16, asunto *W. López Pastuzano*).

Otro problema peculiar es el que atañe a la expulsión de extranjeros con hijos de nacionalidad española. Conforme a la jurisprudencia constitucional, la expulsión del extranjero

supondrá la vulneración del art. 19 CE de su hijo menor de nacionalidad española solo cuando esa expulsión implique necesariamente la salida de España del menor, ya sea por no tener este en España ningún otro elemento de arraigo, ya sea porque solo el progenitor expulsado pueda asumir su manutención (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FF. JJ. 4 y 5). Por otra parte, en tales supuestos la expulsión del progenitor extranjero podría vulnerar también el estatuto de ciudadano europeo del menor, y en concreto los arts. 20.2.a) y 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011, C-34/09, asunto *Gerardo Ruiz Zambrano y Office National de l'Emploi*).

III. CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR EL ART. 19 CE

1. Libertad de circulación

El derecho a circular libremente por el territorio español (que comprende el mar territorial y el espacio aéreo) comporta básicamente una abstención o no injerencia de los poderes públicos en el ir y venir de los ciudadanos dentro de España. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que **la injerencia de los poderes públicos en el derecho a circular libremente requiere habilitación legal expresa** [SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6.b)].

Un ejemplo típico de estas injerencias lo constituye la **seguridad ciudadana**, y así el art. 17.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, faculta a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para «limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o

cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento».

Los derechos reconocidos en el art. 19 CE, cuyo desarrollo queda reservado a la ley orgánica (art. 81.1 CE), pueden ser **suspensados** cuando se acuerde la declaración de estado de excepción o sitio (art. 55.1 CE), en los términos previstos por el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Así, el art. 11.a) de dicha Ley prevé que el Decreto que declare el estado de alarma podrá contener, entre otras medidas, la de limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. A su vez, el art. 20 prevé, para el supuesto de estado de excepción, que, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 19 CE, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir. También podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares determinados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública. Asimismo, cuando ello resulte necesario, y siempre que existan fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada, la autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual e igualmente, con los mismos presupuestos, podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad y fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuado a sus condiciones personales. En caso de declaración de estado de sitio cabe adoptar esas mismas medidas (art. 32.3).

Además de estos límites generales, el art. 5.2 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, permite establecer otras medidas limitativas de carácter específico en materia de **extranjería**, cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio (art. 116 CE) y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Estas medidas limitativas, «cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente».

En sentido similar, el Tribunal Constitucional ha apreciado que la **identificación de una persona por el color de su piel** (en las dependencias policiales existentes en una estación de tren), a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería, tiene cobertura normativa y no supone un obstáculo gratuito a la libertad de circulación si la intervención policial se realiza de forma proporcionada y respetuosa y se prolonga únicamente lo imprescindible para lograr la identificación (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 9). En el mismo caso el Tribunal Constitucional descartó asimismo (STC 13/2001, FF. JJ. 8 a 10) que la identificación policial de la afectada (que resultó ser ciudadana española) supusiera una discriminación racial, proscribida por el art. 14 CE y los textos internacionales de derechos humanos; distinta fue la conclusión a la que llegó el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su dictamen de 27 de julio de 2009.

Por otra parte, la libertad de circulación del art. 19 CE ha de ponerse en relación con el art. 139.2 CE, que determina que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que, directa o indi-

rectamente, obstaculicen la **libertad de circulación y establecimiento de las personas (y de los bienes) en todo el territorio español**. Ello presenta especial interés a la hora de conciliar el principio de unidad de mercado y la diversidad de regímenes jurídicos que necesariamente surge de la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, cuyas decisiones en materia económica pueden proyectarse fuera de su territorio. El Tribunal Constitucional tiene declarado que unidad no significa uniformidad, debiendo buscarse un equilibrio entre el principio de unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6), de suerte que la unidad de mercado en el territorio nacional no impide toda regulación autonómica que, de una manera u otra, pueda afectar a la libertad de circulación [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 5, 126/2002, de 23 de mayo, FJ 9.a), y 79/2017, de 22 de junio, FJ 2.a), entre otras], sino que lo que se trata de impedir es la «fragmentación del mercado» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). Dicho de otro modo, las actuaciones autonómicas revestirán entidad suficiente para reputarlas vulneradoras de la libertad de circulación de personas (y bienes) cuando su incidencia sobre esta implique el «surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que persiguen» (SSTC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5; 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 26; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; 168/2004, de 6 de octubre, FJ 5, y ATC 456/2007, de 12 de diciembre, FJ 8).

Corolario de lo anterior es que las distintas **regulaciones fiscales** de las Comunidades Autónomas no vulneran, *per se*, el derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional (ATC 182/1986, de 26 de febrero, FJ 2).

En sentido similar, el Tribunal Constitucional declaró que el hecho de que la normativa regu-

ladora del derecho al **subsidio de desempleo** reconociese este derecho a los trabajadores agrícolas eventuales de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, y no a quienes residan en otras, no lesiona el derecho de estos últimos a la libertad de residencia (art. 19 CE), «en tanto no impide que el ciudadano opte por mantener su residencia en donde ya la tenga, o por trasladarla a un lugar distinto, lo que constituye el presupuesto jurídico necesario del trato diferente entre diversas Comunidades Autónomas. Ciertamente, quien así lo haga habrá de asumir las consecuencias de su opción, habida cuenta de los “beneficios y perjuicios, derechos, obligaciones y cargas que, materialmente o por decisión de los poderes públicos competentes, corresponden a los residentes en un determinado lugar [...] por el mero hecho de la residencia” (STC 8/1986, FJ 3)» (STC 90/1989, de 11 de mayo, FJ 5).

No debe confundirse, por otra parte, la libertad de circulación (y la de residencia) garantizada por el art. 19 CE, con la **libertad de instalación y traslado de industrias**, que está comprendida en el ámbito de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE como mandato dirigido a los poderes públicos. Como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el mandato del art. 38 CE debe ser interpretado poniéndolo en relación con los arts. 128, 131 y 139.2 CE, pues «toda medida que impida o fomente el traslado de empresas o de industrias incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de empresa» (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; 4/1990, de 5 de abril, FJ 4; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; y AATC 207/2005, de 10 de mayo, y 222/2005, de 24 de mayo), pero no cabe invocar frente a tales medidas los derechos fundamentales a la libertad de circulación y residencia del art. 19 CE.

2. Libertad de residencia

El derecho a la libre elección de residencia protege su fijación, mantenimiento y cambio,

extendiéndose la protección tanto a la residencia temporal como a la estable, y siendo el concepto constitucional de residencia autónomo, sin que coincida con el concepto de domicilio. La libertad de residencia protege la conducta del individuo consistente en elegir libremente su residencia en territorio español: es el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en España (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 4). «La residencia en su sentido jurídico estricto supone el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a la permanencia domiciliaria, y precisamente el art. 19 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a elegir libremente su residencia en territorio español, empleando un término más amplio que el domicilio, y que alcanza el hecho real de poder poseer más de un domicilio personal» (ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2). «La libertad de residencia, reconocida en el art. 19 CE, supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. Y, en este sentido, el domicilio es siempre, precisamente, lugar en el que se habita, si bien tal habitación, para determinar la existencia del domicilio, ha de hallarse cualificada por la presencia de determinadas notas. Cuáles sean esas notas dependerá de la concreta consideración del domicilio en cada caso» (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7).

El art. 19 CE, al fijar la residencia como derecho-autonomía o derecho de libertad, no precisa límites concretos a su ejercicio, pero a pesar de ello, como todo derecho constitucional, no es absoluto o ilimitado, puesto que el art. 53.1 CE permite, por el juego de su cláusula general habilitante, que la ley pueda establecer regulación de los derechos fundamentales, siempre que se respete su contenido esencial (AATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2, y 781/1985, de 17 de noviembre, FJ 2).

Las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la **propiedad priva-**

da, en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades. El derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que, como expresa el art. 10.1 CE, «son fundamento del orden político y de la paz social» (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 11). Por ello, que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7, y ATC 227/1983, de 25 de mayo, FJ 2).

Consecuencia de lo anterior es que la privación del derecho al uso de la vivienda propia, en aplicación de la sanción civil prevista en la Ley de Propiedad Horizontal, por realizar conductas que resulten gravemente perturbadoras de la convivencia vecinal, no comporta vulneración de la libertad de residencia protegida por el art. 19 CE (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 8, y ATC 822/1986, de 22 de octubre). Por la misma razón, el Tribunal Constitucional tiene declarado que es evidente que las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos respetan el contenido esencial del derecho de residencia, pues una cosa es residir en un lugar determinado y otra tener derecho a efectuarlo en una casa o piso concreto; más concretamente, el Tribunal Constitucional señala que la denegación de la prórroga arrendaticia no vulnera el derecho reconocido en el art. 19 CE (AATC 227/1983, de 25 de mayo, FF. JJ. 2 y 3, y 236/1985, de 10 de abril, FJ 3).

Por otra parte, la **medida cautelar** impuesta sobre el **extranjero** al que se ha incoado un expediente sancionador por la realización de conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves, **consistente en la obligación de residir en un lugar determinado** [art. 61.b) de la Ley Orgánica 4/2000], no afec-

ta a la libertad personal (art. 17 CE), sino a la libertad de residencia (y circulación) proclamada por el art. 19 CE, pero no lesiona este derecho, pues resulta proporcionada al fin de asegurar la expulsión que se persigue (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5).

3. Derecho a entrar en España

El derecho a entrar en el territorio nacional español protege la conducta consistente precisamente en pasar de estar fuera de nuestras fronteras a encontrarse en el territorio nacional (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 4). El derecho a entrar en España es, como ya quedó señalado, un derecho fundamental exclusivamente de los españoles, pues «el derecho fundamental del nacional a ser en todo momento aceptado por el propio Estado y, por tanto, a entrar en su país, es uno de los elementos esenciales de la nacionalidad y, en consecuencia, una de las diferencias jurídicas básicas en el estatuto personal del nacional y el extranjero» (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 6).

Para que un ciudadano español pueda entrar en España solo se precisa la acreditación de su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o el documento nacional de identidad (arts. 8 y 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana). La misma regla se aplica al ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 4 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero). El extranjero no comunitario que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad, del visado (salvo en los supuestos exceptuados), y presentar los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y los que acrediten que cuenta con medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España (art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España).

4. Derecho a salir de España

El derecho a salir libremente de España comprende tanto la facultad de salir del territorio nacional de forma transitoria, por motivos de ocio, estudios o trabajo, como la libertad de trasladar la residencia y el domicilio fuera del territorio nacional, es decir, el derecho a la emigración. En este sentido conviene recordar que el art. 42 CE impone al Estado la obligación de velar especialmente por la salvaguarda de los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y de orientar su política hacia el retorno de los emigrantes españoles, debiendo tenerse en cuenta al respecto la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

Para que un ciudadano español pueda salir de España solo se precisa que se halle provisto de los mismos documentos de identificación que se exigen para la entrada (esto es, pasaporte o documento nacional de identidad). La misma regla se aplica al ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 5 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero). Como ya se dijo antes, la salida de los extranjeros del territorio español es libre (sin perjuicio de los supuestos de salida obligatoria), salvo en los casos previstos en el Código Penal o por motivos de seguridad nacional o salud pública (art. 28 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España).

5. Doctrina constitucional diversa sobre los derechos del art. 19 CE

A) *Penas y medidas cautelares en procesos penales y sancionadores*

La **pena de alejamiento** (prohibición de aproximarse a la víctima), de obligada imposición en relación con determinados tipos penales, supone una restricción de las libertades de residencia y circulación que garantiza el art. 19 CE (SSTC 60/2010, de 7 de octubre, FF. JJ. 8 y 9, y 117/2010, de 24 de noviembre, FJ único), si bien la previsión legal de esa

pena responde a un fin constitucionalmente legítimo y resulta proporcionada (SSTC 60/2010, de 7 de octubre, FF. JJ. 10 a 21, y 117/2010, de 24 de noviembre, FJ único).

La medida cautelar (impuesta en un procedimiento penal en fase de instrucción) consistente en la **libertad provisional bajo fianza con obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado no lesiona las libertades de residencia y circulación** (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3).

La medida cautelar (que exige previsión legal expresa) consistente en la **libertad provisional con prohibición de abandonar el territorio español y retirada del pasaporte**, impuesta en un procedimiento penal en fase de instrucción, no afecta a las libertades de residencia y circulación (art. 19 CE), sino a la libertad personal proclamada por el art. 17.1 CE, pues se trata de una de las garantías que integran la medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, esto es, la libertad provisional, medida cautelar de naturaleza personal que implica una restricción de la libertad personal (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4).

Por el contrario, la medida cautelar consistente en la **residencia obligatoria en determinado lugar**, adoptada en el curso de procedimientos sancionadores en los que pueda acordarse la expulsión del extranjero, no afecta a la libertad personal, sino a las libertades de residencia y circulación que garantiza el art. 19 CE, si bien la previsión legal de esa medida (en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) responde a un fin constitucionalmente legítimo y resulta proporcionada (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5).

B) *Extradición pasiva y orden europea de detención y entrega*

Los derechos a la libertad de residencia y de salida del territorio español (art. 19 CE) se hallan siempre concernidos (así como el de-

recho a la libertad garantizado por el art. 17 CE) en los procedimientos de extradición y de la orden europea de detención y entrega (especialmente si el extraditado o el afectado por la euroorden es español, teniendo en cuenta la prohibición general de extraditar nacionales), lo que exige una motivación reforzada de la declaración de procedencia de la extradición (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3; 30/2006, de 30 de enero, FJ 7; 140/2007, de 4 de junio, FJ 3; 205/2012, de 12 de noviembre, FF. JJ. 4 y 7; 206/2012, de 12 de noviembre, FF. JJ. 5, 7 y 8; y 232/2012, de 10 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4), o, en su caso, de la entrega en el supuesto de la orden europea de detención y entrega (STC 50/2014, de 7 de abril, FF. JJ. 2 y 5). Por otra parte, del art. 19 CE no cabe deducir una prohibición de entrega extraditacional absoluta de los españoles, por lo que la autorización, debidamente motivada, de la extradición de un español para su entrega a las autoridades del Estado reclamante al amparo del Convenio Europeo de Extradición no vulnera los derechos a la libertad de residencia y de salida de España (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5, y ATC 412/2004, de 2 de noviembre, FJ 2).

C) *Libertad de circulación y derecho de reunión y manifestación*

La invocación del derecho a la libertad de circulación no puede legitimar sin más la negación del derecho de reunión y manifestación. Ciertamente, toda reunión en lugar de tránsito público ha de provocar una restricción al derecho de la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes, que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto y durante la celebración de la manifestación, pero esa restricción, conforme a lo preceptuado en el art. 21.2 CE, no legitima por sí sola a la autoridad para prohibir la manifestación, sino que para ello es preciso que exista alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes (STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8). «En una

sociedad democrática, el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación (STC 66/1995, FJ 3), y, por tanto, la prohibición de instalar mesas o una tienda de campaña por los reunidos, con virtualidad para la exposición e intercambio de mensajes e ideas, no puede justificarse en meras dificultades o simples molestias para la circulación de las personas que allí transiten» (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 9).

D) *Traslado forzoso de poblaciones*

No hay lesión del derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE) porque la resolución administrativa, confirmada judicialmente, acuerde la expropiación y desalojo de edificaciones para la construcción de un embalse o pantano. Una resolución semejante conlleva necesariamente el traslado de los hasta entonces residentes en las viviendas afectadas, e impide la continuidad de su permanencia, pero no impide que los que se vean desplazados elijan libremente su residencia en otro lugar, pues el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, como expresa el art. 10.1 CE (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 11, y ATC 325/1984, de 30 de mayo, FJ único).

E) *Deber de residencia y otros deberes de los funcionarios públicos*

El derecho de los españoles a elegir libremente su residencia dentro del territorio nacional (art. 19 CE) no es absolutamente ilimitado, sino que permite aquellas restricciones que tengan fundamento bastante, como acaece con los funcionarios, a quienes el ejercicio de su cometido funcional exige la **residencia en el lugar de destino**, pero a los que por la naturaleza, condiciones y alcance de la relación de servicio que efectúan, se les puede imponer

restricciones para alcanzar la mayor perfección de la misma en su efectividad, como sucede con la medida de **traslado forzoso** a otra localidad por necesidades o hasta por conveniencias del servicio, siempre que esté apoyado en causas determinadas y justificadas (ATC 781/1985, de 17 de noviembre, FJ 2).

La denegación a un médico militar de su solicitud de excedencia en su Cuerpo no constriñe su derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. El desempeño de su actividad como médico militar en el lugar de destino asignado por la superioridad es propio del estatuto funcional, libremente asumido por el interesado al acceder a la profesión militar (ATC 191/1991, de 17 de junio, FJ 4).

Las limitaciones legales que se imponen a los funcionarios para **concurrir** a otra plaza (prestar servicios en la plaza actual durante un tiempo determinado, etc.), no lesionan la libertad de residencia (art. 19 CE), «porque es inherente a la profesión que libremente se escoge el cumplimiento de los deberes o requisitos que dicha profesión impone» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 12.4).

F) *Libertad de residencia y obligaciones laborales*

Las cuestiones relativas a la clasificación profesional de los trabajadores son irrelevantes desde la perspectiva del derecho a la libertad de residencia (ATC 246/1982, de 8 de julio, FJ 3).

Del mismo modo, el traslado forzoso del trabajador impuesto como sanción laboral es irrelevante desde la perspectiva del derecho a la libertad de residencia (ATC 408/1986, de 7 de mayo).

G) *Medidas en procesos matrimoniales*

Los derechos reconocidos en el art. 19 CE no resultan vulnerados por el hecho de que las

resoluciones judiciales en procesos de nulidad, separación y divorcio, otorguen, en razón de las circunstancias concurrentes, la custodia de los hijos menores a uno de los progenitores, incluso cuando el otro progenitor vea limitado su derecho de visita por razón del distinto lugar de residencia, pues esta afectación a la libertad de residencia y circulación se hace conforme y en atención a un interés protegido privilegiadamente por el ordenamiento, el interés superior de los menores (AATC 116/1984, de 22 de febrero, FJ 4; 470/1985, de 10 de julio, FJ único; 851/1985, de 4 de diciembre, FJ 4, y 127/1986, de 12 de febrero, FJ 3). Tampoco existe lesión del art. 19 CE porque la sentencia extranjera de divorcio que se ejecuta en España atribuya la patria potestad al padre, extranjero, dejando a la madre, española, la guarda y custodia del hijo (ATC 276/1983, de 8 de junio, FJ 1).

H) *Tarjeta de estacionamiento para discapacitados*

La regulación de los requisitos y condiciones para el uso de las tarjetas de estacionamiento de discapacitados encuentra fundamento en la competencia estatal para el establecimiento de condiciones básicas de ejercicio de derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), como garantía de la igualdad de los beneficiarios de estas autorizaciones en todo el territorio español, siendo el derecho fundamental afectado la libertad de circulación. El Estado es competente para establecer las condiciones «que aseguren la libre circulación por todo nuestro territorio de personas que padecen algún tipo de discapacidad (art. 19 CE), en términos de igualdad sustancial. Esa circulación se realizará por medio de vehículos especiales, manejados por la propia persona discapacitada o por terceros, y comprende sin duda su estacionamiento en la vía pública, que es una actividad complementaria esencial de la circulación» (STC 18/2017, de 2 de febrero, FJ 3).

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS HIDALGO, N., «La libertad de circulación en el territorio de los Estados», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 855 y ss.
- BASTIDA FRELJEDO, F. J., «Libertad de circulación», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2011, tomo III, págs. 166 y ss.
- BORRAJO INIESTA, I., «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en BIGLINO CAMPOS, P. (Coord.), *Ciudadanía y Extranjería: Derecho Nacional y Derecho Comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 55 y ss.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., «Artículo 19. Libertad de circulación y residencia», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997, tomo II, págs. 483 y ss.
- GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J. L., «Libertad de residencia», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2011, tomo III, págs. 168 y ss.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991.
- JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1994.
- LIROLA DELGADO, M. I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- LOSADA GONZÁLEZ, H., «Estatuto legal de los extranjeros en España», en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *Tratado de Extranjería*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, en especial págs. 153 y ss.
- RUIZ LEGAZPI, A., *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Comentario al art. 19», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 445 y ss.

Artículo 20

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

c) *A la libertad de cátedra.*

d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

3. *La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*

4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

5. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

Sumario general:

La libertad de expresión, por **IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ**

El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, por **JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ**

La libertad de cátedra, por **JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ**

Regulación, control y acceso a los medios de comunicación social, por **MATILDE CARLÓN RUIZ**

ARTÍCULO 20.1.A) Y D), 20.2, 20.4 Y 20.5 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sumario: I. El artículo 20.1.a) y d) CE: sustento del estado democrático. La dimensión objetiva de la libertad de expresión. 1. Democracia, opinión pública libre y libertades «preferenciales» del art. 20.1 CE. Los dos grandes períodos de la jurisprudencia del TC sobre la libertad de expresión. 2. La «ponderación de bienes» versus la «delimitación» del contenido constitucional de la libertad de expresión. II. La distinción entre opinión e información: del insulto a la noticia. El objeto de la libertad de expresión. 1. ¿Qué son «opiniones» y qué son «noticias»? 2. La libertad de expresión como «vara de medir» mensajes. La gradación de la tutela según el objeto protegido. De la insidia a la noticia. III. Los sujetos de la libertad de expresión. IV. Artículo 20.1 CE. Contenido constitucional de la libertad de expresión. La dimensión subjetiva. 1. Art. 20.1.a) CE. Derecho a expresar opiniones, ideas y pensamientos. 2. Art. 20.1.d) CE. Derecho a comunicar y recibir información veraz. 3. El derecho a recibir libremente información veraz. 4. El canon de la veracidad de la información. 5. Los medios de ejercicio de la libertad de expresión. V. Artículo 20.4 CE. Los límites a la libertad de expresión. VI. Algunas cuestiones particulares. 1. Art. 20.2 y 5 CE. Censura previa, secuestro de publicaciones y medidas cautelares. 2. Secreto profesional y cláusula de conciencia de los periodistas. 3. Derecho de réplica y rectificación.

IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

COORDINADOR DE «ESPACIO FUNDAMENTOS. MODELOS CONSTITUCIONALES A DEBATE»

I. EL ARTÍCULO 20.1.A) Y D) CE: SUSTENTO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 20 CE ha sido causa de una ya ingente jurisprudencia del TC que tiene su inicio en el mismísimo año de su fundación (STC 6/1981). Una jurisprudencia que, a salvo algunas fatigas y desfallecimientos, se ha mantenido fiel a sí misma en todo este tiempo, y sustentada en una **dogmática de la libertad de expresión** (término con el que se resume en este comentario el rico contenido del art. 20 CE) entreverada por **la vocación democrática de esta libertad**, y prisionera de la delimita-

ción de su objeto y contenido mediante el contraste permanente con sus límites.

El art. 20.1 CE, encuadrado en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I CE, posee un contenido variopinto y cuya densidad jurídica es inversamente proporcional a su parquedad, al igual que otros muchos de los contenidos en este mismo Título. Pese a su importancia, no fue uno de los preceptos más polémicos en la Constituyente. De hecho, y según reflejan los Diarios de sus Sesiones, el contenido del actual art. 20 apenas sufrió algún cambio de denominación, de «libertades», como rezaba el Anteproyecto de Constitución, a «derechos», y un interesante debate en torno a la oportunidad de introducir el «control parlamen-

tario» de los medios de comunicación público en su texto (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, núm. 106, de 7 de julio de 1978, págs. 4008 y ss.).

Este precepto, en lo que ahora interesa, reconoce y protege los derechos: «a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción»; «d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Tres derechos fundamentales, a opinar, a informar y a recibir información libremente, que son acompañados en el mismo precepto por una serie de garantías complementarias, a saber: la prohibición de cualquier «tipo de censura previa», pudiendo «solo acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial»; una norma con rango de ley «regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades»; y, por último, pero en absoluto menos importante (de hecho ha sido la clave de bóveda de la dogmática constitucional de aquellos tres derechos fundamentales construida por el Tribunal Constitucional), «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Este heterogéneo contenido ha sido amalgamado por el TC con la atribución de una **función «democrática» a los derechos fundamentales del art. 20**, que expresó en la primera de sus sentencias sobre este precepto con fórmula que ha hecho fortuna y se ha mantenido hasta la actualidad, definiendo de manera harto concisa la dimensión objetiva del art. 20.1 CE con la que ha llenado de sentido la dimensión subjetiva, los derechos, en él contenidos:

«El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el man-

tenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los aps. 2 y 5 del mismo art. 20) [...]» (STC 6/1981, FJ 3; *vid.* las SSTC 136/1999, 235/2007 y 177/2015).

Una función democrática expresada en la **«relevancia pública» de la opinión o información** como criterio de precisión del ámbito protegido por el art. 20, que a su vez se materializa y concreta en diversos criterios y elementos de juicio empleados por el TC para resolver en cada caso sobre la tutela de aquellos derechos a opinar o informar.

1. Democracia, opinión pública libre y libertades «preferenciales» del art. 20.1 CE. Los dos grandes períodos de la jurisprudencia del TC sobre la libertad de expresión y algunos desfallecimientos posteriores

La doctrina del TC ha transitado por dos momentos sucesivos y dispares en la construcción dogmática de la libertad de expresión en el sistema constitucional español, y parece que en los últimos tiempos ha regresado a sus orígenes con un resurgir de la ponderación.

Uno primero en el que los derechos del art. 20.1.a) y d) se conciben como «**libertades sirvientes**» de la «**opinión pública libre**», cuya formación es el fin último de tutela de este precepto constitucional (STC 12/1982, FJ 3) y que tiende a resolver los conflictos con otros derechos «ponderando» el mayor peso de unos u otros en ese servicio a la formación de una opinión pública informada; y otra línea posterior que recupera las palabras de la STC 6/1981, de modo que el fin del art. 20 CE es la garantía de los derechos de libertad a expresar opiniones y comunicar o recibir información libremente a través de cualquier medio de difusión o reproducción, cuyo resultado es un proceso libre y abierto de comunicación pública, indispensable para la realización del Estado democrático (BASTIDA, 1990, 109 y ss., 258 y ss.; VILLAVARDE, 1994, 90 y ss., 186 y ss., y 309 y ss.; SOLOZÁBAL, 1991; RALLO LOMBARTE, 2000; LLAMAZARES CALZADILLA, 1999; RODRÍGUEZ, 2016; SSTC 6/1981, FF. JJ. 3 y 4; 159/1986, FJ 6).

Muy tempranamente, en la STC 12/1982 (FJ 3), el propio TC dio una vuelta de tuerca a la función democrática de la libertad de expresión que había declarado en su STC 6/1981, incorporando a su dogmática lo que el TC denomina en aquella sentencia «institución política fundamental»: la *opinión pública libre*. Así se expresó la STC 12/1982 (FJ 3):

«El art. 20.1 de la Constitución [...]. Sin embargo, en otro plano significa 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. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre» (*vid.*, también, la STC 107/1988, FJ 2).

La jurisprudencia constitucional de los años ochenta y buena parte de la de los noventa estuvo gobernada por el sometimiento funcional del ejercicio de la libertad de expresión a la garantía y satisfacción de los propósitos de aquella institución política, cuya indispensabilidad para el funcionamiento del Estado democrático terminó por imponer un remedo de **jerarquía axiológica (y por ende normativa) de la libertad de expresión** ejercida al servicio de la formación de la *opinión pública libre* sobre los restantes derechos y bienes constitucionales, «pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 107/1988, FJ 2). En esta dogmática de la libertad de expresión, lo que es libre y plural es la «opinión pública», a cuya formación deben servir las libertades de expresión tuteladas en el art. 20 CE. Todo ejercicio de la libertad de expresión justificado en el enriquecimiento y mayor libertad de aquella opinión pública gozará de una protección constitucional preferente e inexorable (SSTC 120/1983, 107/1988, 171/1990, 178/1993, 336/1993). Cualquier otro ejercicio de esa misma libertad no animada por ese propósito, decaerá en su garantía (BASTIDA, 2004, 165).

El TC ha llegado a estimar los recursos de amparo en aplicación de estos axiomas, no porque se hubiese probado la lesión de otros derechos o bienes dignos de protección constitucional (habitualmente el derecho al honor y a la intimidad) por las opiniones e informaciones difundidas, sino porque estas no contribuyeron a la *formación de una opinión pública libre*, de lo que se deducía sin solución de continuidad la lesión de aquellos derechos o bienes. Un ejemplo bien claro de esta primera jurisprudencia son las SSTC 105/1983, 159/1986, 165/1987, 107/1988, 105/1990, 171 y 172/1990. Así lo expresaba la STC 171/1990 (FJ 5):

«Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en

general, de una *posición preferente* y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su *jerarquía institucional* desnaturalizado ni incorrectamente relativizado (SSTC 106/1986 y 159/1986, entre otras).»

Doctrina que fue precisada y matizada por la STC 172/1990 (FJ 2):

«Según reiterada doctrina constitucional, las libertades del art. 20 de la Constitución no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática.»

En la segunda mitad de los años noventa se produce un importantísimo giro en la doctrina del TC. Sentencias como la 200/1998 o la 192/1999 son la expresión de un cambio de rumbo, abandonando aquella interpretación democrático-funcional de la libertad de expresión, para destacar su dimensión subjetiva como verdadero objeto de tutela en el art. 20.1 CE. Como se verá en el siguiente epígrafe, ese cambio se produce cuando **el TC abandona la técnica de la ponderación de bienes**, que era una manifestación de esa funcionalización de la libertad de expresión, subyugada a la formación de una *opinión pública*. El TC da un giro radical, y aunque en multitud de ocasiones sigue empleando el término «ponderación», se afana en **delimitar**

el contenido constitucional de los derechos de los aps. a) y d) del art. 20.1 CE, porque la constitucionalmente conforme definición de ese contenido, en suma, de la dimensión subjetiva de la libertad de expresión, se precipita en la efectiva **tutela del proceso de comunicación pública libre y plural**, indispensable para la existencia y fortaleza del Estado democrático.

Sin embargo, el transcurso del tiempo no ha confirmado esta jurisprudencia, sino que se ha vuelto al paradigma de la «opinión pública libre». En este paradigma criterios como la relevancia pública de la información, el carácter público o no del personaje o la forma y necesidad de la opinión expresada han dejado de ser elementos del juicio de proporcionalidad entre la libertad de expresión e información y sus límites, para convertirse en los pesos y contrapesos de una funcionalizada ponderación de bienes (SSTC 51/2008, en un caso ligado al derecho de creación literaria; 23/2010; 12/2012; 79/2014 y 226/2016; aunque las SSTC 65/2015 y 38/2017 parecen retomar la senda de los años noventa).

2. La «ponderación de bienes» versus la «delimitación» del contenido constitucional de la libertad de expresión

La inmensa mayoría de asuntos en los que el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la libertad de expresión en el sistema constitucional español han sido casos en los que esta libertad *colisionaba* con otros derechos o bienes constitucionales (y en ocasiones también infraconstitucionales como la buena fe contractual o la moral pública). No deja de llamar la atención que la definición del contenido constitucional de la libertad de expresión se ha hecho por oposición con otros derechos fundamentales, particularmente los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen garantizados en el art. 18 CE. **La libertad de expresión ha sido definida por sus límites.**

Durante un largo tiempo, el TC no ha delimitado el contenido constitucional de la libertad de expresión a partir de aquellas grandes líneas maestras expresadas en la citada STC 6/1981 y su estirpe, sino que ese contenido ha sido el precipitado resultante de la resolución caso a caso de su colisión con sus límites mediante una «ponderación» de los bienes en conflicto. En esta técnica, el Tribunal Constitucional, además, había asumido que su papel jurisdiccional era el de realizar el **control externo sobre la razonabilidad de la ponderación de los derechos y bienes en conflicto por los jueces y tribunales ordinarios**. Como decía la STC 107/1988 (FJ 11):

«[...] obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar *un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión* en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, *y es sobre el resultado de esa valoración donde al TC le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegarlo en el supuesto contrario*» (cursiva del autor).

El resultado paradójico de este método de definición del contenido constitucional de un derecho fundamental es que, al emplear la «ponderación de bienes» citada, se renuncia a definir el contenido constitucional de la libertad de expresión en el sistema constitucional español para extraerlo por exclusión, una vez aplicados sus límites, que son otros derechos o bienes dignos de protección constitucional. Lo que sea la libertad de expresión será lo que queda si la protección de esos otros derechos o bienes no se imponen por el simple hecho de que el mensaje controvertido no ha contribuido a la libertad de la opinión pública (un ejemplo paradigmático de esta técnica son las SSTC 171 y 172, ambas de 1990, que versaron

sobre la misma noticia abordada por dos periódicos y que merecieron dos resoluciones dispares del Tribunal Constitucional).

Si a ello sumamos que aquellos casos en los que el TC ha ido construyendo esa dogmática son todos ellos manifestaciones de **la eficacia entre terceros de los derechos fundamentales** (*drittwirkung*), el resultado es que, en último término, la dogmática jurisprudencial del art. 20.1 CE acababa siendo **una cuestión de tutela judicial efectiva del art. 24 CE** (lo que ha sido origen de sonados conflictos con el TS, *vid.* las SSTC 115/2000 y 127/2004; SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR, 2002). En efecto, el TC versaba sus resoluciones sobre las de los órganos judiciales ordinarios por su defectuosa «ponderación» de la libertad de expresión en su colisión con otros derechos y bienes constitucionales. El TC terminó por reducir su examen a comprobar la razonabilidad de la ponderación judicial; en fin, si en la instancia se **dispensó «una tutela judicial efectiva a los legítimos derechos e intereses»** (art. 24 CE) en presencia (*vid.*, por ejemplo, la STC 297/1994; en esta línea las más recientes SSTC 51/2008; 23/2010; 12/2012; 79/2014).

Sin embargo, el TC ha tratado desde finales de los años noventa de variar esta forma de interpretar el contenido del art. 20.1 CE y de resolver sus hipotéticos conflictos con otros derechos y bienes constitucionales. Para ello, modificó sustancialmente su modo de obrar en estos casos. Así lo ha expresado la STC 200/1998 (FJ 4):

«[...] a este Tribunal (1e) corresponde examinar si dicha valoración judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el contenido que constitucionalmente corresponde a cada uno de ellos y, en caso afirmativo, confirmar la resolución judicial aunque para ello sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por aquella en cuanto estos no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motiva-

ción de la Sentencia judicial» (*vid.*, también, las SSTC 148/2001, FJ 3, y 43/2004, FJ 3; también las SSTC 23/2010; 12/2012; 79/2014 o 38/2017).

Los esfuerzos interpretativos del TC se han dirigido desde ese momento a definir la dimensión subjetiva de la libertad de expresión, y una vez *delimitado* su contenido constitucional, comprobar si las opiniones o informaciones controvertidas merecían o no la tutela constitucional dispensada por el art. 20.1.a) o d) CE. Esta comprobación la efectúa el TC en dos sucesivos momentos: primero examinando si las opiniones o informaciones controvertidas son o no objeto de los derechos del art. 20.1 CE (opiniones no insultantes y/o narraciones de hechos veraces), y después, si en efecto lo son, analizando si están, no obstante, sujetas a las restricciones que derivan de la tutela que también merecen otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 134/1999, 180/1999, 21/2000, 112/2000, 282/2000, 297/2000, 49/2001, 165/2001, 204/2001, 14/2003, 160/2003). En ese ejercicio de delimitación de la libertad de expresión en dos tiempos el TC ha **tornado la originaria «ponderación» en un juicio de proporcionalidad entre la libertad de expresión y sus límites**, introducido los siguientes criterios que le han servido para resolver los asuntos sometidos a su consideración: la condición y grado de las opiniones formal o materialmente injuriosas, la necesidad de la opinión o la información controvertida en el contexto del mensaje transmitido, y la *relevancia pública* de la opinión o de la información divulgada en función del sujeto concernido (si es sujeto público, con notoriedad pública o un sujeto privado) o los hechos y circunstancias relatadas.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE OPINIÓN E INFORMACIÓN: DEL INSULTO A LA NOTICIA. EL OBJETO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 20.1 CE distingue por su objeto las distintas modalidades que integran la libertad de

expresión: *pensamientos, ideas y opiniones* de un lado [ap. 1.a)], y de otro, *información* [ap. 1.d)]. Lo protegido en el art. 20.1 no es «opinar» o «informar», sino difundir «opiniones» e «informaciones». Este matiz es relevante porque si el Constituyente se hubiese expresado en el art. 20.1 CE de la primera forma, hubiera tenido justificación la inicial jurisprudencia del TC que encuadraba los mensajes dentro de la libertad de opinión [art. 20.1.a)] o de la de información [art. 20.1.d)] atendiendo al elemento «más preponderante» en ellos, en fin, a su finalidad, opinar o informar. El Constituyente optó, sin embargo, por la segunda formulación que obliga a distinguir cuándo se está ante opiniones y cuándo ante informaciones. Y no es baladí el asunto, pues según ubiquemos los mensajes en la letra a) o en la letra d) del art. 20 CE el canon constitucional es bien distinto.

El TC transitó hasta bien entrados los años noventa para ubicar los mensajes en las letras a) o d) del art. 20.1 CE la senda de la **finalidad «preponderante»** (cuyo paradigma es la STC 6/1988), según la cual, habida cuenta de que la mayoría de los mensajes constituían una trama de opiniones e informaciones entrelazadas de imposible separación, había que estar a qué preponderaba más, si el propósito de opinar (emitir juicios de valor sobre unos hechos) o de informar (narrar unos hechos sobre los que se realiza alguna apreciación subjetiva), para decidir en qué letra subsumir el mensaje y saber a qué canon constitucional debía someterse. Desde la STC 192/1999, este criterio fue abandonado. El Tribunal Constitucional, en esa sentencia, y en las que le siguieron, **ha diseccionado en el mismo mensaje qué de él son opiniones y qué informaciones, para aplicar según qué caso los correspondientes cánones constitucionales de enjuiciamiento** (STC 192/1999, FJ 3). Sin embargo, parece que el TC ha retomado en los últimos tiempos la doctrina de la «preponderancia» (ejemplo paradigmático son las SSTC 139/2007, 41/2011 o 79/2014). Aunque el TC parece volver en los últimos tiempos a distinguir en el discurso en-

tre lo que son opiniones y lo que son informaciones porque su estándar de protección constitucional es distinto (por todas la STC 65/2015 FJ 2).

1. ¿Qué son «opiniones» y qué son «noticias»?

Es doctrina pacífica que el derecho fundamental a manifestar libremente opiniones de la letra a) del art. 20.1 CE tiene por **objeto las apreciaciones, creencias y/o juicios de valor subjetivos y personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se desea transmitir**. El TC nunca ha establecido distinciones entre «pensamientos, ideas y opiniones», ni ha tratado estas nociones como categorías diferenciadas entre sí para ser merecedoras de una tutela constitucional diversa (ni siquiera cuando ha examinado la libertad de expresión a la vera de la ideológica del art. 16 CE; *vid.* las SSTC 20/1990 y 120/1990; y más recientemente las SSTC 38 y 128, ambas del 2007). La información que resulta ser el objeto del derecho a comunicar y recibirla de la letra d) es la **divulgación o narración de hechos que resulten veraces**. El TC ha utilizado la palabra «noticia» sin un criterio explícito que convierta esta noción en una categoría constitucional específica (por todas, STC 192/1999). Las opiniones se inscriben en la **letra a) del art. 20.1 CE**, cuyo canon establece que **son merecedores de tutela constitucional todos los juicios de valor que no sean formalmente injuriosos y/o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir; aunque puedan resultar molestos e incluso hirientes**. La información se sujeta al canon de la **letra d) del art. 20.1 CE**, que dispensa tutela constitucional a **las narraciones de hechos veraces con relevancia pública**. Pero estos cánones no constituyen absolutos inquebrantables, de manera que el TC nunca ha afirmado que solo y únicamente las opiniones no injuriosas y/o innecesarias y las informaciones veraces sobre asuntos de relevan-

cia pública son el objeto exclusivo de la protección dispensada del art. 20.1 CE. El TC traza una regla graduada de protección que transita del extremo del insulto al de la información mendaz. Para el Tribunal Constitucional, **no existe un derecho a insultar**; y por insulto considera los mensajes material y formalmente injuriosos y además innecesarios y gratuitos para el mensaje manifestado (por todas, STC 105/1990):

«En efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien “el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE] dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)” (STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4)» (SSTC 232/2002, FJ 3; 226/2016 FJ 5).

Otra cosa es que, cuando esas opiniones injuriosas o esas informaciones intrascendentes entran en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, lleguen a ser acreedoras de protección constitucional. Precisamente **la «relevancia pública» de la opinión o la información divulgadas ha sido usada por el TC como criterio decisivo de la «proporcionalidad» de los límites que debe soportar la libertad de expresión**, antes que para definir su objeto.

2. La libertad de expresión como «vara de medir» mensajes. La gradación de la tutela según el objeto protegido. De la insidia a la noticia

La doctrina del TC durante estos treinta años ha dibujado a partir de la definición del objeto del art. 20.1.a) y d) CE y de los criterios empleados para establecer la interrelación con sus límites una especie de «vara de medir» conceptual que coloca sobre el caso que debe resolver, midiendo el grado de tutela constitucional de las opiniones o las informaciones. **Una regla cuya escala comienza con el insulto y la mentira, y termina en lo que bien podría denominarse la noticia veraz democráticamente relevante.** Entre uno y otro extremo de esta vara están las medidas intermedias de la opinión hiriente e incluso injuriosa, o la información intrascendente, el error informativo, la información mendaz, los rumores e insidias o las opiniones molestas. Cuanto más nos acerquemos al extremo del insulto y la mentira, ninguna o menor será la tutela constitucional del mensaje frente a otros derechos y bienes constitucionales; y, por el contrario, más irresistible será su protección cuanto más se acerque a lo que democráticamente el TC considera valioso para el proceso de comunicación pública libre y plural en el que ha de formarse una opinión pública robusta propia de un Estado democrático y de derecho avanzado. Para el TC está claro que caen fuera del objeto del art. 20.1.a) y d) CE, constitu-

yendo los extremos de su vara de medir, el insulto y la insidia.

El TC ha reflejado este canon distinguiendo también entre el modo de proceder del orden penal del de los otros órdenes jurisdiccionales, lo que late en la doctrina de que no basta con comprobar el *animus iniuriandi* en la voluntad del acusado para sostener que sus expresiones son penalmente injuriosas o calumniosas (consúltense, entre muchas, las SSTC 115 y 127, ambas de 2004 o las SSTC 41/2011 y 38/2017). Para el Tribunal Constitucional, una vez que el Juez penal haya comprobado que el mensaje enjuiciado puede ser objeto de protección por el art. 20.1 CE, el mensaje es penalmente irrelevante —aunque lo pueda ser para el orden civil— (SSTC 200/1998 y 297/2000). En los otros órdenes, el hecho de que el mensaje pueda ser objeto de los derechos fundamentales del art. 20.1 CE no impide que, traspasando sus límites, lesione otros derechos y bienes constitucionales. En el caso del orden penal, la pretensión del TC con esta doctrina ha sido justamente **evitar el «efecto desaliento»** que para el ejercicio de la libertad de expresión supondría la amenaza incierta y siempre latente de la sanción penal (SSTC 297/2000, 115/2004 y 127/2004).

A modo de apretadísima condensación del ámbito protegido por el contenido constitucional del art. 20.1.a) y d) CE, tal y como lo expresó el TC en la STC 11/2000 (FJ 8), **este es su canon general** en el ordenamiento jurídico español y con el que ha construido la gradación de aquella vara de medir:

«Las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar el grado de protección constitucional del mensaje son: el juicio sobre la relevancia pública del asunto (SSTC 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), el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u

opinión (STC 76/1995, de 22 de mayo), y especialmente si son titulares de cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, ya que, como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático, sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque “duelan, choquen o inquieten” (STC 76/1995) o sean especialmente molestas o hirientes (STC 192/1999, de 25 de octubre). Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en que se producen (STC 107/1988), como una entrevista o intervención oral (STC 3/1997, de 13 de enero). Y, por encima de todo, si en efecto contribuyen a la formación de la opinión pública libre (SSTC 107/1988, 105/1990, 171/1990, y 15/1993, de 18 de enero, entre otras).»

III. LOS SUJETOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Una de las peculiaridades del art. 20.1 CE es triba en sus sujetos. **La libertad de expresión tiene por titular a cualquier persona** (SSTC 6/1981, 20/1982, 105/1983, 165/1987, 176/1995, 14/2003). Aunque el TC emplea en muchas ocasiones la palabra «ciudadano» (por ejemplo, en la STC 176/1995, FJ 2), es lo cierto que no lo ha hecho para hacer una distinción que no se corresponde con la literalidad misma del precepto, que emplea, por el contrario, una **fórmula impersonal**, y a su propia doctrina sobre la titularidad de derechos fundamentales por extranjeros (desde la STC 107/1984 hasta las SSTC 236/2007, 259, 260 y 262, todas del 2007).

Acaso convenga recordar que el TC ya ha dicho que **el Estado (y por extensión cabe entender que los poderes públicos, con la excepción de las «corporaciones de derecho público») no son titulares de la libertad de expresión**. Así lo expresó con toda

claridad la STC 14/2003, FJ 8: «La información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por la libertad reconocida en el art. 20.1.d) CE, porque los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo, pero en ningún caso las instituciones pública o sus órganos (SSTC 185/1989 y 254/1993; ATC 19/1993)».

Queda **pendiente aún resolver si pueden serlo las personas jurídicas**; aunque de la STC 64/1988 (FJ 1) podría deducirse que así puede ser. Lo cierto es que el TC ha soslayado este particular (STC 282/2000). En cierto modo, la libertad de expresión de las personas jurídicas está muy estrechamente ligada a **la publicidad comercial**, concebida esta como la forma habitual de ejercicio de la libertad de expresión por las personas jurídicas de base económica. El TC no se ha pronunciado con claridad sobre la inclusión de la publicidad comercial en el contenido constitucional de la libertad de expresión; aunque tras la STEDH caso *Casado Coca*, de 24 de febrero de 1994 (en el que, por cierto, fue condenado el Reino de España; *vid.* AATC 302/1989 y 241/2003), pocas dudas debiera haber sobre el hecho de que así debiera ser (SSTEDH casos *Mark Intern Verlag*, de 20 de noviembre de 1989; *Barthold*, de 25 de marzo de 1985; *VGT*, de 28 de junio de 2001; *Demuth*, de 8 de octubre de 2002; *Stambuck*, de 17 de octubre de 2002).

El TC sí ha hecho distinciones entre la mera condición de persona y la de **«periodista» o «profesional de la información»**. Y no solo en aquellos supuestos donde una interpretación razonable del art. 20 CE identifican al periodista o profesional de la información como titular específico del secreto profesional o la cláusula de conciencia [letra d) *in fine* del art. 20.1 CE]. En la STC 30/1982 el TC ha llegado a hablar del **«papel de intermediario natural desempeñado por los me-**

dios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, (que) se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la vista de la causa que nos ocupa». Esta idea del «intermediario natural» ha sido reiterada en diversas y muy señaladas ocasiones en las que el TC ha querido subrayar la condición de profesional de la información y de los medios de comunicación para, en unos casos, imponerles mayores exigencias que a los particulares (veracidad, responsabilidad de periodistas y editores por la información transmitida; SSTC 171/1990, 3/1997, 47/2002); y en otros para reconocerles un ejercicio *reforzado* o «preferente» —en palabras del TC— (STC 30/1982, FJ 4) de la libertad de expresión (acceso a la información, SSTC 30/1982, 56 y 57, ambas de 2004, y 159/2005). Pero el TC **se ha cuidado mucho de colegir de esa especial consideración del periodista una suerte de titular privilegiado de la libertad de expresión** (SSTC 199/1999, 225/2002).

Desde esa consideración singular del profesional de la información el TC ha esbozado algunas líneas generales y básicas de lo que bien podría denominarse **estatuto constitucional del periodismo y sus profesionales** (ESCOBAR ROCA, 2002). En primer lugar, el TC ha definido de manera genérica quién puede ser considerado **periodista: quienes «prestán un trabajo habitual y retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación»** (STC 176/1995, FJ 2). Aunque debe subrayarse el empeño del TC en mantener una definición amplia y difusa de esta categoría, gobernada más por un criterio funcional que laboral o colegial, al menos a los efectos de identificar al sujeto titular de la cláusula de conciencia (STC 199/1999, FJ 4).

Ese *estatuto constitucional del periodista* está compuesto por la doctrina de la cláusula de conciencia, el régimen de su secreto profe-

sional, el mencionado derecho «preferencial» en el acceso a la información, en una mayor exigencia en la prueba de la veracidad de la información divulgada (SSTC 183/1995, 200/1998, 192/1999), y en ocasiones en una sutil inversión de la prueba sobre la *relevancia pública* de la información transmitida, que parece presuponerse (cierto que sin alcanzar en rigor la categoría de presunción constitucional *iuris tantum*) si la información es transmitida por un profesional del periodismo a través de un medio de comunicación social (SSTC 165/1987, 171/1990).

Existe una serie de categorías de titulares de la libertad de expresión que están sujetos a singularidades en el disfrute de sus derechos fundamental a difundir opiniones o informaciones que no afectan a otros. Este es el caso de los **sometidos a relaciones de especial sujeción con los poderes públicos** (empleados públicos, miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de las Fuerzas Armadas, reclusos; SSTC 272/2006, 107/2012, 38/2017; FERNÁNDEZ MONTALVO, 2002), de **las profesiones jurídicas** en su actividad ante los órganos judiciales, de los **trabajadores**, y, dentro de este género, de los **sindicalistas**. El TC no ha tenido reparo en someter la libertad de expresión de los **sujetos sometidos a una relación de sujeción especial o parte de una relación laboral** a restricciones específicas (en ocasiones de dudosa pertinencia constitucional). Apurando las ideas, en rigor, estos casos no son tanto los propios de una titularidad disminuida o peculiar de un derecho fundamental, cuanto la de un disfrute de la libertad de expresión en un determinado contexto jurídico, cuyo ejercicio se somete a reglas singulares y más estrictas. Para las relaciones de sujeción especial, el TC ha sostenido que la persona en su condición de empleado público, en cualquiera de sus modalidades, aunque no está privada, naturalmente, de su libertad de expresión, está sometida a limitaciones en el disfrute de los derechos del art. 20.1 CE derivadas de su encuadramiento en una estructura administrativa jerarquizada al servicio del interés general.

No hay lugar a dudas sobre el peso y personalidad propia de la jurisprudencia constitucional sobre **la libertad de expresión en el seno de las relaciones laborales**. Se trata, sin duda, de una de las líneas jurisprudenciales que con el tiempo se ha desgajado del tronco común para alcanzar un protagonismo propio fruto de las reglas específicas que rigen estos asuntos y que ha construido el TC a lo largo de estos años (SSTC 120/1983, 6/1988, 204/1997, 57/1999, 241/1999, 153/2000, 20/2002, 151/2004, 56/2008, 203/2015; no puede dejarse de mencionar el caso en el que es la empresa la que ejerce su libertad de expresión, aunque el TC orilla esta cuestión, STC 282/2000; GOERLICH PESET, 2002). Para el Tribunal Constitucional, la relación laboral impone a la libertad de expresión de sus partes limitaciones específicas que se resumen en **el debido respeto a la buena fe y a la lealtad para con la empresa-empresario, que rige todo contrato y relación laboral**. Estos principios de buena fe y lealtad debida (más intenso el primero en su función limitativa, que el segundo, cuya aptitud como límite a la libertad de expresión ha sido muy mitigado por el TC) imponen al trabajador ciertos deberes de sigilo o de respeto, que no serían exigibles en el caso de un simple particular (SSTC 41/2006, 125/2007). De este modo tan claro ha resumido la STC 151/2004 (FJ 6) la ya muy dilatada doctrina del TC en esta materia:

«Al respecto, ha de comenzarse recordando que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a) CE], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (por todas, SSTC 6/1988, de 21 de enero; 186/1996, de 25 de noviembre; o 20/2002, de 28 de enero). Lo que se ha justificado por cuanto las

organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional [...].

“Se ha declarado también, en segundo término, que el ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1.a) CE se encuentra sometido a los límites que el ap. 4 del mismo precepto establece (SSTC 126/1990, de 5 de julio; 106/1996, de 12 de junio; o 186/1996, de 25 de noviembre, entre otras) y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988, de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; o 126/2003, de 30 de junio). De este modo, surge un ‘condicionamiento’ o ‘límite adicional’ en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su

comportamiento mutuo (SSTC 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre; o 20/2002, de 28 de enero), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución” (STC 241/1999, de 20 de diciembre).

“De ahí que este Tribunal se haya referido, por ejemplo, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (entre otras, STC 213/2002, de 11 de noviembre), o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985, de 27 de marzo; o 106/1996, de 12 de junio), y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985, de 13 de febrero) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989, de 17 de julio). Pero, al mismo tiempo, hemos sentido que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; o 192/2003, de 27 de octubre), de modo que aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posi-

ción prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE).”

“Por último, en atención a lo anterior, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito —modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente— de su libertad constitucional (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre, y 186/2000, de 10 de julio). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 126/2003, de 30 de junio). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso. Juicio que permitirá determinar si la reacción empresarial que ha conducido al despido del trabajador es legítima o, por el contrario, este fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo”.»

Sin embargo, **el sindicalista** ocupa una posición preferencial comparable a la de los profesionales de la información en el ejercicio de la libertad de expresión tanto en el seno de la empresa como fuera de ella en el caso de que divulgue mensajes referidos a ella. Aunque el TC ha fluctuado en ocasiones sobre la ubicación de la difusión de opiniones o informa-

ción por los sindicalistas (en unas ocasiones lo ha situado en el contenido adicional de la libertad sindical del art. 28 CE, normalmente cuando el ejercicio de la libertad de expresión se hace en el seno de la empresa, al considerarlo **«instrumento de la función representativa en su condición de representante sindical»** —SSTC 201/1999, 213/2002, 198/2004, 108/2008, 203/2015—; en otras lo ha hecho en el art. 20.1 CE), lo que se desprende con claridad es que los principios de buena fe y lealtad se ven contrarrestados por la función sindical del trabajador, hasta imponer la libertad de expresión del sindicalista sobre los poderes de dirección de la empresa.

Otro mar proceloso dentro de esta categoría es **la libertad de expresión de los trabajadores en las denominadas empresas de tendencia**, y el respeto a su ideario. Para el caso de los profesionales de la información y los medios de comunicación social, el asunto se reconduce a la cláusula de conciencia (VILLAVERDE, 2005). En el resto, el TC suele hacer prevalecer la tendencia y el ideario de la empresa, considerándolos restricciones a la libertad ideológica y de expresión de los trabajadores, siempre que esa tendencia e ideario fuese conocido y su respeto elevado a condición contractual (SSTC 47/1985, 106/1996, 125/2007, *mutatis mutandis* 86/2017). Aunque no es exactamente el mismo caso que el de las empresas de tendencia, resulta interesante el pronunciamiento del TC en la STC 226/2016 sobre la **expulsión de un partido político de una de sus militantes por las críticas que vertió sobre él en sendas «cartas al director»** publicadas en un diario regional. En esta ocasión el TC considera que la libertad de asociación política del art. 22 CE puede imponer ciertos deberes a los afiliados «dimanantes de la pertenencia» en este caso a un partido político «que pueden operar como límite externo a la libertad de expresión» (FJ 5). La debida fidelidad y lealtad a la asociación, su ideario y sus fines, pueden justificar sanciones e incluso la expulsión del socio que la defraude expresando opiniones

críticas gravemente lesivas de su imagen pública. Otro caso, no menos interesante, fue el planteado y resuelto por el TC en su STC 78/2016 en relación con la retirada de la palabra y la sanción que le impuso la presidencia de un parlamento autonómico a una **parlamentaria que llamo corrupto al Presidente** de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, otro de los sujetos activos singulares de la libertad de expresión son **los profesionales del Derecho** en sus actuaciones ante los órganos judiciales. Otra rama desgajada del tronco común que también ha adquirido protagonismo propio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la denominada **libertad de expresión forense**. En este caso, el TC considera que los Letrados y Procuradores pueden expresarse con plena libertad ante los órganos judiciales, siempre que lo dicho redunde en la defensa de los intereses de su cliente. Dicho de otro modo, la formalidad y severidad procedimental del lenguaje del foro puede traspasarse siempre que se haga al servicio de los derechos de defensa del cliente. De este modo, el canon de la libertad de expresión es plenamente aplicable a un contexto particularmente formal y procedimentalizado como es el propio de las actuaciones judiciales, pero siempre en el marco justificatorio **de la mejor defensa de las partes en el proceso judicial**. El TC ha resumido de esta manera su doctrina en esta materia:

«Por esta razón, se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar» (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6; también, entre otras, SSTC 184/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Es por ello por lo que ampara “la mayor beligerancia en los argumentos” (SSTC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 65/2004, de 19 de abril, FJ 4) e incluso “términos excesivamente enérgicos” (STC 235/2002, de 9 de di-

ciembre, FJ 4), pero siempre en atención “a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen”, y con el límite del “mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la ‘autoridad e imparcialidad del Poder Judicial’” (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6). La libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 7)» (STC 39/2009 FJ 3).

La STEDH *Rodríguez Ravelo*, de 12 de enero de 2016, condenó al Reino de España por la sanción penal impuesta a un abogado por la manifestación de unas opiniones muy críticas con una Jueza al considerarla desproporcionada y con un efecto inevitable de desaliento sobre el ejercicio de la libertad de expresión forense. Para el TEDH la vía penal, por leve que sea, como instrumento para imponer límites a la libertad de expresión de los letrados constituye con carácter general un exceso muy difícil de justificar en una sociedad democrática.

El TC también ha dicho que **donde no hay autor conocido (y responsable) de las opiniones e informaciones divulgadas, no hay libertad de expresión**. El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre **los mensajes anónimos** al hilo de una serie de asuntos relativos al contenido de diversas «cartas al Director». En estos casos, el TC ha afirmado rotundo que es responsabilidad del medio de comunicación comprobar la identidad del autor de la «carta», so pena de asumir su contenido y las responsabilidades que de él puedan derivarse (SSTC 200/1998, 153/2000, 204/2001). El ATC 56/2002 (y repárese en que es un auto que inadmite el recurso de amparo) ha sido meridiano en su claridad: **los escritos anónimos no son objeto de la libertad de expresión**. Sin autor conocido, no hay libertad de expresión.

Otra de las peculiaridades del *sujeto* de la libertad de expresión consiste también en la relevancia que posee **su sujeto pasivo, al que le ha estatus constitucional el derecho a recibir libremente información veraz del art. 20.1 d) CE**. De este sujeto se hablará más abajo.

Ahora es otro el sujeto pasivo que interesa. **El concernido por el mensaje expresado, sea una opinión, sea una información, tiene relevancia constitucional** para delimitar el ámbito de tutela de los derechos del art. 20.1.a) y d) CE. Esta relevancia está expresada en la **doctrina de los personajes públicos**. En efecto, uno de los criterios empleado por el TC para medir el grado de protección constitucional de un mensaje es la condición de la persona de la que se opina o de la que se informa: sujeto público o privado. Esa condición contribuye también a precisar el grado de relevancia pública del mensaje, por cuanto, si este se refiere a un personaje público, el TC ha venido presumiendo su relevancia para la formación de una opinión pública libre. En esto, el TC no ha hecho sino hacer suya una reiterada y afianzada doctrina del TEDH sobre las *public figure* (que ha vuelto a condensar y reafirmar en una de sus más significativas resoluciones de los últimos años, caso *Von Hannover*, de 29 de septiembre de 2004, reiterada luego en los casos *Verlagsgruppe News GMBH*, de 14 de marzo de 2007, *Pfeifer*, de 15 de febrero de 2008, *Almeida Leitão Bento Fernandes*, de 12 de marzo de 2015, y *Jiménez Losantos*, de 14 de junio de 2016; BUSTOS GIBBERT, 2016).

El TC ha definido con agudeza lo que ha de considerarse *personaje público*. Esta categoría, en rigor, más que a personas, describe un contexto funcional (ejercicio de cargos públicos o políticos, actividades personales o profesionales que lo hacen públicamente conocido y relevante), en el cual la persona que ingresa en él **debe soportar el ejercicio de la libertad de expresión de otros en un grado que resultaría intolerable fuera de ese contexto**; siempre, desde luego, que su

mensaje sea referido a su actividad en ese espacio (por todas, STC 192/1999, FJ 7). Dentro de esta categoría general, el TC ha distinguido a los denominados **personajes con notoriedad pública**, que son aquellos cuya condición les deviene «por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada» (por todas, STC 134/1999; también las SSTC 34/2010, 89/2010, 41/2011, 7/2014, 19/2014, 79/2014, 18/2015, donde habla de personales con «notoriedad social»; doctrina que también ha sostenido el TEDH, entre otros, en el caso *Verlagsgruppe News GMBH*, de 14 de marzo de 2007).

IV. ARTÍCULO 20.1 CE. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA

Sin perjuicio de lo que se diga más adelante, el TC ha mantenido desde su STC 6/1981 la consideración de la libertad de expresión en la CE como **derechos de libertad, y no de prestación, que otorga a la persona el poder jurídico de expresar opiniones o informaciones, o de recibirlas, imponiendo a los demás el deber de abstenerse de cualquier acción que lo impida o coarte** (interdicción de todo tipo de censura previa, restricciones previas y tutela frente a actos impeditivos), y, también, y esto es importante, **el deber de soportar la difusión de ciertos mensajes** (doctrina de las opiniones molestas o hirientes).

«La libertad de expresión que proclama el art. 20.1.a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto esta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a

comunicar y recibir información veraz (art. 20.1.d) [...].

“Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos”» (STC 6/1981, FJ 4).

El contenido constitucional de la libertad de expresión goza de eficacia directa y se ejercita «de acuerdo con su contenido constitucionalmente sancionado y, de estar este desarrollado legalmente, de acuerdo también con lo que disponga la ley correspondiente, siempre que esta sea posterior a la CE y no haya sido declarada inconstitucional por este Tribunal» (STC 77/1992, FJ 2). Por tanto, el disfrute de la libertad de expresión, en cualquiera de sus manifestaciones, no necesita de permisos, concesiones o autorizaciones, ni puede estar sujeta a género alguno de restricciones previas; es más, de existir estas, tengan su origen en un poder público o en un sujeto particular, soportarán la sospecha fundada de ser lesivas del art. 20.1 CE (STC 77/1982, FJ 1; *vid.*, también, la STC 212/2003; en las SSTC 56/2004 y 57/2004, se habla incluso de que la libertad de expresión e información no puede someterse a una prohibición general con reserva de autorización por los poderes públicos en relación con el contenido de normas que regulaban el acceso de los medios de comunicación a las salas de vistas). También la Constitución Española dispensa la tutela de la libertad de expresión si ese comportamiento obstativo y la pretensión de imponer restricciones a la difusión de un mensaje tiene lugar en las relaciones entre particulares. En los casos en los que el TC se ha enfrentado a estas situaciones, habitualmente en el ámbito de las relaciones laborales, y a salvo alguna excepción (STC 126/2003), ha rechazado el argumento según el cual el legítimo ejercicio de la libertad de expresión debe estar precedido por el uso de los conductos internos de la organización o empresa para poner en conocimiento de su dirección hechos o quejas antes de su difusión pública (SSTC 6/1988, 57/1999, 90/1999).

1. Art. 20.1.a) CE. Derecho a expresar opiniones, ideas y pensamientos

El derecho a manifestar opiniones, ideas y pensamientos (en adelante, libertad de opinión) atribuye a su titular el poder jurídico de hacerlo e imponiendo a los terceros, públicos o privados, el correlativo deber de abstenerse de impedir, coartar o restringir esa exteriorización, y el deber de soportar lo que otros digan sobre uno mismo o sobre aquellas cuestiones que puedan ser de su interés (SSTC 6/1981 y 12/1982).

La libertad de opinión es un derecho de libertad de los que garantizan una acción de su titular (expresar opiniones), o su contrario, la decisión de no hacerlo (no expresar opiniones, **libertad negativa de expresión**, STC 153/2000).

Un aspecto del contenido constitucional de la libertad de opinión que ha gozado de una especial tutela en la jurisprudencia constitucional, siguiendo la estela abierta por el TEDH (casos *Castells*, de 23 de abril de 1992; *Haes y Gisels*, de 24 de febrero de 1997; *Fuentes Bobo*, de 29 de febrero de 2000; *VGT Verein gegen Tierfabriken*, de 28 de junio de 2002; *Perna*, de 16 de mayo de 2003; *Vides Aizsardzibas Stanislav*, de 27 de mayo de 2004), ha sido el **derecho de crítica**, y muy en particular el **derecho de crítica política**. Este ha sido el recurso empleado por el TC para introducir en el ámbito de la libertad de opinión la «relevancia pública» del mensaje difundido (SSTC 232/2002, FJ 4; 9/2007, FJ 4). Es cierto, y así lo ha dicho el TC, que **la crítica no admite el insulto** [expresiones formalmente injuriosas e innecesarias —STC 204/2001, FJ 6—]; pero, **a mayor relevancia pública del asunto o persona objeto de la crítica (personajes públicos), más resistente es la protección constitucional de la opinión crítica** frente a otros derechos y bienes constitucionales (por todas, STC 198/2004, FJ 7). **El grado más elevado de protección se alcanza cuando el derecho de crítica se**

ejerce respecto de personajes públicos en general, y de políticos en particular. En efecto, el TC ha tenido sumo cuidado en extender sobre las críticas «políticas» y/o a «políticos» un manto protector especialmente tupido y resistente, porque, a su juicio, así lo exige la dimensión objetiva democrática de la libertad de opinión, pues esa «crítica» sirve al fortalecimiento del debate público sobre asuntos políticos respecto de los que cualquiera puede tener interés (SSTC 192/1999, 11/2000, 47/2002, 232/2002, 174/2006, 9/2007, 89/2010, 79/2014; STEDH *Jiménez Losantos*, de 14 de junio de 2016).

Finalmente, y como ya se señaló más arriba, una dimensión singular de la libertad de expresión es la llamada **libertad de expresión forense**, a la que ya se le ha dedicado alguna línea en este comentario, y que tutela la libertad de opinión de los profesionales de la Abogacía y procura en su asistencia técnica al ejercicio del derecho de defensa de sus representados (concretando jurisprudencialmente lo dispuesto en el art. 437.1 LOPJ). Las peculiaridades de esta dimensión del ejercicio de la libertad de opinión estriban en su sujeto, el contexto y la finalidad del ejercicio de dicha libertad. Su sujeto son los operadores jurídicos, especialmente Abogados y Procuradores; su contexto es el de los procedimientos y actos judiciales; y su finalidad, de ahí su especial consideración por el Tribunal Constitucional, es la de otorgar la máxima tutela a aquellos juicios de valor y apreciaciones personales expresados en los procedimientos judiciales, siempre que contribuyan a la mejor defensa de los intereses de las partes en el procedimiento o afectadas por los actos judiciales (por todas, STC 113/2000, FJ 6). Como ha afirmado la STC 157/1996 (FJ 5), «la defensa de la libertad de su defendido ha de permitirle al Letrado la mayor beligerancia en los argumentos, con el solo límite, en la expresión, del insulto o la descalificación gratuitos». En puridad, la libertad de expresión forense constituye una dimensión de la interdicción del **efecto desaliento** sobre el ejercicio de la libertad de expresión en el

marco de las relaciones del foro con los órganos judiciales (muy claro en este extremo el TEDH en el caso *Rodríguez Ravelo*, de 12 de enero de 2016). Al igual que con las normas penales, el TC pretende con la doctrina de la libertad de expresión forense **evitar el efecto que sobre las partes en el proceso pueda tener la amenaza de una sanción impuesta por el órgano judicial en ejercicio de su potestad de policía de estrados**. Así se ha dispensado tutela constitucional a las opiniones por muy molestas, hirientes, groseras o abruptas (STC 184/2001) que hayan podido ser, si su propósito ha sido poner en solfa el modo de ejercer la función jurisdiccional y la actitud procesal de la otra parte, y no la persona o dignidad del órgano judicial o la de las partes en el proceso o actuación judicial (SSTC 175/1996, 115/2000, 226/2001, 235/2002, 117/2003, 229/2006, 39/2009).

2. Art. 20.1.d) CE. Derecho a comunicar y recibir información veraz

Al igual que el canon de la libertad de opinión, el de la libertad de información, y ahora nos referimos a su perspectiva activa, derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión, está sólidamente definido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta libertad, **firmemente anclada a la dimensión objetiva democrática de la libertad de expresión** en el ordenamiento jurídico español (SSTC 6/1981, 30/1982, 105/1983, 159/1986, 6/1988, 171/1990, 220/1991; siguiendo las pautas del TEDH, por todas, caso *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979). Como ha dicho la STC 220/1991 (FJ 4), «es este un derecho que tiene como características esenciales estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos». La libertad de información está aún más claramente graduada en su escala de protección que la libertad de opinión, comenzando con las informaciones insidiosas e in-

veraces, concluyendo en la noticia, y pasando por la información veraz pero sin relevancia pública, el error informativo o el denominado «reportaje neutral».

El TC ha mantenido una interpretación constante sobre el contenido constitucional de la libertad de información. **Es un derecho de libertad, que no de prestación, que atribuye al individuo, y singularmente al profesional de la información (como se ha visto más arriba), el poder jurídico de divulgar la narración de hechos sin interferencias, coacciones o restricciones de terceros, públicos o privados**. Sobre estos pesan los correlativos deberes de abstenerse de impedir el ejercicio de ese poder de transmitir información, y de soportar la que pudiera resultar molesta e hiriente. Es evidente que, como también en el caso de la libertad de opinión, lo relevante para establecer el grado de protección constitucional es la calidad de la información divulgada, de manera que aquel poder se extiende o se contrae según sea la información comunicada. Este canon lo ha expresado con meridiana claridad la STC 76/2002 (FJ 3):

«1) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas). 2) En el enjuiciamiento de la corrección del ejercicio de estos derechos y libertades ha de tomarse en consideración la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz, habida cuenta de la relevancia de la información que reúne dichas características como base de una sociedad democrática (SSTC 172/1990,

de 12 de noviembre, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre, y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3). 3) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre (STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6), así como el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si este es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero). 4) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 41/1994, de 15 de febrero); ahora bien, esta libertad no protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3). Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, y 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8, y SSTEDH caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y caso *Duroy y Malaurie*, 3 de octubre de 2000), debiendo acreditarse la malicia del informador» (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6; *vid.*, también, SSTC 6/1981, 159/1986, 192/1999, 76/2002, 148/2002, 185/2002, 54/2004).

El TC se ha resistido a lo largo de todos estos años a aceptar la pretensión de los medios de comunicación de identificar el ejercicio de la libertad de información más resistente frente a las restricciones derivadas de la protección de otros derechos y bienes constitucionales con la divulgación de lo «noticiable» o «noticioso». El TC ha cuadrado una difícil arquitectura en la que la libertad de informar se sustenta sobre su dimensión objetiva, de manera que lo que sea información no está a disposición de la voluntad o apreciación subjetiva del titular del derecho fundamental. **No es un ejercicio de la libertad de información todo aquel acto comunicativo que a juicio de su autor tiene por objeto lo que él estima «noticiable» o «noticioso»** (a salvo excepciones como la STC 139/2007), **o lo que a su criterio pretende satisfacer un supuesto «derecho a saber» de la colectividad.** Para el Tribunal Constitucional, **el ejercicio de la libertad de información solo merece garantía constitucional plena si consiste en la narración de hechos veraces y con relevancia pública, que resulten «noticiosos» por versar sobre asuntos de interés social (STC 29/2009), necesarios para alcanzar este fin, y siempre que no supongan una inopinada e innecesaria intromisión en la intimidad personal o familiar de un tercero, o el mancillado de su reputación.** Así pues, ni es un ejercicio de la libertad de información transmitir lo que se considera simplemente noticioso, ni lo que simplemente pretenda satisfacer la curiosidad ajena. Lo que «defrauda el interés colectivo» en recibir información sobre los asuntos con relevancia pública, dice el TC, es la información mendaz, no que se niegue protección constitucional a un inexistente derecho a saber de la colectividad (entre muchas, SSTC 6/1988, 192/1999, 76/2002, 83/2002; STEDH caso *News Verlags*, de 11 de enero de 2000). El TC ha negado de manera reiterada que la libertad de información se sujete a un canon reforzado por el hecho de que sirva a la satisfacción de ese derecho colectivo a saber, inexistente en el sistema constitucional español (SSTC

172/1990, 29/1992, 134/1999, 192/1999, 115/2000, 83/2002; SSTEDH *The Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y *Von Hannover*, de 29 de septiembre de 2004). Para el Tribunal Constitucional, como se ha visto, la dimensión pasiva de la libertad de información, garantizada también en el ap. d) del art. 20.1 CE, **el derecho a recibir información veraz libremente** por cualquier medio de difusión, tampoco se traduce en una posición privilegiada del profesional de la información en general, tampoco en el acceso a sus fuentes, ni en el papel de «intermediario» entre la noticia y el público.

3. El derecho a recibir libremente información veraz

El TC ha sido especialmente ambiguo en la definición del contenido constitucional del derecho a recibir información (SSTC 159/1986, 168/1986, 336/1993, 52/1995, 119/1996, 190/1996, 192/1999, 11/2006; VILLAVERDE, 1994, 1995, 2003). Respecto de este derecho solo ha afirmado que, desde la perspectiva de su dimensión objetiva, **incorpora el interés colectivo en ser informado verazmente sobre asuntos con relevancia pública** (derecho de la colectividad a estar informada), y, desde su dimensión subjetiva, **es un derecho individual de libertad y no de prestación** (por tanto, se trataría de un derecho a informarse, y no a ser informado).

La primera vez que el TC se refirió a este derecho lo fue ya en su primera resolución, STC 6/1981 (FJ 4):

«[...] el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social [...]»

Lo que volvió a reiterar en la STC 220/1991 (FJ 4):

«En resumen, la invocación del art. 20.1.d) carece de fundamentación válida, constituyendo en realidad un olvido de que el derecho de recibir información veraz que garantiza ese precepto constitucional es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación, como implícitamente pretenden los demandantes.»

La dimensión objetiva del derecho a recibir información se ha concretado por el TC en **un reforzamiento de la importancia del canon de veracidad de la información** para dispensarle la tutela constitucional del art. 20.1.d) CE:

«Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, *privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado [...]*» (STC 6/1988, FJ 9).

«En definitiva, lo que a través de este requisito se está exigiendo al profesional de la información es “una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para *no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz*”» (STC 21/2000, FJ 6, reiterando las SSTC 240/1992, 28/1996, 192/1999) (cursiva del autor).

El TC ha sido muy restrictivo en la garantía de la dimensión subjetiva de este derecho. Más allá de aquellas palabras *obiter dicta* de la citada STC 6/1981, el TC ha negado que su titular pueda amparar en su contenido constitucional el derecho a acceder a un medio de comunicación determinado, o a recibir cierta información de su gusto o deseo (SSTC 52/1995, 119/1996, 11/2006), o que, esgrimiendo el derecho a recibir información veraz de los oyentes de una radio, una persona pueda arrogarse una especie de legitimación en su representación para defender su derecho a recibir información veraz e imponer a un medio de comunicación que transmita un determinado mensaje (STC 51/2007).

4. El canon de la veracidad de la información

Por último, para delimitar cabalmente el contenido constitucional de la libertad de información es inexcusable referirse la doctrina del TC sobre la **veracidad** de la información divulgada. Si ha habido una jurisprudencia uniforme y sólida del TC desde los años ochenta es sin duda la relativa a la veracidad informativa. La veracidad determina el objeto de la libertad de información, pues la protección del art. 20.1.d) CE solo se otorga a la narración de hechos veraces; pero también condiciona su contenido, pues al titular de esta libertad la Constitución Española le impone el deber de su ejercicio responsable. De esta manera, la veracidad emerge como un límite positivo de la libertad de información (no de la de opinión, pues los juicios de valor no son susceptibles de comprobación o corroboración alguna) (SSTC 3/1997, FJ 3, y 204/1997, FJ 2).

Haciendo resumen apretado de la jurisprudencia constitucional, **la veracidad predicada de la información no es sinónimo de verdad, ni real, ni procesal**. La veracidad no exige que los hechos narrados sean hechos reales, verdaderos o hayan sido probados judicialmente. **La veracidad es, en pu-**

que es exigible del informador, profesional o no, y que le impone un deber de comprobación responsable y diligente de los hechos divulgados mediante su contraste con datos objetivos. Por tanto, la veracidad **no excluye los errores informativos**, siempre que se haya desplegado esa diligencia exigible. La intensidad de la diligencia debida depende de la condición misma del sujeto que ejerce la libertad de información (si es o no profesional de la información, y su mayor o menor cercanía o implicación con la fuente de la información divulgada) y la intensidad con la que afecta a otros derechos y bienes constitucionales, en particular el derecho al honor, la intimidad (con la que la veracidad guarda una paradójica relación, pues la prueba de la intromisión en la esfera íntima de una persona es justamente la veracidad de los hechos divulgados precisamente sobre su esfera íntima; por todas, SSTC 134/1999 y 115/2000) o la propia imagen de un tercero (*vid.*, entre muchos, el ATC 5/1992) —VILLAVERDE, 2000—.

La STC 69/2006 (FJ 3) ha hecho una apretada síntesis de la doctrina constitucional sobre el sentido y alcance de la exigencia de veracidad:

«[E]ste Tribunal ha establecido una consolidada doctrina, resumida en la STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4, según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas oca-

siones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.»

«Hemos, asimismo, señalado [en relación específicamente a la diligencia exigible a un profesional de la información] que dicha diligencia no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 136/2004, de 13 de julio, FJ 3, entre otras muchas). A tal respecto se han establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional. Entre otros hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia» (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5, o 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3).

«Para comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible también debe valorarse cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo “la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia” que “la transmisión neutra de manifestaciones de otro” (STC 28/1996, de 26 de febrero). No hay que descartar, además, la utilización de otros criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son “el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.” (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).»

«Finalmente hemos afirmado que no es un canon de veracidad la intención de quien informa, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6, y 1/2005, de 17 de enero, FJ 3)» (*vid.*, también, SSTC 53/2006, 68/2008).

Esta doctrina ha permitido extender la garantía constitucional de la libertad de información a los **errores informativos**; aquellos casos en los que, a pesar de que el informador ha desplegado la diligencia exigible en la comprobación de los hechos narrados, la información, con todo, resultó ser errónea (por todas, STC 192/1999, FJ 6). Del mismo modo que el TC ha desligado tajantemente la veracidad del modo elegido por el informador de narrar los hechos y del sesgo e interpretación que les haya dado (por todas, STC 192/1999, FJ 6).

Bien se ve, por lo demás, que el TC ha ligado la veracidad informativa **con las fuentes de información** empleadas, pues su revelación y

acreditación puede constituir una prueba decisiva de la diligencia desplegada. En lo que atañe a las fuentes de información, el TC ha tratado siempre de ser cauto, pues, como se verá, el secreto profesional [mencionado en el propio ap. d) del art. 20.1 CE como un contenido de configuración legal de la libertad de información] protege al informador, eximiéndole del deber de revelar sus fuentes como única manera de probar su diligencia. Ahora bien, **el TC no ha dudado en rechazar de plano los alegatos y referencias exculpatorios a fuentes indeterminadas y desconocidas de información** (en fin, el manido «fuentes bien informadas» o «según fuentes de...»; por todas, STC 21/2000, FJ 8). Del mismo modo que el acceso a determinadas fuentes, especialmente los propios poderes públicos, pueden constituir un indicio razonable, incluso la prueba concluyente, de la veracidad de la información divulgada, llegando a exonerar al informador de toda responsabilidad por el contenido de lo divulgado (SSTC 219/1992, 240/1992, 178/1993, 154/1999, 21/2000, 46/2002, 52/2002, 14/2003; AATC 19/1993, 298/2000; STEDH caso *Colombani*, de 25 de junio de 2002).

Desde luego, el TC también ha reparado en **la relevancia constitucional que posee la licitud o ilicitud del modo en que se ha obtenido la información comunicada**. Es ya un lugar común la doctrina del TC según la cual el art. 20.1 d) CE «ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida [...]» (STC 6/1988, FJ 5; SSTC 52/1996, 99/2002, 158/2003, 54/2004; ATC 298/2000). Por tal, cabe inferir de la jurisprudencia del TC, **toda aquella información obtenida de fuentes cuyo acceso no suponga la lesión de un derecho o bien constitucional**. Como ya se ha dicho, el TC ha sostenido de manera continuada que la libertad de información no es un derecho de prestación, por lo que su contenido no incorpora el derecho a que terceros, públicos o privados, se constituyan en fuentes de información para quien la demanda esgrimiendo su libertad de información o su derecho a recibirla. Una y otro extienden su garantía a la investigación de los hechos, pero no

imponen un deber a los entes públicos o a los particulares de informar a quien así se lo exija. En el caso de los entes públicos, su condición de fuentes derivará del régimen jurídico de la publicidad de sus actos (SSTC 105/1983, 6/1988, 136/1989, 143/1991, 254/1993; y para el caso de los órganos judiciales, SSTC 30/1982, 13/1985, 96/1988, 176/1988, y más recientemente las SSTC 56 y 57, ambas de 2004). En el supuesto de los particulares, a estos les asiste frente a requerimientos de información muy en particular sus derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de sus comunicaciones y la protección de sus datos personales (ATC 298/2000). Ni siquiera la veracidad lleva tan lejos el deber de diligencia como para, con la excusa de su cumplimiento, exonerar al informador de la ilicitud del acceso a información de fuentes que le estaban vedadas (STC 28/1996). No obstante, el TC ha dicho que la diligencia debida en la comprobación razonable de los hechos, incluso su prueba, para dar por cumplida la exigencia constitucional de veracidad no puede realizarse después de su difusión (STC 158/2009).

Queda en este apartado por abordar una dimensión de la veracidad informativa que ha dado lugar a una interesante y rica doctrina denominada del **reportaje neutral**. Por reportaje neutral el TC ha considerado **la divulgación de una información consistente en la reproducción de lo dicho por otro** (SSTC 40/1992, 41/1994, 22/1995, 3/1997, 134/1999, 76/2002, 54/2004 —que constituye un ejemplo paradigmático de reportaje neutral desvirtuado por la intervención del medio de comunicación—, 171/2004, 1/2005, 139/2007, 68/2008).

La STC 76/2002 (FJ 4) ha sintetizado esta doctrina:

«Nuestra jurisprudencia ha caracterizado lo que denomina “reportaje neutral” en los siguientes términos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones

que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4.b)].

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5).»

A lo que ha añadido la STC 1/2005 (FJ 4):

«Conviene completar esta síntesis doctrinal con alguna otra referencia a nuestra jurisprudencia en un intento de perfilar aún más lo que hemos entendido por reportaje neutral. Así, cabe recordar que en la STC 6/1996, de 16 de enero, FJ 5, excluimos del reportaje neutral aquellos supuestos en los que el medio de comunicación, al

transmitir la información, haga suya una versión de los hechos. En la STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5, por su parte, distinguimos aquellos casos en los que el periodista se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero —reportaje neutral— de aquellos en los que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, en los que claramente no nos encontramos ante esta figura. Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 17, afirmamos que no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión. Por fin, en la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4, se recuerda que “estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”.»

En relación con la prueba de la veracidad de la información divulgada, el TC también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si ese deber de comprobación diligente puede lle-

gar a justificar el **uso de cámaras ocultas** por parte de los informadores (SSTC 12/2012, 23 y 24/2012 y 18/2015).

5. Los medios de ejercicio de la libertad de expresión

Un asunto controvertido siempre ha sido si también son objeto del art. 20.1 CE los medios de manifestación, transmisión, reproducción y difusión de opiniones e informaciones. Cuestión importante, pues la tutela del precepto no se extiende de igual modo a las denominadas «libertades sustanciales» del art. 20.1.a) y d), los derechos a expresar opiniones y a comunicar-recibir información, que a los instrumentos que permiten ejercer los poderes jurídicos en que consiste el contenido constitucional del derecho fundamental, en suma, a las «libertades instrumentales» (BASTIDA, 1994). Para el Tribunal Constitucional, la protección de los derechos sustanciales y sus instrumentos de ejercicio son de alcance constitucional; pero las libertades instrumentales solo gozan de eficacia directa para los medios que resulten necesarios e indispensables para el ejercicio de las libertades sustanciales [por todas, STC 127/1994, FJ 4. B)].

El precepto constitucional es meridiano. En su letra a) garantiza, sin paliativos, la libertad de opinar «mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Su letra d) protege el derecho a comunicar o recibir información «por cualquier medio de difusión». Solo se vuelven a mencionar los medios de difusión de opiniones e informaciones en los aps. 3.º (reserva de ley para la regulación del control parlamentario de los medios de comunicación social de titularidad pública y de su accesibilidad a grupos sociales y políticos) y 5.º (solo es posible el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial).

En suma, el TC ha hecho suya la tesis según la cual las «libertades instrumentales» son derechos constitucionales de configuración legal;

aunque ha admitido que la creación y uso de un medio de difusión no requiere de regulación o reconocimiento legal alguno (caso de la prensa, y bien pudiera ser también el de Internet, por ejemplo; STC 77/1982), salvo que requiera el uso del dominio público o la escasez probada del medio requiera de intervención estatal para regular la igualdad de oportunidades en su acceso y para su empleo.

V. ARTÍCULO 20.4 CE. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El ap. 4 del art. 20 CE constituye un caso singular en la CE que ha suscitado no pocos problemas de interpretación. Dice este apartado que: «Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Desde luego, buena parte del contenido de este apartado es redundante. La palabra «especialmente» y la propia mención expresa de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, parece abocar, y así lo ha entendido algún sector doctrinal, a considerar que la tutela constitucional de la libertad de expresión resulta disminuida ante esos derechos y bienes constitucionales erigidos en el art. 20.4 CE en límites singulares y específicos, a modo de límites positivos e internos, de dicha libertad constitucional. Sin embargo, ni este apartado supone que otros derechos o bienes constitucionales no sean límite efectivo a la libertad de expresión, ni el TC ha asumido esa doctrina. El TC se ha limitado a señalar que la enumeración de este ap. 4.º no es exhaustiva (SSTC 170/1994, 6/1995, 187/1999). Añadamos a modo de recordatorio que, como ha dicho la STC 6/1981 (FJ 4):

«Ciertamente cualquier limitación de estas libertades solo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internaciona-

les ratificados por España, sino, sobre todo, porque así lo impone la propia Constitución, que, extremando aún más las garantías, exige para esas leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable (arts. 53 y 81). Pero esta reserva de Ley solo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad, no los actos de administración por los que un ente público, actuando como titular de un determinado medio de comunicación, acuerda suspender su funcionamiento.»

Ya se ha dicho en las páginas precedentes que, en buena parte, el contenido constitucional de la libertad de expresión resulta de su confrontación con otros derechos y bienes constitucionales, y muy especialmente con los derechos al honor (STC 105/1990), a la intimidad (STC 134/1999) y a la propia imagen (STC 83/2002) del art. 18.1 CE. A las páginas en este comentario relativas a estos tres derechos fundamentales hay que remitirse ahora. Conviene detenerse aquí, por un lado, en el modo en que el TC ha empleado algunos bienes constitucionales para limitar la libertad de expresión: buena fe contractual (SSTC 6/1988, 1/1998, 56/2008), la dignidad de ciertos colectivos (SSTC 214/1991, 176/1995), la moral pública (STC 62/1982), la fidelidad a las instituciones democráticas (SSTC 51/1985, 107/1988), la imparcialidad y dignidad de la función judicial (STC 46/1998); y por otro lado, en ciertas cláusulas generales que le han servido al TC para efectuar el juicio de proporcionalidad entre aquella libertad y sus límites. Comencemos por estas últimas, la relevancia pública y la necesidad de los mensajes expresados.

El Tribunal Constitucional, cuando tiende su «vara de medir» y gradúa con ella la tutela dispensada por el art. 20.1.a) y d) a opiniones e informaciones, ha tenido siempre en cuenta dos criterios, aplicados indistintamente a uno u otro objeto de protección, para determinar la «proporcionalidad» del límite impuesto a la libertad de expresión y discutido en su sede.

Criterios que, de resultar el juicio de proporcionalidad positivo para aquella libertad, se tornan en remedos de límites a otros derechos fundamentales, en especial, los ya mencionados derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Estos criterios son: la relevancia pública del mensaje y la necesidad de las opiniones o informaciones que lo componen (por todas, STC 115/2000, FJ 7).

Un juicio de valor, una apreciación subjetiva, una crítica, una narración de hechos, todos estos mensajes, gozarán de la tutela constitucional que les dispensa el art. 20.1.a) y d) CE si poseen **relevancia pública** (DÍEZ BUESO, 2002). Y así ha definido el TC qué ha de considerarse por tal: «**Una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos [...]**» (STC 134/1999, FJ 8). Si la opinión o la información controvertida sirven a ese interés, los derechos o bienes constitucionales afectados por el mensaje deben sacrificarse en aras de la libertad de expresión. En ese caso, esta libertad actúa de límite «proporcionado» de esos otros derechos y bienes constitucionales, pues su tutela es necesaria, adecuada y proporcionada en sentido estricto para que la opinión o información divulgadas pueda incorporarse y circular en el proceso de comunicación pública, libre, abierto y plural, indispensable para la formación de la opinión pública en el seno de un Estado democrático (SSTC 219/1992, 244/2007). **Si la opinión o la información tienen relevancia pública, nada se les resiste.**

Para el Tribunal Constitucional, el canon de la relevancia pública es claro, y tres son sus parámetros (STC 14/2003): el medio de difusión empleado, el objeto de la información o la opinión, y la condición de las personas afectadas o las circunstancias narradas:

«Hemos declarado que este concurre cuando la información que se comuni-

ca es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8). En este punto, como advertimos en la STC 115/2000, FJ 9, resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad solo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena (STC 29/1992, de 11 de febrero, FJ 3)» (STC 83/2002, FJ 4).

«El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquella, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 11/2000, de 17 de enero, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7). En la categoría de “personajes públicos” deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones

en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6). En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7)» (STC 54/2004, FJ 3).

Poseen relevancia, pues, los mensajes referidos a personajes públicos o con notoriedad pública, solo y en cuanto se refieran a su condición de tales (SSTC 192/1999; 83/2002), la información relativa a hechos delictivos o con relevancia penal (SSTC 320/1994, 154/1999, 121/2002, 139/2007), las investigaciones judiciales o policiales (SSTC 219/1992, 185/2002, 14 y 127/2003), o los acontecimientos y sucesos de alcance general, con o sin relevancia políticas (SSTC 231/1988, 171 y 172/1999).

Dicho esto, conviene señalar, que, no obstante, la relevancia pública del mensaje, el TC **no le dará amparo a aquellos de sus contenidos que resulten ser innecesarios para lo que se quiera divulgar** (por todas, SSTC 112/2000, FF. JJ. 8 y 9; 204/2001, FJ 4; STEDH caso *Tammen*, de 6 de febrero de 2001). Este criterio se ha empleado por el TC, tanto para el caso de opiniones (SSTC 112/2000, 99/2002) como de informaciones (SSTC 19/1996, 134/1999, 121/2002).

El TC tiende a distinguir dentro del canon de la necesidad del mensaje, si se trata de un asunto penal o civil. Para el Tribunal Constitucional, **las informaciones solo pueden ser relevantes penalmente si son mendaces, y de tratarse de opiniones, si son formalmente injuriosas y, además, innecesarias** (por todas, STC 297/2000, FJ 6; *vid.*, también, STC 148/2001). En el caso de la jurisdicción civil, el criterio es más laxo, pues las informaciones o las opiniones podrán ser enjuiciadas **si resultan innecesarias para el fin del mensaje que se divulga; aunque la información resulte veraz y dotada de relevancia pública, y la opinión no sea formalmente injuriosa** (STC 112/2000, FJ 8).

Estos son criterios que el TC no duda en aplicar con carácter general, a los que hay que sumar el empleo de lo que el Alto Tribunal ha considerado en ocasiones derechos y bienes dignos de protección constitucional. Algunos de ellos ya han sido mencionados a lo largo de este texto. Es posible clasificar este tipo de límites específicos en tres grandes grupos. Los límites derivados del respeto a determinadas instituciones públicas, los que pueden encuadrarse en el género de mensajes molestos e hirientes y, por último, los ligados a la protección de la infancia y la juventud.

Como se acaba de mencionar, el TC no ha dudado en ampliar la lista de límites del art. 20.4 CE esgrimiendo el **debido respeto que merece la dignidad de determinadas instituciones públicas**. Ciertamente lo ha hecho de manera muy excepcional, en sentencias como la 51/1985, relativa al antiguo art. 161 CP de 1973 (delito de injurias y calumnias a los miembros de los órganos constitucionales y de las altas instituciones del Estado y las CC. AA., hoy regulado en el Título XXI, Capítulo III, Sección 1.^a, del vigente CP) o la polémica STC 177/2015 en relación con la condena penal por la quema de fotografías del Rey de España (delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP), que fue contradicha por la STEDH *Stern Taulats y Rowra Capellera*, de 13 de marzo de 2018, o la capital

235/2007 que estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 607.2 CP, delito de negación o justificación del genocidio. Incluso ha llegado a sostener que la libertad de expresión encuentra «un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no solo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la Nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política». Aunque no debe pasar inadvertido que el TC siempre ha mantenido que la dignidad y el honor en la CE:

«(tienen) un significado personalista [...], 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» (STC 107/1988, FJ 2; *vid.*, también, SSTC 20/1990, 143/1991 —relativa al desaparecido delito de desacato—, 190/1992, 336/1993, 136/1994, 2/2001, 148/2001; ATC 19/1992; SSTDH casos *Barfod*, de 22 de febrero de 1989; *Castells*, de 23 de abril de 1992; *Janoweski*, de 21 de enero de 1999; *Ibrahim Aksay*, de 10 de octubre de 2000).

El TC ha sido siempre muy cauto y preciso en distinguir la sanción penal de determinadas conductas expresivas, por constituir **ataques desproporcionados, injustificados e injuriosos a las instituciones del Estado y las CC. AA. que socavan gravemente su legitimidad, normal funcionamiento o dignidad institucionales**, de aquellas otras que **son simple expresión de la desafección, crítica, e incluso ataque ideológico al sistema democrático de libertades, a la propia CE y sus principios estructurales**, por muy agrios, desabridos, molestos o hirientes que puedan ser los mensajes. Recuérdese que la STC 48/2003 (que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos), reiterando lo ya dicho en la STC 136/1999 (caso de la *Mesa Nacional de HB*; y anteriormente la STC 159/1986 y 199/1987), no tuvo reparo en sostener que, si bien **nuestro sistema constitucional desconoce la figura denominada «democracia militante»**, no vulnera el art. 20.1 CE la sanción jurídica de aquellos mensajes o actividades propagandísticas y comunicativas de los partidos políticos que, sin incurrir en tipos penales, resultan no obstante ser intimidatorios o amenazantes o supongan la adhesión a actividades terroristas (por todas, SSTC 136/1999, FJ 10, y 235/2007, FJ 4). Sin embargo, este criterio desfalleció en la citada STC 177/2015 donde el TC llegó a afirmar que la **quemada de fotos del Jefe del Estado** era un «acto incitador al odio» (FJ 4). Conviene señalar que en esta sentencia el TC parece obviar la doctrina sentada por el TEDH en su STEDH *Otegui Mondragón*, de 15 de marzo de 2011, en la que se consideró lesiva del art 10 CEDH la condena del recurrente por un delito de injurias contra el Rey, y que reiteró justamente en la que corrige de plano la STC 177/2015, *Stern Taulats y Roura Capellera*, de 13 de marzo de 2018.

Justamente, esta idea esencial de que lo relevante en estos casos es examinar si los mensajes difundidos han traspasado los límites de la libertad de expresión vulnerando «bienes

constitucionalmente protegidos», es la que también ha regido **la imposición a aquella libertad de restricciones derivadas del normal funcionamiento de los órganos judiciales**, ligado inextricablemente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los derechos de defensa, la imparcialidad de los órganos judiciales y la presunción de inocencia del art. 24 CE. Es en este marco en el que el TC se ha pronunciado sobre las denominadas crónica de sucesos, revelación de información relativa a las víctimas, perjudicados o procesados, difusión de antecedentes penales o fichas policiales, violación del secreto de sumario y sobre los llamados «juicios paralelos» (SSTC 13/1985, 176/1988, 195/1991, 219/1992, 240/1992, 178/1993, 173/1995, 28/1996, 136/1999, 154/1999, 21/2000, 66/2001, 46/2002, 52/2002, 76/2002, 185/2002, 14/2003, 127/2003, 158/2003, 54/2004, 56/2004, 216/2006, 244/2007; SSTEDH casos *News Verlag*, de 11 de enero de 2000; *Constantinescu*, de 27 de junio de 2000; *Du Roy y Malaurie*, de 3 de octubre de 2000; *Pedersen and Baadsgaard*, de 19 de junio de 2003; AA. VV., 2007; VEGA RUIZ, 1998).

El TC también ha dispensado una tutela singular a **la dignidad de ciertos colectivos** frente a aquellos mensajes que exceden la tolerancia que merecerían por su mera condición de expresiones hirientes o molestas de no ser inopinadamente vejatorios. Dentro de esta categoría se encuadran también **el denominado «discurso del odio»** (*hate speeches*), aquellos mensajes que incitan a la xenofobia, al odio racial, y, en general, a la denigración y violencia contra determinados colectivos. El TC ha sido rotundo en negar toda protección constitucional a este tipo de mensajes vejatorios y denigrantes en las SSTC 214/1991 (caso *Violeta Fridman vs. Leon Degrelle*), 176/1995 (caso *del cómic «Hitler-SS»*) y la citada 235/2007, que resume con claridad meridiana la doctrina del Alto Tribunal sobre este particular, en plena consonancia con la jurisprudencia del TEDH (FJ 9). Similar atención y cuidado ha dispensado para la protección de la dignidad de personas con **una discapacidad psíquica** (STC 208/2013) o para el caso de que el objeto

de la información fuese un **menor** (SSTC 134/1999, 187/1999, 158/2009, 34/2010).

Por último, el TC solo ha acudido en dos ocasiones a la **protección de la juventud y la infancia** como bien constitucional potencialmente restrictivo de la libertad de expresión. La primera fue la controvertida STC 62/1982, única ocasión en la que el Tribunal Constitucional, esgrimiendo el art. 10.2 CE, elevó la «moral pública» a discutible límite del art. 20.1 CE. La segunda ha sido la STC 52/1995, en la que consideró que las medidas restrictivas establecidas en un reglamento sobre la distribución postal de revistas para adultos y pornográficas resultaban desproporcionadas y lesivas de la libertad de expresión.

VI. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES

1. Art. 20.2 y 5 CE. Censura previa, secuestro de publicaciones y medidas cautelares

El TC ha dejado zanjada la cuestión relativa a las restricciones previas a la libertad de expresión. «El fin último que alienta la prohibición de toda restricción previa de la libertad de expresión en su acepción más amplia no es sino prevenir que el poder público pierda su debida neutralidad respecto del proceso de comunicación pública libre garantizado constitucionalmente» (STC 187/1999, FJ 5). En su STC 187/1999, reiterando la doctrina previa del Alto Tribunal, ha definido el alcance constitucional de la prohibición de «ningún tipo de censura previa» y distinguido esta figura de otras como la denominada «autocensura» o las potestades de vigilancia y control sobre los contenidos de las publicaciones que asiste a sus editores (VILLAVERDE, 2001, I).

El TC ha definido la «censura previa»:

«[...] cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento

a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el plácet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más “débiles y sutiles”, que tengan por efecto, no solo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1 (SSTC 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995)» (STC 187/1999, FJ 5).

Para el TC está claro que esta prohibición absoluta de cualquier clase de control previo ejercido por los poderes públicos sobre el contenido de los mensajes resulta una intolerable intromisión del Estado en el proceso de comunicación pública que interdicta su condición de libre, plural y abierto a cualquier mensaje. Que así sea es función justamente de la dimensión subjetiva de la libertad de expresión. De este modo, en la CE el **sistema de responsabilidades por extralimitación en el ejercicio de las libertades de expresión adopta un modelo represivo y no preventivo** (por todas, STC 187/1999, FJ 5). Y lo ha distinguido de otras medidas que, aun siendo cautelares y controles tomados sobre el contenido de los mensajes previamente a su difusión, responden a otras finalidades que las separan de la condición de censura previa prohibida del ap. 2 del art. 20.1 CE. Se trata, por una parte, de las potestades de control de contenidos que asiste a los editores de las publicaciones o medios de comunicación; y, por otra parte, de la denominada «autocensura» que se imponen los informadores, bien a través de las normas de autocontrol de su medio, o bien individualmente (VILLAVERDE, 1998).

Sobre estos particulares, el TC también tiene dicho:

«[...] la “verdadera censura previa” consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983, FJ 5).

Por ello, el derecho de veto que al Director concede el art. 37 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 no puede ser identificado con el concepto de censura previa (SSTC 171/1990 y 172/1990). Tampoco lo es la autodisciplina del Editor, cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción, como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica (STC 176/1995):

«Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse “autocensura”, utilizada en algunos sectores —la cinematografía o la prensa—, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales» (SSTC 187/1999, FJ 5; *vid.*, también, las SSTC 199/1987, 240/1992, 41/1994, 22/1995, 161/2005; ATC 1243/1988).

Asimismo, tampoco el TC ha considerado una restricción previa prohibida, que el legislador someta la creación de medios de comunicación a unas condiciones normadas y visadas por los poderes públicos (servicio público de

la radiodifusión, sistemas de autorización, licencia o concesión para la explotación de medios de comunicación, etc.); ni el cierre y precintado de instalaciones de los medios de comunicación con ocasión del incumplimiento de aquellas condiciones legales de existencia (SSTC 144/1987, 181/1990, 119/1991, 31/1994, 88/1995). Sin embargo, sí consideró que el ap. 2 del art. 607 CP constituía una restricción previa desproporcionada de la libertad de expresión. «[...] Una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades» (STC 235/2007, FJ 8, citando la STC 187/1999).

El TC ha separado la interdicción de cualquier tipo de censura previa del **secuestro de publicaciones** previsto en el ap. 5 del art. 20.1 CE, y que ha definido como «la puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea este un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes, o, dicho en los términos de la STC 144/1987, el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolas a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo (FJ 3), con el fin que disponga la Ley que atribuya ese poder jurídico al Juez (SSTC 31/1994, 88/1995, 52/1995)» (STC 187/1999, FJ 6). A su juicio, y aunque el secuestro de «publicaciones, grabaciones y medios de información» pueden ser consideradas sin dificultad restricciones previas, no son censura previa y, desde luego, la propia CE autoriza su existencia y, además, apodera únicamente a los órganos judiciales para su adopción, **vedando toda posibilidad constitucional al secuestro administrativo** (por todas, STC 187/1999, FJ 5; *vid.*, también, su FJ 6).

Ahora bien, el TC ha sido más generoso en la interpretación de este ap. 5 que con el ap. 2 del art. 20 CE, pues ha considerado que la dicción de aquel no vedada la posibilidad de que se apodere a los órganos jurisdiccionales para adoptar **medidas cautelares que, aun no siendo técnicamente el secuestro de**

publicaciones autorizado por el art. 20.5 CE, sí constituyen restricciones previas a la difusión de mensajes con el objeto de atajar el riesgo de la lesión inminente e irreparable de otros derechos o bienes constitucionales (SSTC 187/1999, FJ 6, 34/2010 FJ 5 —esta última con un resultado opuesto al que se alcanzó en la 187/1999, ambas relativas al secuestro judicial de publicaciones y programas audiovisuales para la protección de menores—). Pero con condiciones impuestas también por la CE:

«La Constitución tan solo, y no es poco, prohíbe que dichas medidas de urgencia puedan ser adoptadas por un poder público distinto al judicial, cuando impliquen un examen crítico del contenido del mensaje cuya difusión pueda negarse o restringirse, y, además, que dicha medida solo quepa ser adoptada en los supuestos que una Ley permita por efecto de la pertinente resolución judicial motivada y recaída en un proceso *ad hoc*. Sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 CE un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado, sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, *praeter legem*, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, *ex officio*.»

«[...] tampoco la Ley es libérrima para determinar en qué términos y con qué fines los Jueces pueden acordar un secuestro de estas características, ya que el legislador ha de moverse dentro del perímetro infranqueable que le marca el debido respeto al contenido

esencial de tales derechos fundamentales. Desde otra perspectiva, igualmente, y por las mismas razones de garantía, dichas medidas, sea el secuestro judicial de los soportes del mensaje o sean otras, por razones de urgencia, solo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades, proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (SSTC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999)» (STC 187/1999, FJ 6; repárese en que esta sentencia sutilmente mantuvo la constitucionalidad de la medida cautelar prevista en el art. 3.2 de la Ley 62/1978, para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona).

2. Secreto profesional y cláusula de conciencia de los periodistas

El ap. d) del art. 20.1 CE concluye de este modo: «La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades». Esta reserva de ley y sus dos objetos son considerados el núcleo constitucional del estatuto jurídico del profesional de la información.

El TC ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre la **cláusula de conciencia**, hoy desarrollada en la Ley Orgánica

2/1997, de 19 de junio (SSTC 199/1999 y 225/2002) (CARRILLO, 1993). Para el Tribunal Constitucional, la cláusula de conciencia es **un derecho instrumental de la libertad de información del art. 20.1.d) CE, de manera que aquel sirve para reforzar el libre ejercicio de este. La cláusula de conciencia es un «derecho de los profesionales de la información» y que tiene por objeto regular jurídicamente en la relación laboral del informador con la empresa mediática** que lo contrate «la posibilidad de resolver (a voluntad del profesional de la información) el contrato con derecho a una indemnización ante el cambio de línea ideológica del medio para el cual trabaja el profesional, en la medida en que aquel determina paralelamente una alteración en el contenido y presentación de las noticias que se transmiten, dificultando o impidiendo el ejercicio de la libertad informativa del profesional en las condiciones pactadas inicialmente» (STC 199/1999, FF. JJ. 3 y 4).

En ambas sentencias, el TC ha definido el titular de la cláusula, su contenido y su propósito y efectos. El TC ha considerado que, a pesar de las dificultades para identificar al informador que puede beneficiarse de esta cláusula, **lo decisivo en la indagación del titular es la conexión entre la labor profesional de quien la esgrima con el efectivo ejercicio de la libertad de expresión en el seno de un medio de comunicación**, de manera que el supuesto cambio en la tendencia del medio de comunicación pueda afectar directa, sustancial y negativamente su ejercicio (STC 199/1999, FJ 4).

El TC ha mantenido también que el derecho a **la cláusula de conciencia goza de eficacia directa y puede ser ejercido, siempre de forma razonable y proporcionada, por el profesional de la información sin mediar resolución judicial alguna al respecto:**

«El periodista tiene derecho a preservar su independencia ante situaciones

de mutación ideológica desde el momento en que la considere realmente amenazada, evitando conflictos con la empresa de comunicación (que legítimamente puede alterar su línea ideológica) y riesgos de incumplimiento que, de permanecer en ella, pudieran darse y provocarle perjuicios por razón de su legítima discrepancia ideológica con la nueva tendencia editorial. Está fuera de duda, por tanto, que esa protección tan básica como tajante ofrecida por el art. 20.1.d) CE incluye la inmediata paralización de la prestación laboral ante problemas de conciencia como los descritos, incluso con carácter previo al seguimiento de cauces jurisdiccionales y con independencia de cuáles sean los resultados del ejercicio posterior de dichas acciones. Y es que se debate en esos terrenos no ya la intensidad deseable en la tutela ofrecida por el derecho a la cláusula de conciencia, sino los niveles mínimos o elementales que hacen reconocible la cobertura constitucional examinada» (STC 225/2002, FJ 5).

Poco puede decirse, en cambio, del **secreto profesional** de los informadores (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1990; CARRILLO, 1993). **No existe jurisprudencia constitucional sobre este asunto, a salvo genéricos *obiter dicta*** en los que el TC reitera que, para probar la debida diligencia exigible en la comprobación de los hechos difundidos, a los efectos de comprobar la veracidad de la información transmitida, no es ni exigible ni necesario que el informador revele sus fuentes de información (STC 15/1993, y alguna sentencia en la que consta sin más trascendencia que el informador esgrimió el secreto profesional para no revelar sus fuentes ante la jurisdicción ordinaria, SSTC 21/2000, 139/2001; STEDH *Beker*, de 5 de octubre de 2017, que ampara el derecho a no revelar las fuentes como parte esencial del derecho a la información).

El ordenamiento jurídico español tampoco regula de forma específica el secreto profesional de los informadores; aunque este derecho ha sido ejercitado con éxito ante la jurisdicción ordinaria sin necesidad de desarrollo legal, a pesar de la dicción del art. 20.1.d) CE. De hecho, es pacífico entre la doctrina su consideración como derecho constitucional de los profesionales de la información, de configuración legal pero dotado de eficacia directa, e instrumento indispensable para el mejor ejercicio de la libertad de información de aquellos. La legislación penal solo ofrece al informador la genérica exigente de responsabilidad penal del núm. 7 del art. 20., «El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»; pues no se menciona ni regula su alegación en aquellos otros supuestos donde esgrimir el secreto profesional pudiera tener relevancia: delitos de impedir la comisión de delitos o de promover su persecución, encubrimiento y falso testimonio, y de obstrucción a la justicia (arts. 450, 451, 458 y 463, respectivamente). Y tampoco la legislación procesal prevé el supuesto del secreto profesional de los informadores como exención a la obligación de declarar (arts. 416 y ss. LECrim.). No hay que olvidar que el ap. 2 del art. 24 establece también que «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».

3. Derecho de réplica y rectificación

Aunque ni el derecho de réplica ni el de rectificación (dos manifestaciones del más general derecho de acceso a los medios de comunicación) aparecen mencionados en el texto constitucional, el TC ha considerado que se trata de un derecho de configuración legal ligado íntimamente al art. 20.1.d) CE (VILLAVERDE, 2001, II, 172 y ss.; LIZARRAGA VIZCARRA, 2005).

En el ordenamiento jurídico español solo está reconocido y regulado el derecho de

rectificación, desarrollado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (en adelante, LORDR; sin olvidar también el derecho de rectificación electoral regulado en el Título I, Capítulo VI, de la LOREG). Con arreglo a las restrictivas normas de la LORDR **solo cabe rectificar «hechos que aludan» al afectado y que le ocasionen algún perjuicio** (art. 1 LORDR), y, además, **que hayan sido difundidos por medios de comunicación social y afectan a la honorabilidad del afectado**. La réplica de opiniones solo tendría un genérico encaje como medida de tutela judicial de los derechos del art. 18.1 CE en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Para el Tribunal Constitucional, **el derecho de rectificación es un instrumento al servicio de la pluralidad informativa y a la protección de otros derechos y bienes constitucionales, muy particularmente el derecho al honor; pero sobre todo lo es del derecho a recibir información**. Para el Alto Tribunal, el derecho de rectificación no es un medio para la indagación de la veracidad de la información controvertida, ni un proceso para verificar esa veracidad, ni una sanción por la inexactitud o errores cometidos en la información, ni un remedo de procedimiento judicial para fijar la versión verdadera de unos hechos. El TC ha considerado que el derecho de rectificación es un mecanismo **para hacer accesible al proceso de comunicación pública otra versión de unos mismos hechos que puede servir a la defensa de la reputación del aludido (STC 41/1994), pero, sobre todo, sirve a la satisfacción del derecho a recibir información (STC 168/1986; AATC 94/1989, 204/1991)**. Por ello, el deber de los medios de comunicación de difundir la rectificación debidamente ejercitada no es una vulneración de la libertad de información del medio (SSTC 168/1986, 41/1994); aunque el medio no tiene la obligación de publicar rectifica-

ciones carentes de todo fundamento (STC 35/1983).

El titular del derecho de rectificación es la persona física (y de haber fallecido, sus herederos o representantes) o la jurídica aludida por la información objeto de rectificación, cuya difusión pueda ocasionarle algún perjuicio en derechos propios (STC 35/1983, FJ 4; art. 1 LORDRD). Su objeto son solo hechos que aludan al afectado y divulgados por medios de comunicación social, no opiniones (art. 2 LORDR; STC 168/1986, FJ 6).

Procesalmente, con arreglo a la LORDR, la rectificación se articula en una primera fase extrajudicial y en una subsiguiente ventilada ante la jurisdicción civil. La fase extrajudicial se inicia con un escrito de rectificación remitido al medio (art. 2 LORDR; STC 35/1983), siendo obligación del medio proceder a la publicación gratuita de la rectificación en las mismas condiciones que lo fue la información «sin comentarios ni apostillas» (art. 3 LORDR). La rectificación se considera satisfecha si se publica íntegramente (STC 168/1986;

ATC 94/1989). En el caso de que el medio no atienda la rectificación, el interesado podrá acudir al Juez civil presentando la oportuna demanda, que debe acreditar el fracaso de la fase extrajudicial (art. 3 LORDR), que, de ser admitida a trámite (sobre esta admisión, SSTC 168/1986, FJ 3; 286/1993, FJ 5), dará lugar a un juicio verbal que se solventará mediante sentencia.

Finalmente, el TC ha negado reiteradamente que la libertad de expresión ampare un remedo de *ius retorquendi*:

«Es doctrina firmemente asentada que el art. 20.1 CE no garantiza un *ius retorquendi* ilimitado (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, y las allí citadas) que consista en replicar al juicio que otros hayan formulado sobre nuestra persona recurriendo al insulto; esto es, a expresiones formal y patentemente injuriosas y, además, innecesarias» (STC 204/2001, FJ 5; SSTC 85/1992, 76/1995, 134/1999, 115/2000, 49/2001, 204/2001, 148/2002).

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FRELJEDO, F., *La libertad de antena*, Ariel, Madrid, 1990.

- «Medios de comunicación social y democracia en veinticinco años de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, págs. 161 y ss.
- «Concentración de medios y pluralismo. “Acordes y desacuerdos” entre pluralismo y mercado», *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, 2000, Universidad de Salamanca, págs. 76 y ss.
- «Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales», en *Democracia y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch-Institut de Pret Públic, Valencia, 2002, págs. 65 y ss.

BUSTOS GISBERT, R., «Vida privada y derecho a la información. Desarrollos jurisprudenciales en 2013-2014: la extraña y tardía recepción de Carolina en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, págs. 369-414.

CARBONELL, M. (Comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, México, 2004.

CARRILLO, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987.

- *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993.
- «El derecho a la información, entre la ley y la autorregulación», *Parlamento y Constitución*, núm. 2, 1998, págs. 2 y ss.
- *El derecho a no ser molestado (información y vida privada)*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.
- «Libertad de expresión y derechos de la personalidad», en PIZZORUSSO (Coord.), *Libertad de manifestación del pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 5 y ss.

DÍEZ BUESO, L., «La relevancia pública en los derechos a la información: algunas consideraciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 213 y ss.

ESCOBAR ROCA, G., *Estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación*, Tecnos, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R., «Las libertades de información y expresión en el ámbito administrativo», en *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CECP, Madrid, 2002, págs. 121 y ss.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional de los informadores*, Civitas, Madrid, 1990.

GOERLICH PESET, J. A., «Las libertades de expresión y de información en las relaciones laborales», en *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CECP, Madrid, 2002, págs. 85 y ss.

HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1994.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», en *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CECP, Madrid, 2002, págs. 45 y ss.

LIZARRAGA VIZCARRA, I., *El Derecho de Rectificación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

LLAMAZARES CALZADILLA, M.^a C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S. O., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987.

PIZZORUSSO, A. (Coord.), *Libertad de manifestación del pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PRESNO LINERA, M. y TERUEL LOZANO, G., *La libertad de expresión en América y en Europa*, Juruá, Barcelona, 2017.

RALLO LOMBARTE, A., *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ, A., *El honor de los inocentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ROMERO COLOMA, A., *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid, 2000.

SALVADOR CODERCH, P., *El Derecho de la Libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

SALVADOR CODERCH, P. y otros, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, págs. 139 y ss.

- «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 73 y ss.

URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 2003.

VILLVERDE MENÉNDEZ, I., *Estado democrático e información. El derecho a ser informado en la Constitución española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994.

- «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión (A propósito de la STC 187/1999)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2001, págs. 13 y ss.
- «El canon de la veracidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doctrina y Jurisprudencia*, I, núm. 4, 2000, págs. 25 a 39, y II, núm. 5, 2000, págs. 43 y ss.
- «El derecho de rectificación», en ARAGÓN REYES (Coord.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid, 2001.
- «La responsabilidad jurídica de los directores y editores de medios de comunicación social», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 1998, págs. 125 y ss.
- «Libertad de expresión y empresas de tendencia», en PIZZORUSSO (Coord.), *Libertad de manifestación del pensamiento y jurisprudencia constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.
- «Los derechos del público: la revisión de los modelos clásicos de “proceso de comunicación pública”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003, págs. 121 y ss.

ARTÍCULO 20.1.B) LA LIBERTAD DE CREACIÓN

Sumario: I. Introducción. II. El ámbito de protección. 1. La protección del momento creativo. 2. La protección de difusión de obras creadas. A) La protección «acrecida» del debate científico. B) La libertad de difundir obras artísticas. III. La propiedad intelectual y los derechos de autor.

JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. INTRODUCCIÓN

El ap. b) del art. 20.1 CE protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Aunque su inclusión en la Constitución pudiera responder a una intención diversa, este apartado introduce un derecho autónomo que, entre otras cosas, extiende la libertad de expresión más allá del discurso político.

Efectivamente, con la inclusión de la libertad de creación se pretendió inicialmente constitucionalizar los derechos de autor y sobre la propiedad intelectual. La lectura de los debates constituyentes no deja lugar a dudas sobre ello y menos aún la primera redacción del precepto, que garantizaba «los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica». Sin embargo, el reconocimiento de tal libertad en los términos en que finalmente se incluyó conllevaba la creación de un nuevo derecho fundamental que abarcaba la libertad de creación pacífica y sin injerencias y dotaba de un especial valor a lo creativo a efectos de su difusión.

II. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

La principal manifestación del precepto en cuestión es la prohibición de injerencias en la

actividad artística e innovadora. La Constitución distingue entre producción y creación como dos acciones protegidas diferentes, que pueden proyectarse a su vez tanto sobre la realidad artística y literaria como sobre la científica y técnica. La esencia de esta libertad, que la diferencia del resto, es que protege la actividad innovadora como un valor para el progreso colectivo de la sociedad.

La creación se concreta especialmente en el momento reflexivo en el que la obra está aún inconclusa y en ese proceso que lleva a definirla. La producción, por su parte, es una actividad posterior y supeditada a la anterior que se refiere a la difusión y explotación pública. La garantía del derecho fundamental se extiende a ambos.

Más complicada resulta la delimitación del objeto de la realidad sobre el que se proyecta. No hay duda de que, cuanto menos, el objeto del art. 20.1.b) CE es diferente del resto de libertades garantizadas en los otros apartados del mismo precepto constitucional; se refiere a unas actividades muy concretas. Incluso parece que cabría diferenciar dos facetas distintas del derecho que pudieran reconocerse como libertad literaria y artística de una parte, y libertad científica y técnica de otra.

1. La protección del momento creativo

La libertad de creación desarrolla su auténtica entidad propia en la protección constitucional del momento creativo. La garantía central de la fase de elaboración, previa a la producción, es específica de la actividad creativa. Aunque la jurisprudencia ha puesto en evidencia que la libertad de información asegura también cierta protección a la fase de recopilación y elaboración de datos, siempre ha resaltado su carácter instrumental para el derecho fundamental.

En el caso de la libertad de creación, en cambio, ese momento previo a la difusión constituye precisamente el núcleo del objeto protegido. Se garantiza la libertad plena en el momento de reflexión y elaboración creativa. De hecho, la íntima vinculación entre el proceso creativo y la esencia misma de la personalidad hacen que cualquier determinación de la manera en que se ha de elaborar una obra afecte a la dignidad misma de la persona y su capacidad de autodeterminación. En ese momento tan solo puede limitarse la capacidad creativa por cuestiones de orden público destinadas a la protección de bienes constitucionales frente a lesiones muy evidentes; básicamente, la utilización de materiales o mecanismos que supongan un atentado contra otras personas o bienes constitucionales. En el momento en el que la obra aún no está terminada este es el único límite, pues es la única manera en que se puede lesionar otros bienes.

La tutela de este momento remite directamente al art. 20.2 CE, pues es a eso a lo que se refiere esencialmente la prohibición absoluta de cualquier tipo de censura, ya sea administrativa, ya judicial: a la interdicción de intromisiones en el proceso creativo antes de que la obra esté definitivamente terminada y de que se pueda proceder a su difusión. Así, mientras que la prohibición de publicación y difusión, a la que el art. 20.5 CE alude como secuestro, puede acordarse mediante resolución judicial, la interferencia en el proceso creativo para su enjuiciamiento por el poder

público en relación a determinados valores está prohibida con carácter absoluto.

2. La protección de la difusión de obras creadas

El derecho a difundir los resultados de la actividad artística, científica o técnica entronca sin duda con el derecho a la libertad de expresión. Si el ap. a) del art. 20.1 CE garantiza la libre difusión de ideas referidas especialmente al funcionamiento y la configuración de la sociedad democrática, el ap. b) extiende similar protección a la difusión de contenidos creativos e innovadores. Ya en la STC 153/1985, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto la vertiente de la libertad de creación como concreción de la libertad de expresión, si bien lo hace asumiendo la idea de que la libertad de expresión como derecho genérico con un contenido amplio y difuso que abarca los derechos del resto de apartados del precepto, y más:

«En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismos, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20 de la Norma fundamental. En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el ap. b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho —también reconocido y protegido en el ap. a) del mismo— a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no solo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada (FJ 5).»

Esta tendencia a entender las diversas libertades del art. 20 como concreciones o manifestaciones de la libertad de expresión, que vendría a convertirse en el derecho «madre» de todos los de la comunicación, del que emanan todos los demás, no es una novedad en nuestra jurisprudencia constitucional. En la STC 6/1981 aparecía una concepción similar de la libertad de información como mera concreción de la libre expresión. El propio Tribunal corrigió tal concepción, aclarando en la STC 6/1988 que se trataba de dos derechos distintos, pero sin oponerse frontalmente a este entendimiento de la libertad de expresión como «el coche escoba» que protege cualquier transmisión no especializada de ideas. En palabras de SANTAOLALLA (185), la libertad de expresión sería así el «haz fundante» que los demás derechos del art. 20 CE se limitan a reflejar.

Esta comprensión resulta del todo ajena al concepto de derecho fundamental como garantía de un espacio determinado de libertad para el desarrollo de la libre personalidad del ciudadano. La libertad de creación se refiere a un objeto diferente de la difusión de ideas y juicios de valor políticos en sentido amplio que constituye el objeto protegido por la libertad de expresión en cuanto derecho subjetivo. Así lo ratifica la STC 34/2010, de 19 de julio, FJ 3, que aclara que: «su inclusión en la Constitución le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección». De ese modo se ratifica la autonomía propia de la libertad de creación frente a la libertad de expresión, tal y como venían anunciando otras decisiones, especialmente la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5, a propósito de la difusión de caricaturas.

La práctica jurisprudencial española ha preferido destacar el carácter institucional de la libertad de expresión como principio rector, sometido a la interacción con otros principios constitucionales. Desde esa perspectiva, el contenido subjetivo protegido opera tan solo como un especial valor a tomar en cuenta en el juego de la ponderación. Sucede así con la

libre expresión en el ámbito de la libertad sindical (art. 28 CE), de la libertad de crítica política y la expresión pública de ideas religiosas (art. 16 CE) y también, como se ve, de la transmisión de obras creativas conforme al art. 20.1.b) CE. Así, la cualidad artística, científica o técnica de lo que se transmite viene a introducir un nuevo valor en el juego de la ponderación, que aumenta, de algún modo, la protección constitucional de ese tipo de actos comunicativos. Este enfoque lleva, por tanto, a similares resultados que la evidencia de que junto a la libertad de expresión «política» para lo que concierne al funcionamiento de la sociedad, nuestro sistema protege también la libertad de creación, referida a la difusión de contenidos innovadores.

A) *La protección «acrecida» del debate científico*

La idea de creación científica debe ponerse en relación con las actividades de investigación académica o experimental destinadas a la elaboración de estudios y análisis de la realidad. Por su parte, la creación técnica alude a la inventiva y la originalidad práctica. Se trata, esencialmente, de la elaboración de procedimientos y herramientas aptas para la transformación o el análisis de la realidad. Lo que tienen en común todas las actividades intelectuales recogidas en el art. 20.1.b) es la innovación creativa. El bien jurídico protegido, en última instancia, es el mantenimiento de una sociedad en la que la innovación y el conocimiento sean libres tanto en cuanto a su creación como para su difusión.

En este sentido, el debate científico goza de una especial posición. Esa parece ser al menos la idea de la STC 43/2004, de 23 de marzo, en la que se juzga la legitimidad de un documental dedicado a analizar hechos acaecidos durante la Guerra Civil. De manera lapidaria, el Alto Tribunal afirma que:

«es posible colegir que la libertad científica —en lo que ahora interesa,

el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información» (FJ 5).

La rotundidad de la frase debe entenderse atenuada (y relativizada) por la explicación que se da de cuál es la razón de tal garantía reforzada, que parecería predicarse tan solo de la investigación histórica, pues:

«Se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos» (*idem*).

Es decir, que en este punto no se trata tanto de que la Constitución otorgue una protección cualificada a la libertad de difusión de investigaciones científicas de carácter histórico, como de que los bienes constitucionalmente protegidos que cabe oponer al ejercicio de la misma son, por la fuerza de las cosas, de menor entidad. Sin embargo, de esta misma jurisprudencia parece desprenderse que es en general la investigación científica la que debe disfrutar de un margen de acción superior al de la mera transmisión de juicios de valor o hechos veraces, vinculado a la importancia social del debate técnico:

«Solo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa

incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que este tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática.»

De ese modo se ponen las bases de un derecho fundamental específico y de curiosa configuración. La transmisión del saber científico aparece menos limitada por los derechos al honor y la intimidad que el resto de libertades comunicativas. Para ello no se le exige el contraste riguroso propio de la veracidad constitucional, pues se parte de la necesidad constitucional de la diversidad de opiniones científicas. A cambio, sí exige a lo transmitido—como único requisito constitucional específico— que se atenga en lo esencial a las reglas propias de la disciplina científica en la que se encuadre:

«El encuadramiento de una actividad en el ámbito de la investigación histórica y, por tanto, en el terreno científico supone ya de por sí un reforzamiento de las exigencias requeridas por el art. 20 CE en punto a la veracidad de la información ofrecida por el investigador, esto es, a su diligencia. Por todo ello, la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica.

Como hemos dicho a propósito de la libertad de información, también la libertad científica comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para su relato como en la elección del modo de hacerlo» (FJ 5).

Así, el papel que a propósito de la libre información juega la veracidad, alcanzada a través de la diligencia profesional del periodista lo juegan respecto a la investigación científica los usos y métodos de la disciplina en cuestión. En los supuestos de ejercicio de la libertad científica, el requisito que determina su legitimidad constitucional son los usos de la disciplina. En la medida en que la investigación publicada se someta a ellos, gozará de protección constitucional, en razón del interés democrático de permitir el libre debate como instrumento para el avance de la ciencia y la investigación.

B) *La libertad de difundir obras artísticas*

En el art. 20.1.b) CE destaca especialmente la importancia que se le otorga a la literatura, escindida de lo artístico como si la Constitución quisiera resaltar la específica trascendencia histórica de lo literario en el ámbito de las libertades fundamentales. Tradicionalmente las obras literarias han sido la principal fuente de transmisión de doctrinas e ideas, incluso de las incómodas para el poder. A la literatura se le han impuesto las mismas restricciones y controles que a los medios de comunicación y acabar con ellos supuso desde el principio una de las aspiraciones democráticas esenciales. La libertad de imprenta, que ha sido una de las libertades básicas del constitucionalismo democrático, se ha entendido siempre como garantía tanto para la libre información como de para creación literaria libre. De ese modo, parece que la alusión expresa a la literatura que hace este precepto tiene sentido para excluirla específicamente del ap. d) del mismo artículo y de la consecuente obligación de veracidad. A cambio, plantea cuestiones de delimitación entre prensa y la literatura.

Sobre qué ha de considerarse literatura, parece que el Tribunal Constitucional no ha querido otorgarle tal calificación a cualquier transmisión de opiniones de manera más o menos creativa realizada a través de un texto escrito e impreso. Así, en los supuestos en los que a

través de columnas de opinión de periódicos se realizaba crítica social con el apoyo de figuras literarias, la jurisprudencia ha considerado siempre que se trata de ejercicio de la genérica libertad de expresión. Es el caso, por ejemplo, del artículo que dio lugar a la conocida STC 104/1986, de 17 de julio, que juzga un artículo periodístico que «versaba, por medio de un artificio literario, sobre un árbol plantado por la autoridad municipal y algunas supuestas irregularidades con el árbol como pretexto» (FJ 1) o del enjuiciado en la STC 170/1994, de 7 de junio, en la que el demandante se ampara en la utilización de una figura literaria irónica en un artículo de opinión con pretensiones literarias.

En cuanto a la delimitación positiva, la STC 51/2008, de 14 de abril, realiza un intento de delimitación de lo que constitucionalmente debe considerarse literario. Así, entiende que «la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica», aunque finalmente el criterio rezuma un cierto aire formalista:

«Si bien la demandante y algunas de las resoluciones previas han aludido en algún momento a las libertades de información y de expresión, el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE.»

En definitiva, parece que es literario cualquier fragmento de una novela editada. La cuestión no es totalmente baladí si se toma en cuenta que en el asunto concreto se enjuiciaba una obra de marcado carácter autobiográfico en la que se aludía a personajes y circunstancias reales, de modo que la misma idea de «novela» parece que ha de ser entendida como un concepto amplio. En todo caso, la diferencia entre lo que se considere literatura y lo que deba encuadrarse en la mera transmisión de opiniones

o hechos tiene cierta relación no solo con las pretensiones artísticas del autor, sino con la apariencia de realidad, de modo que tan solo los mundos imaginarios creados por el autor gozarían de la consideración de literarios. De ese modo, el Tribunal Constitucional negó, por ejemplo, carácter literario a un libro de poemas que recogía las cartas efectivamente enviadas por el autor a su amada:

«al tratarse de la reproducción de cartas de contenido íntimo, publicadas sin autorización de su receptora, de forma que al ser identificable la destinataria por figurar su segundo apellido, así como por el contexto de los escritos, no se puede calificar el libro como “obra de ficción realizada en forma epistolar”» (ATC 152/1993, de 24 de mayo, FJ 2).

En cuanto a qué se considera arte, no parece que la Constitución se refiera en este punto a ninguna de las clasificaciones clásicas, sino a un concepto amplio de lo artístico entendido como la expresión de ideas o emociones a través de recursos plásticos, lingüísticos, sonoros o mixtos. De ese modo, lo que define a lo artístico es antes una intención de elevación intelectual que el mero englobarse en determinadas disciplinas. No cabe duda de que dentro de la idea de «creación artística» puede incluirse, junto a las disciplinas clásicas como la pintura, la música, el cine, el baile, la escultura, la fotografía o la arquitectura, a otras menos frecuentes como pudieran ser la moda, la escenografía o la alta cocina, por poner solo algunos ejemplos.

El Tribunal Constitucional extiende la protección acentuada de la producción científica también a la libertad literaria y artística, si bien tan solo ha abordado el tema en la STC 51/2008, de 14 de abril. Al respecto allí se afirma que:

«La constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión.

Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión.»

Pese a ello, hasta el momento nuestra jurisprudencia —tan dada a dejar la efectividad de los derechos en manos de la ponderación— no ha dado el paso de atribuirle nominalmente a la obra artística un valor constitucionalmente superior frente a derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen superior al de la difusión de juicios de valor o de hechos veraces. En el caso concreto de la STC 51/2008, en lo que se viene a poner finalmente el énfasis es en las características propias de la literatura que, por sí mismas, disminuyen la posibilidad de afec-

tar al honor de terceras personas. Así, del mismo modo que la investigación histórica resulta menos lesiva de los derechos de la personalidad por el mero dato objetivo de la lejanía temporal de lo que se narra, también la literatura, en la medida en que crea mundos paralelos ficticios, difícilmente puede incidir sobre los derechos de las personas realmente existentes.

Como dice, en el caso concreto, la citada Sentencia:

«El carácter literario de la obra en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a personajes, lugares y hechos reales, el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por lo tanto, de la libertad de información. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo. En el caso concreto de la novela aquí analizada, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso y a su evolución durante la etapa de la transición política es evidente que no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello encuentra en el derecho a la creación literaria una cobertura constitucional. Y no solo en el caso del autor del fragmento controvertido, sino también en el de la editorial que ha hecho posible su publicación, sin la cual la obra literaria pierde gran parte de su sentido.»

Esto no implica que la mera calificación como ficticia o literaria de una obra le otorgue a su

autor impunidad para afectar los derechos al honor o la intimidad de otras personas, pero sí que dentro de la lógica de un mundo de ficción, determinados atentados contra la reputación ficticia de esa persona tienen menos relevancia constitucional. Del mismo modo, la creación pictórica o caricaturesca puede modular la afectación sobre el derecho a la propia imagen de una persona del uso de su representación gráfica; no ya porque se trate de una libertad con un grado superior de protección, sino por el hecho de que la imagen creada artísticamente es menos susceptible de dañar el control de la propia persona asegurado a través del derecho a la propia imagen. En todo caso, en el momento actual de la jurisprudencia constitucional parece que se trata de valoraciones que es necesario ponderar en cada supuesto práctico individualizado, tomando en cuenta tanto la concreta manifestación de la libertad artística como el bien afectado.

Prueba de esta situación es que en ocasiones el Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer el carácter literario o artístico de un texto, lo califica y enjuicia como simple libertad de expresión. El caso más notorio, sin duda, es el de la STC 176/1995, de 11 de diciembre, en la que al enjuiciar el contenido de unas historietas que bromeaban sobre el holocausto judío, el propio Tribunal Constitucional reconoce explícitamente que se trata de una obra literaria y, pese a ello, lo califica simplemente de libertad de expresión:

«Se trata de una serie en la que con dibujos y texto se compone un relato, “historieta” o “tebeo” según el Diccionario de la Real Academia, “cómic” en la lengua franca de nuestros días, con una extensión de casi noventa páginas. Por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria

se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor» (FJ 2).

En definitiva, pues, no cabe entender, pese a que el TC lo haya apuntado en ocasiones, que la libertad de creación artística o literaria otorga a la transmisión de obras artísticas una protección superior a la de la mera difusión de juicios de valor. Resulta más adecuado apreciar que la cualidad artística se plasma en la creación *ad novum* de elementos nuevos, relacionados con la ficción y conectados con la creatividad del autor que afectan de manera diferente a los derechos fundamentales mencionados en el art. 20.4 CE.

III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Una de las cuestiones más polémicas en torno al reconocimiento constitucional de la libertad de creación es la de cómo afecta al régimen de la propiedad intelectual y, en general, los derechos de autor. No cabe duda de que el tenor literal del precepto se refiere al derecho a producir y crear. No hay ninguna alusión a la explotación de las obras propias. Por ello parece lógico entender que, como sucede con el derecho a la propia imagen (art.

18.1 CE), lo que el art. 20.1.b) garantiza es que no haya injerencias en el proceso creativo. Ello puede llevar a entender incluido en el contenido protegido el derecho a la integridad de la obra y, en general, la facultad de controlar la obra tras su elaboración, pero no los derechos patrimoniales derivados de ello.

De ese modo, tal y como sucede con la propia imagen, la Constitución aseguraría al autor el derecho a decidir sobre la forma y el contenido de su creación, pero no al cumplimiento de obligaciones contractuales derivadas de la cesión de la misma. Este punto no ha dado aún lugar a pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional, si bien hay algunos que apuntan en el sentido indicado. En un Auto de 1982, el Tribunal Constitucional confirmó que «el derecho de propiedad industrial que el recurrente intentaba defender [...] no se identifica en modo alguno con la libertad de creación científica o artística que protege el art. 20.1.c) de la Constitución» (ATC 197/1982, de 2 de junio, FJ 2). Posteriormente, la duda de inconstitucionalidad rechazada sobre la Ley de derechos de autor lo fue en relación con el art. 33 CE (ATC 134/1995, de 9 de mayo), dando por supuesto —en consonancia con lo que venía defendiendo la mayor parte de la doctrina— que la propiedad intelectual forma parte del derecho a la propiedad privada.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ BUESO, L., *Los límites de la creación artística en Estados Unidos y Europa: entre la expresión y el discurso del odio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, S., *Derecho de patentes e investigación científica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

LAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1.b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

OROZCO PARDO, G. O., «Libertad de creación, propiedad intelectual y censura en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 2007, págs. 266-283.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., «El derecho a la creación y producción científica», en *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional: libro homenaje al profesor Gumerindo Trujillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ROMERO COLOMA, A. M., «La protección constitucional de los derechos de los artistas», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 2000, págs. 1113-1122.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Jurisprudencia del Tribunal constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración», *Revista de Administración Pública*, núm. 128, mayo-agosto 1992, págs. 185 y ss.

VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J., «La libertad de expresión artística. Una primera aproximación», en *Revista Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 2, 2014.

ARTÍCULO 20.1.C) LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de protección. III. Titularidad. VI. Contenido positivo y negativo. 1. Contenido negativo. 2. Contenido positivo.

JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de cátedra fue otro de los derechos cuya inclusión en la Constitución se puso en duda durante el proceso constituyente; en los debates parlamentarios se discutió tanto acerca del nombre que se le daba como de su ubicación entre los derechos de la comunicación, como, sobre todo, de la necesidad misma de que el texto recogiera un derecho específico de los enseñantes. En la decisión final sobre lo que no deja de ser una peculiaridad de nuestro ordenamiento (que va más allá de su referente inmediato, el art. 5.3.º de la Ley Fundamental de Bonn, que sucintamente reza «el arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza, son libres») influyeron, sin duda, tanto el recuerdo de la represión franquista contra destacados profesores universitarios como el dato de la extracción profesoral de muchos de quienes participaron en la elaboración del texto de nuestra Carta Magna. Desde el principio hubo dudas en cuanto a su especificidad frente a la simple libertad de expresión y, sobre todo, respecto a si debían ser titulares del derecho tan solo los profesores universitarios (incluso, como sucedía históricamente, específicamente los titulares de una cátedra) o todos los docentes. Finalmente, parece que fue intención del constituyente vincularlo a las ga-

rantías de una enseñanza libre y democrática, deduciendo de ello que habría de proteger, en definitiva, la libertad intelectual propia de todo docente.

II. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Tanto la doctrina científica como, especialmente, el Tribunal Constitucional destacan sin ambages la íntima relación de la libertad de cátedra con **otros preceptos constitucionales** que influyen decisivamente en su delimitación conceptual. En primer lugar, la noción de libertad de cátedra está muy unida a la de libertad de enseñanza (27 CE). En la primera decisión de la jurisdicción constitucional sobre el asunto, la STC 5/1981, de 13 de febrero, se presenta a la libertad de cátedra como una manifestación de la libertad de enseñanza, situada al mismo nivel que el derecho a la creación de centro educativos y definida como «**el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan** [art. 20.1.c)]» (FJ 7).

Sin embargo, por más que se trata de un derecho vinculado a la función de enseñar y cuya virtualidad en gran medida solo puede venir

dada por la extensión del principio de libertad dentro del sistema educativo (CÓRDOVA, 311), la libertad de cátedra, a la hora de definir su contenido propio, está esencialmente relacionada con las libertades ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1.a) CE]. Así lo ha afirmado nuestro Juez constitucional:

«La libertad de cátedra, en cuanto libertad individual del docente, es, en primer lugar y fundamentalmente, una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza» (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).

La doctrina ha resaltado que, pese a esto, la libertad de cátedra no se agota con la difusión de ideas u opiniones (EXPÓSITO, 104). De una parte, porque engloba la libertad de investigación, y de otra, porque implica la existencia misma de un espacio de libertad para el docente que ha de abarcar más allá del estricto momento de la exposición pública de sus enseñanzas.

Este aspecto objetivo de la libertad de cátedra ha sido puesto especialmente de manifiesto con especial incidencia en lo que hace a su ejercicio en los centros universitarios, donde el Tribunal Constitucional ha destacado la interrelación entre la libertad de cátedra y la autonomía universitaria garantizada en el art. 27.10 CE:

«La autonomía universitaria tiene como justificación asegurar el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza y de investigación. Más exactamente, la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual,

constituida por la libertad de cátedra. Ambas sirven para delimitar ese “espacio de libertad intelectual” sin el cual no es posible “la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura” [art. 1.2.a) de la LRU] que constituye la última razón de ser de la Universidad. Esta vinculación entre las dos dimensiones de la libertad académica explica que una y otra aparezcan en la Sección de la Constitución consagrada a los derechos fundamentales y libertades públicas, aunque sea en artículos distintos: la libertad de cátedra en el 20.1.c) y la autonomía de las Universidades en el 27.10» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4).

Así pues, la libertad de cátedra en el espacio universitario vendría a ser la vertiente individual de la misma libertad que en su vertiente colectiva o institucional garantiza la autonomía universitaria. Esta relación con la autonomía universitaria, que se puede extender de modo similar a la que mantiene con la libertad de creación de centros educativos y de enseñanza, evoca la relación entre derechos subjetivos y garantías institucionales. El Tribunal Constitucional, sin negar la dimensión organizativa de la libertad de cátedra, se inclina firmemente por reafirmar su valor como **derecho individual del docente**, dejando a las garantías constitucionales recogidas en el art. 27 CE la tarea de asegurar la libertad de las Universidades y otros centros educativos privados para definir la forma y el contenido mínimo de sus enseñanzas.

De ese modo, el ámbito de protección de la libertad de cátedra se ciñe exclusivamente al terreno de la comunicación entre el profesor y los alumnos para la enseñanza directa de cualquier nivel educativo o disciplina. En definitiva, se trata de **«la libertad individual del docente en la tarea personal de enseñar y en relación con la materia objeto de su enseñanza, con la posibilidad consiguiente de expresar las ideas o convic-**

ciones que cada profesor asume como propias respecto de tal materia» (STC 161/2005, de 20 de junio, FJ 2).

Quedan, por tanto, fuera del ámbito propio de la libertad de cátedra todas aquellas tareas organizativas que rodean a la función de enseñar, pero no se integran en el núcleo central de la misma ni resultan determinantes para definir el espacio de libertad científica imprescindible para el desarrollo de la reflexión y el debate intelectual necesarios para la elaboración misma de los contenidos docentes libres. Como señala muy precisamente la STC 26/2016, de 18 de febrero, FJ 8, la libertad de cátedra no se ve afectada por aspectos organizativos de las enseñanzas, como pueden ser las retribuciones, horarios o carga de trabajo de los profesores, sino que opera exclusivamente en lo que afecta al contenido mismo de las enseñanzas.

Se excluye así del ámbito de protección del derecho, significativamente, el momento —previo al ejercicio de la libertad de cátedra— que supone la asignación misma de la asignatura y la materia a impartir a un docente determinado. El ATC 42/1992, de 12 de febrero, niega explícitamente el derecho «a ejercer la docencia específicamente en la asignatura para la que han obtenido la habilitación mediante la correspondiente oposición o concurso». Junto a ello, el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente del contenido de la libertad de cátedra la función de examinar o valorar los conocimientos adquiridos por los alumnos en la materia o disciplina sobre la que versan las enseñanzas (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2) que ha de ser considerado competencia propia de la potestad autoorganizativa de los centros de enseñanza. Tampoco cabe entender amparado por el art. 20.1.c) el derecho de los cargos directivos a organizar y dirigir las actividades docentes en su centro de enseñanza (STC 161/2005, de 20 de junio, FJ 2) ni cualesquiera otros que, aun relacionado son **la función de enseñar**, no constituyan su núcleo esencial.

III. TITULARIDAD

Desde la ya citada STC 5/1981, el Tribunal Constitucional ha venido siempre extendiendo la libertad de cátedra a todos los niveles educativos:

«Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia solo de los docentes en la enseñanza superior o, quizá más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente “cátedras” y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable solo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a **todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan** y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora» (FJ 9).

Dejando de lado la adecuación o no de la interpretación que realiza el Tribunal de los debates constituyentes, los términos de la resolución son claros en cuanto a la generalización del derecho a la libertad de cátedra.

En principio, pues, es un derecho propio de todos los que se dedican a la enseñanza. Todos los docentes son titulares del derecho, con independencia de la categoría profesional reconocida o del ámbito educativo en el que realicen su tarea. Sin embargo, la extensión e intensidad de la protección que depara el art. 20.1.c) sí que varía según el contexto en el que se pretenda en cada caso concreto ejercer la libertad de cátedra. En especial, la jurisprudencia destaca que el alcance de la protección constitucional a la hora del ejercicio está en razón del nivel educativo en el que se utiliza y

del carácter público o privado del centro de enseñanza concernido. Más allá de la mera titularidad del derecho, interesa, pues, abordar la cuestión de cuál es su contenido.

IV. CONTENIDO POSITIVO Y NEGATIVO

Conforme a una definición clásica, se habla de contenido negativo del derecho para aludir a la protección que garantiza la Constitución frente a injerencias o imposiciones en la libertad que tiene el docente de orientar ideológicamente sus enseñanzas; se trata, por tanto, del aspecto puramente defensivo del derecho.

Frente a ello, se utiliza la expresión «contenido positivo» para aludir al haz de posibilidades que ofrece el ordenamiento constitucional a los enseñantes a la hora de definir por sí mismo la forma y los contenidos de sus clases.

1. Contenido negativo

A menudo la jurisprudencia ha señalado que el valor esencial de la libertad de cátedra es defensivo, llegando a definirla, en este sentido, como «libertad individual del docente, a quien depara un **espacio intelectual resistente a injerencias compulsivas impuestas externamente**» (ATC 457/1989). Conforme a la doctrina de la aludida STC 5/1981, el contenido negativo se acentúa en los centros públicos y se modula en los privados; la razón es que en los centros públicos está en juego la posibilidad de establecer, por parte del Estado, una única doctrina o ciencia aceptable que convertirse en oficial. Esta posibilidad chocaría, evidentemente, con el pluralismo propio de la sociedad y con los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a las libertades científicas y de expresión:

«En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para **re-**

sistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales» (FJ 9).

El espacio propio para el ejercicio de la libertad de cátedra en los centros públicos viene, de este modo, delimitado por la configuración constitucionalmente posible del modelo educativo estatal. La libre circulación de ideas científicas en la sociedad implica un modelo en el que no se impongan verdades absolutas en el terreno propio de la investigación; la libertad individual de cada enseñante del sistema público para defender y transmitir los conocimientos que razonablemente considere más adecuados desde el punto de vista científico se convierte en garantía de este debate socialmente abierto.

Diferente es la situación cuando el derecho se trata de ejercer en el seno de un centro educativo privado. En estos, el valor del ideario, derivado directamente de la garantía de la libertad de enseñanza, supone un límite añadido. En este punto, el propio Tribunal Constitucional es consciente de la dificultad añadida que supone la «tendencia expansiva de cualquiera de estas dos libertades», que obliga a una articulación recíproca. Por ello, en esta misma Sentencia fundadora establece que:

«La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordi-

nar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. **Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa**, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino solo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquel. La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios» (FJ 10).

Así, en este terreno, una de las principales garantías de la libertad de cátedra es la protección frente al despido del docente motivado en razones ideológicas. La arbitrariedad en el despido del profesorado convertiría en ilusoria la libertad de cátedra y disminuiría la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, ya que la enseñanza solo puede impartirse aceptablemente en condiciones de una auténtica estabilidad (cfr. STC 77/1985, de 27 de junio). En este marco es donde debe articularse la relación entre libertad de cátedra y la libertad del centro de establecer un ideario —que no es ilimitado—, de modo que:

«Una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le imputa tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de “ataque abierto o so-

lapado” al ideario del Centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 implica, asimismo, que **la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido** si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro» (STC 47/1985, FJ 3).

En conclusión, el docente de un centro privado, al contrario que sucede con los que imparten enseñanza en centros públicos, donde no existe una doctrina oficial, queda vinculado por el ideario del mismo y debe adaptar a este sus enseñanzas, en especial en lo que se refiere a los aspectos educativos de las mismas. El margen que debe dejar el ideario para la libertad científica del docente se limita al terreno de los estrictos conocimientos científicos; de ese modo, parece que no podría imponerse al profesor la transmisión a sus alumnos de contenidos con los que, de acuerdo a las técnicas propias de su disciplina, discrepe, siempre y cuando tales conocimientos no incidan en el perfil formativo que razonablemente se haya trazado el centro a través de su ideario.

2. Contenido positivo

Si el contenido defensivo de la libertad de cátedra varía en razón del carácter público o privado del centro educativo, su contenido positivo se ha hecho depender, en primera instancia, del nivel educativo en el que se ejerza el derecho, de manera que a mayor nivel académico, mayor será la libertad de autodeterminación docente del Profesor. Nuevamente, se trata de un razonamiento apuntado desde la STC 5/1981, de 13 de febrero:

«Junto a este contenido puramente negativo, la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo

en el nivel educativo superior que no es necesario analizar aquí. En los niveles inferiores, por el contrario, y de modo en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo, puesto que, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza, y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (art. 27.5 y 8) y, de la otra y sobre todo, este no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones» (FJ 9).

Sin embargo, la aparente amplitud del aspecto positivo de la libertad de cátedra que se anunciaba en la Sentencia de 1981 se ha visto seriamente disminuida en la jurisprudencia posterior. En esencia, como antes se señalaba, el Tribunal ha venido insistiendo en que el derecho que nos ocupa no desapodera en modo alguno a los centros docentes de las competencias legalmente reconocidas para disciplinar la organización de la docencia dentro de los márgenes de autonomía que se les reconozcan. De ese modo, el alto grado de autonomía de las Universidades, en virtud del art. 27.10 CE, constituye un **serio límite para las potestades de autoorganización de los docentes**, que se suma a las restricciones derivadas del mismo puesto docente que se ocupa. No cabe duda de que al designar a un docente para la impartición de determinada materia, conforme a un plan de estudios legítimamente aprobado, se produce una primera restricción de las facultades que tiene el Profesor para determinar libremente los contenidos de su materia. El puesto o cargo docente implica por sí mismo el sometimiento a una disciplina científica concreta y a unos contenidos genéricos que delimitan el marco en el que puede ejercitarse el derecho

fundamental. Las potestades organizativas propias del centro vienen, simplemente, a ahondar en la densidad de esta definición de la materia a impartir externa al Profesor, permitiendo más detalle en la misma y abarcando más aspectos conexos con la metodología docente.

Aunque formalmente las declaraciones del Juez constitucional no van más allá de que «la libertad de cátedra no puede identificarse, obvio es decirlo, con el derecho de su titular a autorregular íntegramente y por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, al margen y con total independencia de los criterios organizativos de la dirección del centro universitario» (ATC 457/1989, de 18 de septiembre, FJ 3), la realidad es que la tendencia jurisprudencial ha sido, continuamente, favorable a aumentar las potestades organizativas de las Universidades en detrimento de las propias de los Profesores:

«Es a las Universidades, en el ejercicio de su autonomía, a quienes corresponde disciplinar la organización de la docencia. En consecuencia, los derechos de los arts. 20.1.c) y 27.10 de la Constitución, lejos de autoexcluirse, se complementan de modo recíproco. El derecho a la autonomía universitaria garantiza un espacio de libertad para la organización de la enseñanza universitaria frente a injerencias externas, mientras que la libertad de cátedra apodera a cada docente para disfrutar de un espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas, que le faculta para explicar, según su criterio científico y personal, los contenidos de aquellas enseñanzas que la Universidad asigna, disciplina y ordena (STC 106/1990, FJ 6.º)» (STC 179/1996, de 12 de noviembre, FJ 3).

En tanto que los idearios de los centros educativos privados pueden determinar los contenidos legítimos de determinadas enseñanzas, el ejercicio de la autonomía universitaria puede

determinar las condiciones en las que se transmite el conocimiento. Los centros docentes pueden regular la prestación del servicio público de la educación superior del modo que juzguen más adecuado (ATC 817/1985) y esta potestad restringe necesariamente el espacio expansivo de la libertad de cátedra.

Una de las principales restricciones viene derivada de la distinción que realiza la jurisprudencia entre la función misma de enseñar, y la de valorar o enjuiciar los conocimientos «sin que esta sea consecuencia necesaria de aquella» (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 3). La primera es el terreno de la libertad de cátedra, pero la segunda ha de ponerse en relación con la autonomía universitaria, de donde se deduce que no forma parte de la libertad propia de cada docente la posibilidad de fijar el temario sobre el que ha de versar el examen de la asignatura. En verdad, en el terreno práctico, no parece lógico deslindar el contenido de los exámenes del de la materia a explicar, de modo que en última instancia la realidad es que la fijación por parte de la Universidad del temario de las pruebas periódicas a que se somete a los alumnos determina de manera decisiva el contenido mismo de la asignatura a explicar. La conclusión que el Tribunal Constitucional saca de todo ello es que la libertad de cátedra tiene «**un conteni-**

do, no exclusivamente pero sí predominantemente, negativo» (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).

Esta tendencia restrictiva del contenido positivo del derecho ha vuelto a manifestarse. Así, se ha declarado, por ejemplo, la legitimidad constitucional de un acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad que prohibía la imposición a los alumnos a efectos de evaluación de un único texto científico y obligaba, entre otras cosas, a que los distintos Profesores de una asignatura se coordinaran a fin de que entre ellos no existieran omisiones ni repeticiones inadecuadas. De ese modo, si bien es cierto que la libertad de cátedra habría de extenderse a cuestiones como la selección de los materiales didácticos o bibliográficos correspondientes a cada materia, o a la metodología docente elegida, también lo es que incluso en ese terreno pueden los centros educativos imponer determinados límites, justificados siempre en el interés general de la enseñanza. De ese modo, la realidad práctica es que la esencia de la libertad de cátedra se limita a la libertad de opción científica en cuanto a las diversas teorías posibles en el seno de los contenidos propios de la materia asignada a cada docente y tan solo en el momento expositivo de las mismas, sin ir mucho más allá.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO CÓRDOVA, L., *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CELADOR ANGÓN, O., *El derecho de libertad de cátedra. Estudio Legal y jurisprudencial*, UCTM-BOE, Madrid, 2007.

EXPÓSITO, E., *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.

LOZANO, B., *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

SALGUERO, M., *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ariel, Barcelona, 1997.

VIDAL PRADO, C., *Libertad de cátedra: un estudio comparado*, CEPC, Madrid, 2001.

ARTÍCULO 20.3

REGULACIÓN, CONTROL Y ACCESO A LOS MEDIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Sumario: I. Originalidad del precepto frente a los antecedentes constitucionales y a los referentes internacionales: el peculiar contexto para su introducción en el texto constitucional de 1978. II. Ámbito objetivo: la imbricación sistemática del precepto. III. Contenido: el doble ámbito de la reserva de ley bajo el paradigma del pluralismo. 1. Planteamiento. 2. Una cuestión previa: ¿desconstitucionalización de la existencia misma de medios de comunicación social públicos? 3. La garantía del pluralismo interno en la organización, control parlamentario y acceso a los medios públicos. A) Organización y control parlamentario. B) La garantía del acceso a los medios públicos de los grupos sociales y políticos significativos: alcance objetivo y subjetivo. Breve apunte sobre el pluralismo lingüístico.

MATILDE CARLÓN RUIZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ACREDITADA AL CUERPO DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La introducción en nuestro texto constitucional de un precepto como el que comentamos, **virtualmente inédito** en los textos internacionales de derechos humanos y en el panorama constitucional comparado, se explica en el contexto de 1978 como una **reacción con intención democratizadora** del aparato de información pública del Estado existente en el momento de elaborarse la Norma Constitucional, buscando expresamente **someter pro futuro la regulación de su organización y su control a las Cortes Generales** bajo el nuevo paradigma de la **garantía del pluralismo social, político y lingüístico**. Esa peculiar circunstancia que animó el alumbramiento del precepto es la que, probablemente, explique que la **escasa jurisprudencia constitucional** directamente dirigida a interpretar su alcance se haya producido cuando la Constitución apenas había sido estrenada, particularmente al hilo de las medidas de eliminación de la prensa estatal; jurisprudencia a la que poco han querido añadir, en interpretación del precepto que nos ocupa, las recientes

sentencias que se han ocupado de los vaivenes legislativos, tanto a nivel estatal como autonómico, en punto a la organización de los medios de radiotelevisión públicos. No se debe negar, sin embargo, que —teniendo en cuenta la intensa conexión del art. 20.3 CE con los demás apartados del mismo artículo y, a efectos competenciales, con la regla del ap. 27 del art. 149.1 CE—, se pueden deducir ciertas conclusiones de relevancia respecto del precepto que nos ocupa al acercarse a la jurisprudencia constitucional decantada sobre aquellos.

I. ORIGINALIDAD DEL PRECEPTO FRENTE A SUS ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LOS REFERENTES INTERNACIONALES: EL PECULIAR CONTEXTO PARA SU INTRODUCCIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1978

No se puede encontrar, en efecto, en los referentes conocidos de nuestra Constitución un

precepto equivalente al contenido en el art. 20.3 CE. No existe tal en los textos internacionales de derechos humanos. Tampoco en el antecedente próximo de nuestra historia constitucional, en el art. 34 de la Constitución de la II República, ni en los referentes cercanos de nuestro entorno jurídico. Únicamente en la portuguesa —muy prolija en la regulación de los derechos de expresión e información— encontramos algunos preceptos que, sin ser en absoluto idénticos al español, apuntan a la misma problemática, lo que no ha de extrañar si tenemos en cuenta que en términos cronológicos y de coyuntura política ambos textos constitucionales se encuentran muy cercanos. Su art. 38 garantiza, con una fórmula sin parangón en nuestra Constitución, la existencia de «un servicio público de radio y de televisión», apelando a que su estructura y funcionamiento aseguren la independencia y el pluralismo, mientras que el art. 40, por su parte, determina, de forma muy exhaustiva, en qué términos se les reconoce a partidos políticos y organizaciones sindicales, profesionales, económicas y sociales derecho a «tiempos de antena en el servicio público de la radio y la televisión».

Con estos **limitados referentes** se hace evidente que la intención del precepto constitucional no fue otra que dar una **respuesta específica a una situación de hecho: la existencia de un aparato informativo del Estado** que, creado y desarrollado como instrumento del Gobierno durante el franquismo, había sido, no en vano, objeto de reconducción a regulación unitaria bajo la forma de organismo autónomo —integrando radio, prensa y televisión— apenas un año antes de aprobarse la CE, mediante el Real Decreto 596/1977, de 1 de abril. Así se desprende de los trabajos desarrollados por una Subcomisión *ad hoc* de la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados, que en reunión celebrada en el Congreso el 18 de abril de 1978 sugirió la creación de una Comisión Parlamentaria de Tutela «para garantía del equilibrio y objetividad de estos medios» (PARADA y BACIGALUPO, 559-561).

II. ÁMBITO OBJETIVO: LA IMBRI-CACIÓN SISTEMÁTICA DEL PRECEPTO

El ap. 3 del art. 20 CE se refiere a «los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público». Se refiere, pues, el precepto a los **medios de comunicación social**, si bien no con carácter general, sino exclusivamente a los **públicos**. Ambos elementos objetivos requieren una reflexión, por sí mismos y en la medida en que permiten vincular este precepto con otros del texto constitucional.

No es de extrañar que el constituyente haya incardinado la regla que nos ocupa en el mismo precepto en que ha consagrado 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) CE], así como el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz *por cualquier medio de difusión* [...]» [art. 20.1.d) CE]. Y ello por cuanto los **«medios de comunicación social» son instrumento para el ejercicio de aquellas libertades de expresión e información.**

En los términos de la STC 6/1981, de 16 de marzo, «el art. 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una *comunicación pública libre*, sin la que quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de nuestra ordenación jurídico-política» (FJ 3). A tal fin juegan un papel capital los «medios de comunicación social», que, si bien no son el único vehículo de ejercicio de los derechos de libre expresión e información —pensemos, sin más, en el *Speaker's corner* británico o, como reconoció expresamente la STC 165/1987, de 27 de octubre, en unas simples octavillas—, sí constituyen el «cauce normal de formación de la opinión pública», glosando los términos de

aquella sentencia (FJ 10). Precisamente por ello son el **principal ámbito en el que aquellos derechos se muestran en su doble dimensión —no solo subjetiva, sino también, democrático-institucional—**, en tanto en cuanto son instrumentales para garantizar un interés o valor institucional clave para el desarrollo del Estado democrático, cual es el de la formación y mantenimiento de una opinión pública libre. En ello ha venido insistiendo el Tribunal Constitucional —en doctrina ya consolidada— desde la propia STC 6/1981 (en su FJ 3), y la STC 12/1982, de 31 de marzo (FJ 3), continuada en las 206/1990, de 17 de diciembre (FJ 6), 40/1992, de 30 de marzo (FJ 1) y 223/1992, de 14 de diciembre (FJ 4), y a la que apela la más reciente STC 73/2014, de 8 de mayo (FJ 4).

La anterior reflexión nos obliga, en todo caso, a reconocer dentro del concepto de medios de comunicación social una **variada tipología**, aun sin identificar como tales otros fenómenos comunicativos, como pueda ser la cinematografía o los espectáculos, tal y como tuvo ocasión de precisar el Tribunal en varias ocasiones a vueltas con el alcance del art. 149.1.27.^a CE, al que inmediatamente nos referiremos (SSTC 49/1984, de 5 de abril; 143/1985, de 24 de octubre, y 153/1985, de 7 de noviembre, a las que se remite la reciente STC 89/2017, de 4 de julio). Con todo, la amplitud del concepto permite identificar como tales no solo los medios que podríamos calificar hoy, propiamente, de **clásicos —prensa, radio y televisión—**, sino también los que ya deben ser reconocidos como una **nueva generación de medios de comunicación nacidos en la era electrónica**. Y ello en el bien entendido de que bajo el nuevo formato electrónico encuentran manifestación los propios medios clásicos —pensemos en la prensa digital o en las emisiones de radiodifusión transmitidas por la red—, así como nuevos instrumentos de comunicación que bien pueden calificarse como medios de comunicación social, cuya capacidad de influir en la opinión pública es incluso mayor —y creciente— que la que mantienen muchos de los medios clási-

cos, rompiendo muchos de los condicionantes que han determinado tradicionalmente su regulación. Las páginas web y los *blogs* personales sirven de ejemplo de lo que decimos.

No olvidemos, sin embargo, que el precepto que nos ocupa no trata del régimen de todos los medios de comunicación social, sino solo de **aquellos «dependientes del Estado o de cualquier ente público»**. Se refiere, en definitiva, de forma exclusiva, a los medios de titularidad pública, y no a los privados. Pero, según la expresión del precepto, a **cualquier medio público, y no exclusivamente a los de titularidad o dependencia estatal**. Esta determinación resulta coherente con la mención que a los medios de comunicación hace el **ap. 27.º del art. 149.1 CE** para especificar que **corresponde al Estado el establecimiento de las bases sobre la materia «radio, televisión y los demás medios de comunicación social»**. Lo que implicará que en las pautas marcadas al legislador por el art. 20.3 respecto de los medios de comunicación social públicos vinculan tanto al legislador estatal como al autonómico en función de la técnica bases-desarrollo, tal y como han recordado recientemente las SSTC 78/2017, de 22 de junio (FF. JJ. 4 y 10 a 15) y 86/2017, de 4 de mayo (FJ 4) al conocer de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Cataluña, por referencia a las previas 31/2010, de 28 de junio (FJ 89, en conexión con el 60) y 235/2012, de 13 de diciembre (FJ 6).

A la vista de todo lo anterior, tenemos ya coordinadas conforme a las cuales analizar el concreto contenido del precepto cuyo comentario nos ocupa.

III. CONTENIDO: EL DOBLE ÁMBITO DE LA RESERVA DE LEY BAJO EL PARADIGMA DEL PLURALISMO

1. Planteamiento

El art. 20.3 CE establece una **reserva de ley ordinaria** para la regulación de los medios

de comunicación públicos respecto de un doble objeto: la **organización y control parlamentario** de estos medios, así como la garantía del **derecho de acceso** a los mismos de los grupos sociales y políticos significativos. En ambos casos el objetivo común es el respeto al «pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España». Se trata, en definitiva, con el precepto que nos ocupa, de **garantizar constitucionalmente el pluralismo interno de los medios de comunicación públicos, cuando existan**. Esta conclusión merece algún comentario.

En tanto en cuanto las libertades de expresión e información, según viene insistiendo el Tribunal Constitucional, conjugan una dimensión puramente individual con otra democrático-funcional —como instrumentos de garantía del pluralismo político—, deben ser objeto de garantía tanto en la fase de creación de los medios de comunicación social que son instrumento de su ejercicio, como en la fase de acceso y uso de tales medios, lo que encuentra, por otra parte, reflejo en la ya clásica distinción —bien perfilada en la jurisprudencia constitucional alemana, a la que ha apelado en alguna ocasión la nuestra [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6. C)]— entre el llamado pluralismo *externo* de los medios de comunicación social —derivado de la mera existencia de varios de ellos— y el *pluralismo interno*, basado en la organización y uso pluralista de los propios medios, en referencia tanto a la facilitación del acceso a los mismos como a su contenido (SSTC 73/2014, de 8 de mayo, FJ 4, con cita de las previas, y 78/2017, de 22 de junio, FJ 15).

Asumiendo este paradigma, antes de desgarnar en qué términos el art. 20.3 CE condiciona, efectivamente, la organización y control parlamentario de los medios *públicos* y el acceso a los mismos, debemos enfrentarnos a la cuestión de su propia existencia, puesto que —si nos atenemos a la jurisprudencia habida hasta el momento al respecto— debemos reconocer que **el Tribunal Constitucional ha descartado que se haya garantizado cons-**

titucionalmente la existencia de medios de comunicación públicos.

2. Una cuestión previa: ¿desconstitucionalización de la existencia misma de medios de comunicación social públicos?

La ya citada STC 6/1981, de 16 de marzo, precisa en su FJ 5 que el art. 20.3 CE «no fija, en modo alguno, cuál haya de ser la naturaleza, el número o la ubicación geográfica de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de otros entes públicos, ni reserva a la ley su creación o supresión, ni podría, en rigor, hacerlo [...]. El precepto en cuestión reserva a la Ley solo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo, sin embargo, al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos), que concede a esos grupos al menos el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso [...]. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público». En el mismo sentido, la STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 3, confirmó la constitucionalidad de la supresión mediante ley del organismo público Medios de Comunicación Social del Estado, aun con el voto particular discordante de Díez de Velasco, quien consideró que la garantía de acceso a los medios públicos que incorpora el precepto integra como exigencia previa su existencia misma.

El argumento último de ambas sentencias descansa, con todo, en la **negación de carácter prestacional de las libertades de expresión e información**, reducidas a su consideración de derechos de libertad, lo que implica que **no cabe reconocer en el precepto que comentamos una garantía institucional respecto de la existencia de medios de comunicación públicos** (LÓPEZ

RAMÓN, 1982; PARADA y BACIGALUPO, 559-561). Conviene advertir, sin embargo, desde este mismo momento, que ambas sentencias se refieren, por su propio objeto, a los medios de **prensa**, respecto de los que el Tribunal parece confiar en la fórmula del pluralismo *externo*, por la facilidad de multiplicación de los medios de prensa escrita: no en vano, como declaró en la STC 77/1982, de 20 de diciembre, «la fundación de un periódico no impide obviamente la existencia de todos los demás posibles» (FF. JJ. 2 y 3).

La cuestión se ha venido planteando, sin embargo, en términos radicalmente distintos en relación con los otros medios de comunicación clásicos y, particularmente, la televisión. El Tribunal Constitucional no tuvo dificultad en confirmar —en su STC 12/1982, de 31 de marzo— la constitucionalidad de la declaración de la radio y televisión como servicio público de titularidad del Estado que, con carácter omnicompreensivo, formuló el art. 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión, en su redacción original y, más particularmente, la constitucionalidad de la retención de su gestión en exclusiva, en forma directa, por el Estado. Lo que implicaba la existencia de un solo medio de comunicación público en tal modalidad sobre la base de negar que la libertad de expresión incorporara un derecho a crear los medios para su ejercicio —como reivindicaba el Magistrado Rubio Llorente en su voto particular a aquella sentencia—. Planteamiento este que solo modificó el Tribunal —y exclusivamente respecto de la televisión local por cable, y no por ondas radioeléctricas, lo que es bien discutible— a partir de las SSTC 189/1991, de 3 de octubre, y 31/1994, de 31 de enero —de las que fue precedente trascendental la STC 206/1990, de 17 de diciembre—, cuando la propia evolución tecnológica hacía evidente que la original situación de monopolio público de titularidad y gestión pugnaba con un contenido pleno del derecho a la libertad de expresión y, en otro orden, del derecho a la libertad de empresa. La más reciente STC 73/2014, de 8 de mayo, confirma,

bajo tales parámetros, la constitucionalidad de la declaración de servicio público de la televisión por cable que en su momento consagró la Ley 42/1995: en un régimen de duopolio de gestión concesional, conviene advertirlo.

Escapa del ámbito de nuestro estudio un análisis en profundidad de esta jurisprudencia y, de forma derivada, de la polémica doctrinal que esta suscitó. Interesa, con todo, extraer de ella, a nuestros efectos, la conclusión sustancial de que **el Tribunal Constitucional ha venido a asumir —de forma implícita— que en la radio y la televisión, a diferencia de lo que ocurre con la prensa, concurren unos especiales condicionantes económicos y tecnológicos que podrían justificar no ya la necesaria existencia de medios públicos, sino incluso —en determinadas condiciones— la exclusiva existencia de los mismos.** Lo que permite plantearnos si el Tribunal mantendría su conclusión —decantada respecto de la prensa— de que el art. 20.3 CE no garantiza la existencia de medios de comunicación públicos si se le planteara la supresión de la radio o televisión públicas. Es esta una cuestión que ha superado el terreno de lo especulativo, por cuanto la evolución tecnológica ha logrado reducir muy significativamente aquellos condicionantes económicos y técnicos para crear una radio o una televisión. De hecho así ha sido formalmente, toda vez que ante el Tribunal se planteó, invocando el art. 20.3 CE, la constitucionalidad de la supresión de la televisión pública valenciana impuesta por la Ley 4/2013, si bien la STC 153/2016, de 22 de septiembre, no entró en el fondo del asunto por cuanto la sucesiva Ley 12/2015, de 29 de diciembre, había reinstaurado la radiotelevisión pública autonómica. Lo que viene a confirmar, como advertimos en su momento, que son otros los condicionantes que mantienen en la esfera de lo hipotético la supresión de radios o televisiones públicas, dado su atractivo como instrumento poderosísimo de influencia en la opinión pública en la era de la imagen. Así lo demuestra la evidente tendencia a la creación de radios y, sobre todo, tele-

visiones públicas en todos los ámbitos territoriales. De ahí que las previsiones del art. 20.3, dirigidas a introducir las exigencias del pluralismo *interno* en los medios públicos, cobren una importancia creciente.

Sobre ellas reflexionaremos en las páginas que siguen. Conviene, con todo, cerrar este epígrafe apuntando que las SSTC 103/2017, de 6 de septiembre, y 150/2017, de 21 de diciembre, han descartado —con buenas razones— que los medios de radiotelevisión públicos puedan ser considerados «instituciones autonómicas básicas» a los efectos de impedir la entrada en juego, para su ordenación, del Decreto-ley *ex* art. 86.1 CE, cuestión esta que no ha dejado de suscitar debate en el seno del propio Tribunal, como lo demuestran los votos particulares que acompañan a una y otra sentencia, en el segundo caso suscrito por tres Magistrados.

3. La garantía del pluralismo interno en la organización, control parlamentario y acceso de los medios públicos

El art. 20.3 CE obliga al legislador a tomar en consideración la necesaria garantía del pluralismo interno de los medios públicos de comunicación a la hora de establecer su regulación, tanto respecto a la propia organización y control parlamentario de los medios, como respecto a la posibilidad del acceso a los mismos, con una especial referencia al pluralismo lingüístico —como un guiño a la diversidad lingüística que potencia el Estado autonómico—. Así lo ha hecho expreso la reiteradamente citada STC 6/1981 en su FJ 5, que, sin embargo, descarta que la reserva de ley ordinaria que el precepto integra se refiera a la propia creación o supresión de los medios públicos, como el ATC 26/2001, de 1 de febrero, FJ 4, advierte que aquella reserva «no alcanza necesariamente a otros aspectos diferentes de la actividad de los medios de comunicación públicos, como puedan serlo, en su caso, las decisiones de explotación comercial».

Veamos de forma separada el alcance del mandato de regulación mediante ley de la organización y control parlamentario de los medios y, por otra parte, del acceso a los mismos de determinados colectivos. Y ello sin perjuicio de advertir que este segundo aspecto, el del acceso, puede tener un reflejo institucional en la propia organización de los medios.

A) Organización y control parlamentario

El precepto que nos ocupa llama a la **regulación mediante Ley de «la organización y el control parlamentario» de los medios de comunicación públicos en aras al respeto del «pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España»**. Ceñido, hoy por hoy, el ámbito objetivo de este mandato a los medios audiovisuales, por más que exista una creciente masa de publicaciones oficiales que deberían requerir una atención en este punto, debemos hacer algunas precisiones respecto de su concreción en el ordenamiento, asumiendo que **el Tribunal Constitucional apenas ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y ni siquiera lo ha hecho cuando, recientemente, en sede de la STC 150/2017, hubiera debido hacerlo**.

Es esta una cuestión que a día de hoy está regulada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, cuya vocación es regular de forma sistemática todas las cuestiones relativas a la comunicación audiovisual, sustituyendo todo el entramado legislativo que venía regulando los medios de comunicación audiovisual desde la aprobación del Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado como Ley 4/1980, y las sucesivas Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del Tercer Canal y Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas. No en vano, estas y otras Leyes son objeto de derogación expresa por la Ley 7/2010, no así la **Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal**, sin perjuicio de que

introduce en ella algunas modificaciones puntuales. La Ley 7/2010 se presenta así como ley básica en la materia, condicionando la legislación autonómica al respecto en función de la regla bases–desarrollo establecida en el art. 149.1.27.^a CE. A todo ello hace referencia, para caracterizar esta Ley, la STC 78/2017, de 22 de junio, en su FJ 2.

Esta Ley, bajo una lógica liberalizadora de las actividades de comunicación audiovisual, configura un llamado «servicio público de comunicación audiovisual» (art. 40), entre cuyos objetivos está la formación de una opinión pública plural, pero que no necesariamente vendrá gestionado de forma directa, único supuesto en el que nos encontraríamos propiamente ante medios de comunicación públicos. Al margen de la fórmula de gestión escogida, el «servicio público de comunicación audiovisual» se articula desde un plano funcional a través de contratos-programa a suscribir por el Estado o las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia, con las entidades encargadas de la prestación del servicio, lo que encuentra correlación en el plano de la financiación, como generalización de la fórmula anticipada para la Corporación de Radio y Televisión Española por la Ley 17/2006 y la 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de dicha Corporación.

En este plano —en el «de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público»— es en el que hay que enmarcar las competencias que al respecto atribuye el art. 41.2 de la Ley a las Cortes Generales, los Parlamentos autonómicos y, en su caso, a los órganos de gobierno local, así como a las autoridades audiovisuales competentes. En estos términos, la Ley 7/2010 amplía la fórmula adelantada por la Ley 17/2006 para la radiotelevisión estatal frente al modelo instaurado por el Estatuto de Radiotelevisión, que llamaba propiamente a la constitución de una Comisión Parlamentaria del Congreso de los Diputados —que nunca se creó, sino en el Senado—. La propia Ley 17/2006 **apela ge-**

néricamente a un control de las Cortes Generales, ante las cuales la Corporación deberá someter anualmente un informe y una memoria, particularmente en lo referido al cumplimiento de la función de servicio público encomendada, a cuyo fin **se creó una Comisión mixta** mediante Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 27 de febrero de 2007 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 514, de 1 de marzo de 2007, modificada por Resoluciones de 20 de marzo de 2012 y 21 de febrero de 2017). No debe ocultarse, en todo caso, las dificultades que puede generar el solapamiento de estas funciones de control parlamentario de los medios públicos —**única fórmula exigida constitucionalmente— con la de la autoridad audiovisual creada ex novo** por la misma Ley 17/2006, y que se ha visto finalmente materializada en el seno de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio (art. 9.8), siguiendo precedentes consolidados en algunas Comunidades Autónomas, como el Consejo Audiovisual andaluz o el catalán, tributarios todos del heterogéneo género de las Administraciones independientes.

El control parlamentario encuentra otro espacio de manifestación en relación con la organización misma de los medios públicos, siempre en aras a la garantía del pluralismo. El art. 42.3 de la Ley 7/2010 parte de un mandato general aplicable a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual, sean públicos o no, para que los criterios rectores de su dirección editorial se elaboren «por un órgano cuya composición refleje el pluralismo político y social del ámbito de su cobertura». Este mandato se cualifica en el ámbito de la organización de la Corporación de Radio y Televisión Española, toda vez que las Cortes Generales intervienen en el **nombramiento de los miembros del Consejo de Administración. De lo delicado de la cuestión da cuenta la inestabilidad en la redacción del art. 11 de la Ley 17/2006, que fue modificado**

por el Real Decreto-Ley 15/2012, objeto de la reciente STC 150/2017, de 21 de diciembre, que superó la oportunidad de pronunciarse sustancialmente sobre la cuestión a la luz del art. 20.3 CE por cuanto en el momento en que se dictó ya había sido aprobada la Ley 5/2017, de 29 de septiembre, que en su propio título hace elocuente mención a la finalidad de «recuperar la independencia de la Corporación RTVE y el pluralismo en la elección parlamentaria de sus órganos». Conforme a la redacción vigente, los diez miembros del Consejo de Administración serán elegidos por las Cortes Generales, por mayoría de dos tercios y previa comparecencia en audiencia pública en ambas Cámaras, a razón de seis por el Congreso y los restantes por el Senado, confirmándose la supresión de la previsión contenida en la redacción original de que dos de los primeros fueran elegidos a propuesta de los sindicatos más representativos a nivel estatal. El Congreso designará de entre los diez, y por mayoría de dos tercios, al que desempeñará el cargo de Presidente de la Corporación y del Congreso, con lo que se viene a recuperar la fórmula original que fue modificada por el Decreto-ley más arriba mencionado para contemplar una mayoría reducida (en fórmula de mayoría absoluta) en caso de que no se lograra en primera votación la reforzada de dos tercios.

La cualificación exigida a los candidatos y las rígidas causas de incompatibilidad —contempladas antes y ahora en la legislación— pretenden ser resortes de garantía de su independencia, si bien no se puede descartar en términos absolutos que el juego de las mayorías parlamentarias ponga en riesgo que este órgano pueda ser indirectamente controlado por el Gobierno. Riesgo este que, si bien podría verse mitigado por la mayoría exigida y la duración del mandato —de 6 años— aumenta a la vista de la facultad que el Congreso de los Diputados —no el Senado— retiene de cesar a un miembro del Consejo por la misma mayoría de dos tercios.

B) *La garantía del acceso a los medios públicos de los grupos sociales y políticos significativos: alcance objetivo y subjetivo. Breve apunte sobre el pluralismo lingüístico*

El art. 20.3 CE exige, finalmente, que **por ley se garantice el acceso a los medios de comunicación públicos «de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España».**

Las imprecisiones del precepto sobre su alcance objetivo y subjetivo —que contrastan con las prolijas prescripciones de su referente portugués— **no han sido totalmente cubiertas por la jurisprudencia constitucional**, que encontró una ocasión temprana de pronunciarse al respecto en su STC 63/1987, a la que se remite muy recientemente la STC 20/2018, de 5 de marzo. En aquella se afirma, de forma elocuente, sistematizando su propia doctrina general sobre el precepto, que «aunque en el art. 20.1.a) de la Constitución se enuncia un derecho de libertad que no exige, con carácter general, sino la abstención, la ausencia de trabas o impedimentos para su ejercicio, por parte de los poderes públicos (STC 77/1982, de 20 de diciembre), no es menos cierto que, en determinados casos, será necesaria la actuación positiva de los poderes públicos —del Legislador, específicamente— para la ordenación de los “medios” que sirvan de soporte a la expresión y difusión de ideas u opiniones, hipótesis esta que, respecto de los medios de comunicación de titularidad pública, se halla expresamente contemplada en el art. 20.3 de la misma Constitución, precepto que, en lo que importa ahora, impone que se garantice por la Ley el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetándose el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. No se prescribe en esta disposición, sin duda, la necesaria existencia de un sector público en el ámbito de la comunicación (STC 86/1982, de 23 de diciembre), pero sí se impone, contemplándose tal posibilidad,

la exigencia que acaba de recordarse en orden *al respeto al pluralismo social y político en el acceso a estos medios, con la consecuencia de que, existente el medio de titularidad pública y reglado su modo de utilización, habrá de reconocerse a los grupos sociales y políticos “significativos” a los que alude el precepto constitucional el derecho, cuando menos, a que no se les impida dicho acceso* (STC 6/1981, de 16 de marzo). Este derecho de acceso, en otras palabras, será en cada caso articulado por el Legislador, pero ni este queda libre de todo límite constitucional en dicha configuración, ni la eventual vulneración de sus determinaciones por los aplicadores del Derecho podrá decirse constitucionalmente irrelevante en orden al ejercicio eficaz de las libertades consagradas en el art. 20, pues estas libertades habrán de realizarse a través de estos medios, del modo que quiere la Constitución en el ap. 3 del mismo precepto, de tal modo que la denegación discriminatoria, o arbitraria por carente de fundamento legal, del acceso que la Ley haga posible, entrañará el consiguiente menoscabo del derecho del grupo así afectado —de quienes a su través pretendan difundir las propias ideas y opiniones— a la libertad que la Constitución garantiza [art. 20.1.a)]» (FJ 6).

Reconoce, pues, el Tribunal Constitucional en este precepto un verdadero derecho fundamental de los «grupos sociales y políticos significativos» a acceder a los medios públicos para expresar sus ideas y opiniones, derecho que no puede desconocer el legislador al regular estos medios ni, sucesivamente, el aplicador del Derecho al materializar el derecho de acceso legalmente configurado. Así planteado el alcance del precepto, quedan, sin embargo, abiertas dos cuestiones cruciales, referidas a su alcance objetivo —en qué consiste ese derecho de acceso— y subjetivo —en qué términos deberán identificarse esos grupos sociales y políticos significativos—.

Por razón del propio objeto del recurso de amparo del que conoció la STC 63/1987, el

Tribunal está identificando el derecho de acceso con su aspecto exclusivamente funcional, referido a la opción de los grupos enunciados en el precepto constitucional de disfrutar de ciertos espacios en los medios públicos, particularmente —como era el caso— en los períodos electorales, en los que la materialización de la garantía del pluralismo, más específicamente político, se hace más sensible. Es esta, en efecto, la manifestación nuclear de la garantía de acceso, a la que **se ha llegado a sumar, por el legislador, una perspectiva orgánica que se traduce en la incorporación de los «grupos sociales y políticos significativos» a los órganos de gobierno y gestión de los medios públicos**, a través de fórmulas de representación, que son las que en todo caso se habrían visto vulneradas en el supuesto conocido, en vía de amparo, por la STC 20/2018, en conexión con la dimensión del mismo 20.3 CE relativa al control parlamentario de los medios. Todo ello con la dificultad misma de delimitación de lo que deban considerarse «grupos sociales y políticos significativos».

El derogado Estatuto de la Radio y la Televisión establecía de forma imprecisa la puesta a disposición de espacios en los distintos medios a favor de los grupos sociales y políticos *más* significativos, restringiendo el alcance subjetivo de la garantía tal y como aparece en el art. 20.3 CE. Frente a este modelo reacciona respecto de la radiotelevisión pública estatal la Ley 17/2006, cuyo art. 28 —apenas modificado por la Ley 7/2010, que no introduce previsión específica alguna respecto de esta cuestión— pretende hacer factible el derecho de acceso a su programación tanto de «manera global» —para los grupos sociales y políticos significativos «como fuentes y portadoras de información y opinión en el conjunto de la programación»— como, de «manera directa», a través de la atribución de espacios específicos fijados por el Consejo de Administración, oído el Consejo Asesor, aun sin carácter vinculante. Este órgano asesor se pretende configurar, no en vano, como «órgano de participación de la sociedad en la Corporación», lo

que resulta dudoso a la vista de los términos en que se ha concretado su composición (art. 23, modificado por el ya mencionado Real Decreto-Ley 15/2012 para incorporar un consejero designado de común acuerdo por todos los sindicatos con implantación en la Corporación RTVE). Debe reconocerse, en todo caso, que el hecho mismo de que haya sido constituido ya de forma efectiva es un paso adelante respecto del precedente al que dio lugar el Estatuto derogado, que contemplaba la creación de unos Consejos Asesores que nunca llegaron a constituirse. En todo caso, el Consejo de Administración ha aprobado finalmente, en fecha indeterminada, en cumplimiento del art. 16.2.o), unas directrices al respecto, a las que completa un Reglamento que establece el procedimiento de acceso reconocido a favor de grupos políticos, sindicatos de implantación estatal o autonómica, confesiones religiosas y asociaciones y entidades de interés social sin ánimo de lucro, con especial atención a aquellas que trabajen a favor de los colectivos más desfavorecidos. Este Reglamento se aprobó con carácter provisional a la espera de que se creara la Autoridad Audiovisual a la que apelaba la DT 6.^a de la Ley 17/2016, si bien la Ley 3/2013 no ha atribuido a la ya mencionada CNMC ninguna competencia al respecto. Con todo, la previsión de una doble convocatoria anual para la presentación de propuestas de acceso, a concretar, sea en la programación general, sea en una específica, no parece que esté resultando especialmente eficaz.

Sea como fuere, para el caso específico de los **períodos electorales**, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, en su Sección 6.^a del Capítulo VI del Título I (arts. 59 a 67), a la que se suma el art. 188 para las elecciones municipales, establece una serie de previsiones acerca de la utilización de los medios de comunicación durante la campaña electoral cuyos principios básicos ya quedaron establecidos en el art. 14 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, que mantiene su vigencia. Ta-

les previsiones, que en la redacción original de la Ley se predicaban exclusivamente de los medios públicos, se han visto extendidas, en más de un aspecto, a los privados por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, que confesadamente incorpora criterios establecidos por la Junta Electoral Central y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (de entre cuyas decisiones resulta muy elocuente la recentísima de 18 de abril de 2018: STC 1436/2018).

Conforme a estas previsiones, a las que se remite el art. 26 de la Ley 17/2006, si bien queda expresamente prohibida la contratación de espacios de publicidad en los medios públicos —como ocurre en los privados—, solo en aquellos **se reconoce un derecho a obtener espacios gratuitos a los partidos, federaciones o coaliciones en función del número total de votos obtenidos en las anteriores elecciones equivalentes**, a los efectos de lo cual se establecen muy proliferas previsiones. **Las competencias en la materia corresponden a la Junta Electoral Central, a propuesta de una Comisión de Radio y Televisión**, integrada por un representante de cada partido, federación o coalición con *representación* en el Congreso de los Diputados, que votará de forma proporcional a su representatividad (así se refleja, de hecho, por mencionar la más reciente, en la Instrucción de la Junta Electoral Central 2/2016, de 19 de mayo). En todo caso se refuerzan las garantías en período electoral, por cuanto no solo se deberá asegurar el pluralismo político y social y la neutralidad informativa, sino también la igualdad y proporcionalidad en la programación de los medios de comunicación de titularidad pública, según establece el art. 66 en la redacción dada por la LO 2/2011.

Las competencias de la Junta Electoral Central podrán ser delegadas en las Juntas Electorales Provinciales en relación con los medios autonómicos y locales. Respecto de estos últimos habrán de tomarse, además, en cuenta las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, reguladora de la publicidad electoral en emisoras municipa-

les de radiodifusión sonora, y la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres. Y ello en el bien entendido de que, en todo caso, el contenido de las emisiones debe, obviamente, respetar los límites establecidos para las libertades de expresión e información en el ap. 4 del art. 20 CE, tal y como hubo de recordar el Tribunal Constitucional en su STC 136/1999, de 20 de julio.

Esta regulación ha sido objeto de críticas por cuanto se limita a respetar el *statu quo* entre las fuerzas políticas decantado en los procesos electorales precedentes

(GONZALO GONZÁLEZ, 1994, 317-320, y SÁNCHEZ FERRIZ, 1990, 107-108). Criterio este que, sin embargo, **el Tribunal Constitucional no ha dejado de bendecir en su STC 63/1987**, que al plantearse si el art. 14.1.a) de la Ley Orgánica 2/1980, aplicado en el acto recurrido en amparo, podría contradecir el art. 20.3 CE afirma «que la “representación” parlamentaria de los grupos políticos que se toma como criterio a estos efectos sea la “obtenida”, como la propia Ley dice, en las “últimas elecciones generales” —no, por lo tanto, la que después haya podido adquirirse en virtud de actos individuales de afiliación—, tiene, por otro lado, un sólido fundamento en la *ratio* misma de la regulación legislativa, orientada a actualizar, en este punto, la previsión genérica que, como vimos, se recoge en el art. 20.3 de la Constitución. Pretende allí la Norma Fundamental que por la Ley se asegure a los grupos sociales y políticos “significativos” su acceso a los medios públicos de los que ahora se trata y es de todo punto claro que esa cualificación constitucional —la “significación” por la “representación” en las Cámaras— no la muestran los grupos políticos sino cuando los mismos se hallen presentes en el Parlamento a resultas de los sufragios que en su día recabaron ante el cuerpo electoral, porque solo en tal caso esa presencia parlamentaria que la Ley exige será indicativa —“significativa”, en la expresión constitucional— del arraigo o implantación del grupo en cuestión entre el electorado. Fuera de esta hipótesis, que es la común, la

ulterior integración de parlamentarios en un grupo político que no presentó candidatos propios en las anteriores elecciones, o que no logró conseguir para ellos el apoyo del cuerpo electoral, podrá ser relevante a efectos de la organización y funcionamiento interno de las Cámaras, según dispongan sus reglamentos, pero no en lo relativo a la determinación de la significación del grupo mismo, que no recabó o no obtuvo de los ciudadanos los sufragios que hubieran podido llevarle como organización en la que se hubieran encuadrado candidatos electos, hasta las instituciones públicas representativas» (FJ 7).

No deja de advertir, en todo caso, el Tribunal que esta regulación «no es la única concebible dentro del marco constitucional». Lo que podría animar a emprender una reforma que, al margen de los criterios subjetivos establecidos, **unificara la regulación respecto de todos los medios públicos de comunicación y sin limitarse a los períodos electorales.** La Ley 7/2010 ha perdido esta oportunidad, a pesar de su vocación sistematizadora y omnicomprensiva, por lo que sigue pendiente una regulación que incorpore plenamente los *nuevos* medios de comunicación —particularmente los de base electrónica—, cuya utilización como soporte de propaganda electoral se ha hecho evidente, hasta el punto de forzar la aprobación por la Junta Electoral Central de la Instrucción 4/2007, de 12 de abril, para, entre otras cosas, reconducir a las reglas del art. 56.2 LOREG la puesta a disposición, por las Corporaciones locales, de espacios en sus «soportes electrónicos» a las distintas formaciones políticas durante los períodos electorales o de referéndum. Se podría decir, a este respecto, que la propia naturaleza de los medios de comunicación electrónicos facilita la creación de medios propios y, en consecuencia, reduce la importancia de mantener medios públicos o, en todo caso, de facilitar el acceso a los que existan de los grupos sociales y políticos significativos. Argumento este que no debe ocultar que, frente a la proliferación de medios que las nuevas tecnologías facilitan, con el consiguiente flujo indiscrimi-

nado de información y opinión, no es descartable que se produzca un efecto de reforzamiento de los medios que, de forma selectiva, guíen al receptor en la *maraña* informativa, dotando de nueva entidad y virtualidad a las garantías del 20.3 CE. Este es un reto al que el legislador y, en otro plano, el Tribunal Constitucional se deberán enfrentar, probablemente más pronto que tarde.

Queda para el final un brevísimo apunte sobre el alcance con el que el legislador estatal ha contemplado la materialización del **objetivo de garantía del pluralismo lingüístico** que cierra el precepto que comentamos. Alcance

bien limitado en el marco de la Ley 17/2006, que, después de apelar a esta forma peculiar de pluralismo al identificar las funciones de servicio público de la Corporación estatal [art. 3.2, aps. e), g) y n)], se limita a especificar que las desconexiones de la programación general que se produzcan para «proveer de contenidos regionalizados a la realidad estatal» se harán en la «lengua propia de las Comunidades Autónomas» (art. 7.4). Y ello sin perjuicio de las extensas provisiones que respecto de la utilización de las lenguas cooficiales en los medios públicos de su propio ámbito territorial se recogen en las distintas leyes autonómicas de política lingüística (CARLÓN, 2000, 385-395).

BIBLIOGRAFÍA

CARLÓN RUIZ, M., *Régimen jurídico de las telecomunicaciones: una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000.

ESTEVE PARDO, J., «Servicio público de televisión y garantía de las instituciones de la opinión pública libre», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 123, 1990.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El paisaje televisivo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GONZALO GONZÁLEZ, M., «Los medios de comunicación en el proceso electoral», en AA. VV., *Estudios sobre Derecho de la Información*, UNED, Madrid, 1994, págs. 302 y ss.

LÓPEZ RAMÓN, F., «La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 34, 1982, págs. 386 y ss.

MALARET I GARCÍA, E. y TIMÓN, M., «Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el sector audiovisual», en CARLÓN RUIZ, M., *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.

MAGDALENO ALEGRÍA, A., «El derecho de acceso a los medios de comunicación públicos de los grupos sociales y políticos significativos en el Estado social y democrático de Derecho», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, págs. 223 y ss.

MONTORO FRAGUAS, A., *El derecho de acceso a la radiotelevisión pública*, Dykinson, Madrid, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. y BACIGALUPO, M., «Comentario al art. 20.3», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1997, tomo II, págs. 557 y ss.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., «El control de las radiotelevisiónes públicas», en AA. VV., *Las radiotelevisiónes en el espacio europeo*, RTVV, Valencia, 1990, págs. 99 y ss.

Artículo 21

1. *Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*

2. *En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

Sumario: I. Generalidades. II. La concepción estricta del derecho de reunión. III. Titularidad del derecho de reunión. IV. Modalidades y elementos generales del derecho de reunión. V. Requisitos específicos de las reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público. VI. El procedimiento jurisdiccional especial en materia de reunión y manifestación. VII. Referencia a los límites penales del derecho de reunión.

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ

PRESIDENTE DE LA SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. GENERALIDADES

El primer reconocimiento expreso del derecho de reunión en el constitucionalismo español se encuentra en la Constitución de 1869, cuyo art. 17 establecía —entre otras cosas— que ningún español podrá ser privado «del derecho de reunirse pacíficamente». Y el sucesivo art. 18 decía: «Toda reunión pública estará sujeta a las disposiciones generales de policía. Las reuniones al aire libre y las manifestaciones políticas solo podrán celebrarse de día». Más parca es la Constitución de 1876, cuyo art. 13 —por lo que aquí importa— se limitaba a reconocer el ya conocido derecho «de reunirse pacíficamente». En fin, el art. 38 de la Constitución de 1931 afirmaba: «Queda reconocido el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas. Una ley especial regulará el derecho de reunión al aire libre y el de manifestación». Hasta aquí los antecedentes históricos del art. 21 CE.

A nivel supranacional, el derecho de reunión y manifestación está actualmente consagrado tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en ambos casos junto con el derecho de asociación y la libertad sindical. En efecto, el ap. 1.º del art. 11 CEDH dice: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Y en su ap. 2.º se puntualiza que el Convenio Europeo «no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado». Por su parte, el art. 12 CDFUE establece en su ap. 1.º: «Toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindi-

cal y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».

El art. 21 CE encontró un temprano desarrollo legislativo en la muy clara y concisa Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, aún vigente. Sobre determinados aspectos del derecho fundamental de reunión y manifestación inciden también, como se verá más adelante, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como el Código Penal y la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. No obstante, las páginas siguientes se limitarán a examinar los problemas específicamente constitucionales que suscita el mencionado derecho fundamental, sin intentar una exposición exhaustiva de su régimen jurídico; algo que quedaría fuera de lugar en un comentario a la Constitución.

II. LA CONCEPCIÓN ESTRICTA DEL DERECHO DE REUNIÓN

Aunque se trata de un derecho fundamental autónomo, el derecho de reunión y manifestación está íntimamente relacionado tanto con el derecho de asociación como con la libertad de expresión. Con el derecho de asociación tiene en común consistir en una agrupación de personas guiadas por un mismo fin; pero la diferencia estriba en que, mientras las asociaciones tienen vocación de estabilidad o permanencia, las reuniones y manifestaciones tienen carácter esporádico. Con la libertad de expresión tiene en común ser un medio de difusión de ideas y opiniones; pero la diferencia radica en que, mientras la libertad de expresión suele ser de ejercicio individual, el derecho de reunión y manifestación es necesariamente de ejercicio colectivo: nadie puede reunirse o manifestarse solo.

Lo anterior ayuda a comprender que la jurisprudencia constitucional suela caracterizar el derecho de reunión y manifestación alrededor de dos elementos: primero, una concu-

rrencia concertada de personas; y, segundo, un fin externo al hecho mismo de reunirse (STC 85/1984). Este dato es muy importante porque ha permitido al Tribunal Constitucional afirmar que no es el fin lo que legitima la reunión sino, por el contrario, la reunión lo que legitima el fin. En otras palabras, el hecho de concurrir concertadamente en un lugar es ejercicio del derecho de reunión y manifestación únicamente cuando se persiguen ciertos fines; fines que, de alguna manera, han de estar relacionados con la difusión de ideas y opiniones. Ello conduce a dejar fuera del ámbito del derecho de reunión y manifestación determinados fenómenos colectivos o, en su caso, a justificar ciertas restricciones. Así, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la organización de cuestaciones y mesas petitorias no está cubierta por el derecho de reunión y manifestación, quedando totalmente sometida a lo que disponga el legislador (STC 85/1988); y ha admitido, asimismo, que el legislador limite la posibilidad de celebrar reuniones en centros de trabajo o en dependencias públicas, ya que el destino de estos lugares puede ser ajeno al fin perseguido al reunirse (SSTC 18/1981 y 91/1983).

De cuanto precede se desprende que la jurisprudencia constitucional tiende a adherirse a una concepción estricta del derecho de reunión y manifestación. El valor o bien jurídico protegido parece estar más próximo de la libre circulación de ideas, como necesidad inherente a toda sociedad democrática, que de la genérica sociabilidad humana. Es dudoso que esta orientación esté justificada, ya que hay formas de concurrencia concertada que, si bien ajenas a los asuntos públicos, pueden merecer algún grado de protección constitucional. Piénsese, por ejemplo, en las verbenas populares o en los espectáculos al aire libre. Tal vez sería mejor, al igual que suele hacerse con la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, enfocar el derecho de reunión y manifestación como una escala, en la que el mayor o menor grado de protección vendría determinado por la relevancia pública del fin perseguido por los reunidos. Ello

permitiría no dejar totalmente en manos del legislador aquellos casos en que la concurrencia concertada es ajena a la difusión de ideas, de manera que fuera exigible que la intervención legislativa superara un test de proporcionalidad. Este, por lo demás, parece ser el enfoque de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión, cuyo art. 2 dispone que «se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica» en toda una serie de supuestos (reuniones en domicilios privados, reuniones por razones de amistad, reuniones en sedes de empresas, partidos y sindicatos, etc.). Este precepto legal da a entender que, si bien con menor intensidad, se está en presencia del derecho de reunión.

III. TITULARIDAD DEL DERECHO DE REUNIÓN

Titulares del derecho de reunión y manifestación son todas las personas físicas. También los extranjeros (STC 115/1987), incluso si se hallan en situación irregular en España (STC 236/2007). Hay que entender, así, que el derecho de reunión y manifestación está directamente vinculado a la dignidad humana (art. 10.1 CE).

Cuestión diferente es si el legislador puede legítimamente restringir el derecho de reunión y manifestación de determinadas categorías de personas, como son señaladamente algunas autoridades y empleados públicos. Es cierto que la Constitución nada dice expresamente a este respecto. No obstante, por poner el ejemplo más evidente, parece perfectamente justificado que quienes están sometidos a disciplina militar no puedan manifestarse, aunque solo sea porque son el brazo armado del Estado. Más dudoso es que quepa la restricción con respecto a otros tipos de empleados públicos: habrá que estar, en todo caso, al principio de proporcionalidad, tomando en la debida consideración si ostentan potestades públicas y si la finalidad perseguida es puramente corporativa.

IV. MODALIDADES Y ELEMENTOS GENERALES DEL DERECHO DE REUNIÓN

En el art. 21 CE se usan dos palabras: «reunión» y «manifestación». La finalidad es seguramente poner de relieve que este derecho fundamental puede ser ejercido tanto en un lugar fijo, como discurriendo a lo largo de un itinerario. Pero el derecho es siempre el mismo y su contenido se halla condensado en el ap. 1.º del dicho precepto constitucional: «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa».

Hay otra distinción, en cambio, que tiene mayor relevancia: reuniones en lugar cerrado, frente a reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones. Aquí el dato decisivo no es si los reunidos se mueven o no, sino dónde se reúnen. Esta distinción se halla en el ap. 2.º del art. 21 CE: «En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». Se impone, así, un requisito adicional al ejercicio del derecho en lugares de tránsito público, en el bien entendido de que, en todo lo demás, el tratamiento constitucional del derecho de reunión y manifestación es el mismo cualquiera que sea el lugar donde se ejerza. Obsérvese que, mientras las reuniones en sentido propio pueden ser en lugar cerrado o en lugar de tránsito público, las manifestaciones solo pueden realizarse, por definición, en lugar de tránsito público.

Común a ambas modalidades de este derecho fundamental es que la reunión o manifestación debe ser «pacífica y sin armas» y que «no necesitará de autorización previa». Si la reunión o manifestación no es pacífica, no goza de la protección del art. 21 CE; es decir, no constituye legítimo ejercicio del derecho fundamental y, por tanto, queda a lo que disponga la legalidad ordinaria para ese tipo de si-

tuaciones. Así, el art. 5 LODR prevé que la autoridad gubernativa procederá a disolver reuniones y manifestaciones, previa comunicación a los interesados para que se disuelvan voluntariamente, en tres supuestos: primero, cuando sean ilícitas según las leyes penales; segundo, cuando produzcan alteraciones del orden público; y tercero, cuando los asistentes hagan uso de uniformes militares.

En cuanto a la no exigencia de autorización previa, es asimismo rasgo común a ambas modalidades del derecho de reunión: para reunirse o manifestarse no es necesario el visto bueno de la autoridad gubernativa. No obstante, en este punto es importante hacer una precisión: cuando una concurrencia concertada de personas queda fuera del art. 21 CE, deja de operar la exención constitucional de autorización previa. Y poniendo este extremo en conexión con lo ya expuesto sobre la concepción estricta del derecho de reunión, hay que concluir que no está constitucionalmente excluido que la ley pueda exigir autorización previa para no pocos acontecimientos públicos (corridas de toros, eventos deportivos, conciertos de música pop, etc.). Debe señalarse, no obstante, que esta misma concepción estricta opera a veces en sentido favorable a la máxima efectividad del derecho de reunión: cuando se trata de legítimo ejercicio de dicho derecho fundamental, este no puede verse enervado ni entorpecido por el llamado derecho de «contramanifestación»; esto es, el derecho de quienes sostienen ideas opuestas a manifestarlas públicamente no justifica la imposición gubernativa de restricciones a la manifestación originariamente prevista (STEDH *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria* de 21 de junio de 1988 y STC 59/1990).

V. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LAS REUNIONES Y MANIFESTACIONES EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO

Por lo que hace específicamente a las reuniones y manifestaciones en lugar de tránsito pú-

blico, el ap. 2.º del art. 21 CE establece el requisito de comunicación previa a la autoridad gubernativa. Este requisito no puede ser visto como una excepción a la mencionada regla general de la no exigencia de autorización previa. Ello significa que la reunión o manifestación en lugar de tránsito público será legítima siempre que se haya comunicado dentro del plazo legalmente señalado: entre treinta y diez días antes o, en casos urgentes, al menos con veinticuatro horas de antelación (art. 8 LODR). Y será legítima incluso si la autoridad gubernativa no ha dado respuesta alguna a la comunicación.

Es importante precisar a este respecto que las medidas que la ley permite adoptar a la autoridad gubernativa son «prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación» y que habrán de tomarse motivadamente «en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación» (art. 10 LODR). El Tribunal Constitucional ha entendido que el incumplimiento de dicho plazo por parte de la autoridad gubernativa no supone por sí solo una vulneración del derecho fundamental de reunión; y ello porque se trata de un plazo establecido por la ley, no por la Constitución misma (STC 24/2015). Ni que decir tiene que ello puede ser relevante a efectos del recurso de amparo.

Así las cosas, es claro que la finalidad de la comunicación previa estriba simplemente en que la autoridad gubernativa pueda adoptar, si lo estima necesario, las medidas pertinentes para salvaguardar el orden público. Es cierto que entre tales medidas puede estar, como queda dicho, la prohibición de la reunión o manifestación en lugar de tránsito público; pero que la Constitución permita excepcionalmente prohibir una concreta manifestación por justificadas razones de orden público es, por supuesto, algo muy distinto de imponer un deber general de previa autorización gubernativa de todas las manifestaciones. Y en este orden de consi-

deraciones resulta muy importante destacar que, tal como se desprende de la simple lectura del inciso final del ap. 2.º del art. 21 CE, la expresión «orden público» tiene aquí un sentido puramente material o externo; esto es, temor fundado y razonable —no mera sospecha— de riesgo para la incolumidad de las personas o los bienes (SSTC 36/1982, 101/1985 y 68/2005, así como STEDH *Stankov c. Bulgaria* de 2 de octubre de 2001).

En esta materia, la jurisprudencia constitucional impone a la autoridad gubernativa una observancia particularmente escrupulosa del principio de proporcionalidad (SSTC 59/1990, 66/1995 y 42/2000). Ello se proyecta en varios sentidos:

1.º La noción de lugar de tránsito público ha de interpretarse estrictamente, como sinónimo de espacio abierto a la generalidad de las personas (STC 196/2002).

2.º El mero incumplimiento del requisito de la comunicación previa no justifica por sí solo la prohibición de la manifestación, ni menos aún el uso de la fuerza. Tales medidas solo estarán justificadas si, habida cuenta de las circunstancias, son necesarias para la salvaguardia del orden público.

3.º La colisión con la libertad de circulación no debe ser automáticamente resuelta a favor de esta última. Este extremo es significativo: las molestias para el tráfico han de entenderse, en la sociedad urbana actual, como una carga inherente al derecho de reunión y manifestación, siempre que, naturalmente, por su gravedad no alcancen el nivel de alteración del orden público (SSTC 110/2006, 275/2006 y 31/2007).

4.º Siempre que no suponga una amenaza para el orden público, la autoridad gubernativa no puede vetar o condicionar el modo de manifestarse elegido por los promotores. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado lesiva del art. 21 CE, por despropor-

cionada, la prohibición de que en una manifestación se instalaran mesas informativas (STC 99/2004). Y en esta misma línea, ha dicho que la reiteración periódica de manifestaciones para sostener una determinada reclamación es legítima, pues el objetivo perseguido puede no quedar satisfecho con una única manifestación (STC 24/2015). Pero, tratándose de manifestaciones diarias en una misma localidad, cabe un condicionamiento motivado tendente a preservar otros valores constitucionalmente relevantes (STC 193/2011).

5.º Tampoco es conforme al principio de proporcionalidad que la autoridad gubernativa o incluso las Juntas Electorales prohíban manifestaciones por el mero hecho de producirse en período electoral. La prohibición de manifestaciones por razones atinentes a la legislación electoral debe entenderse referida a aquellas que busquen la captación de votos (SSTC 170/2008, 37/2009, 38/2009 y 96/2010).

En esta sede debe hacerse referencia, en fin, al ap. 1.º del art. 77 CE: «Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas». La finalidad de esta norma es clara. Se trata de evitar presiones indebidas, cuando no coacciones, a quienes ostentan la representación popular. Manifestarse ante una asamblea legislativa, estatal o autonómica, puede ser constitutivo de delito si ello altera el normal funcionamiento parlamentario (arts. 494 y 495 CP). Pero, en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no existe una prohibición general de manifestaciones ante las sedes parlamentarias. No hay, por ejemplo, un perímetro alrededor de las sedes parlamentarias dentro del cual está siempre prohibido manifestarse. Con todo, el riesgo de que sean perturbados los trabajos parlamentarios puede ser razón justificada para que la autoridad gubernativa prohíba una manifestación cerca de una sede parlamentaria.

VI. EL PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL ESPECIAL EN MATERIA DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Normalmente las reuniones y manifestaciones en lugar de tránsito público solo tienen sentido en un momento y en un sitio determinados, por lo que es importante poder resolver las eventuales diferencias con la autoridad gubernativa en tiempo hábil. De aquí que el derecho de reunión y manifestación posea un procedimiento específico de protección judicial, caracterizado por su rapidez y su cognición limitada. En la actualidad, está regulado en el art. 122 LJCA, como una variante del procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales. Se trata, en sustancia, de un procedimiento que puede ser iniciado, ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia, por los promotores de una reunión o manifestación cuando la autoridad gubernativa la haya prohibido, o haya ordenado la modificación del momento o el lugar. El plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo es de cuarenta y ocho horas desde la notificación, y el procedimiento debe sustanciarse dentro del plazo improrrogable de cuatro días. La Sala oír a los recurrentes, al representante de la autoridad gubernativa y, por tratarse de asunto relativo a derechos fundamentales, también al Ministerio Fiscal. Decidirá inmediatamente, sin que quepa ulterior recurso, salvo por supuesto el recurso de amparo. La decisión judicial solo podrá confirmar o revocar la resolución impugnada; lo que significa que no cabe adoptar otras soluciones, como, por ejemplo, un itinerario alternativo al dispuesto por la autoridad gubernativa.

VII. REFERENCIA A LOS LÍMITES PENALES DEL DERECHO DE REUNIÓN

Como se vio más arriba, el art. 5 LODR faculta a la autoridad gubernativa a disolver aquellas reuniones y manifestaciones que sean ilícitas según las leyes penales. Ello significa que el ordenamiento español contempla la posibilidad

de que ciertos modos abusivos de reunirse y manifestarse merezcan una sanción penal. Este punto es importante. Obsérvese que no se trata solo de que determinadas reuniones y manifestaciones —por ejemplo, aquellas en que se usan uniformes militares— no son ejercicio legítimo del derecho fundamental consagrado en el art. 21 CE y, por consiguiente, no gozan de la protección de este. Aquí hay algo más: a fin de salvaguardar otros bienes jurídicos, determinadas reuniones y manifestaciones abusivas pueden ser sancionadas penalmente.

Las normas relevantes a estos efectos son los arts. 513 y 514 CP, según los cuales las reuniones y manifestaciones son constitutivas de delito en los siguientes supuestos: *A)* Perseguir un fin delictivo. *B)* Utilizar armas. *C)* Ejercer violencia contra las personas. *D)* Celebrar la manifestación a pesar de haber sido prohibida por la autoridad gubernativa.

Debe subrayarse, además, que también se tipifica como delito el hecho de impedir o perturbar el legítimo ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Aquí el recurso a la legislación penal ya no tiene por finalidad reprimir reuniones o manifestaciones no cubiertas por el art. 21 CE, sino tutelar el legítimo ejercicio del derecho fundamental consagrado por ese precepto constitucional. En otras palabras, aquí el bien jurídico protegido es el derecho de reunión mismo.

Pues bien, dejando de lado la exégesis de los mencionados preceptos del Código Penal, que no corresponde a esta sede, conviene señalar que el establecimiento de límites penales al derecho fundamental de reunión y manifestación carece de una base constitucional expresa; es decir, la Constitución no dispone que las reuniones y manifestaciones abusivas deban ser reprimidas penalmente. Pero la verdad es que solo en contadas ocasiones —y sin seguir un criterio general identificable— exige expresamente la Constitución que determinadas conductas se tipifiquen como delito. Esto ocurre con las lesiones del medio ambiente y del patrimonio histórico-artístico (arts. 45 y 46 CE).

En materia de derechos fundamentales, el único ejemplo de previsión explícita de límites penales viene dado por las asociaciones ilegales a que se refiere el art. 22 CE. Que entre las asociaciones ilegales y las reuniones ilegales hay cierta similitud es poco discutible, de manera que el art. 22 CE podría dar cobertura constitucional a la tipificación como delito de ciertos modos de reunirse y manifestarse. Pero más importante aún en este orden de consideraciones es que la inexistencia de una base constitucional expresa para el establecimiento de sanciones penales no se ha interpretado nunca como una prohibición constitucional de las mismas, sobre todo habida cuenta de la ya mencionada parquedad de la Constitución a propósito de las conductas merecedoras de ser tipificadas como delito. Y ello vale incluso en materia de ejercicio abusivo de derechos fundamentales. Por ejemplo, nadie ha puesto seriamente en duda que la proclamación de la libertad de expresión e información impida la existencia de los delitos de injurias y calumnias.

Debe reconocerse, así, que el legislador dispone de cierto margen de apreciación para dar una respuesta penal a aquellas reuniones y manifestaciones que, sin ser legítimo ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 21 CE, implican además una lesión seria de bienes jurídicos dignos de protección. Lo exigible a este respecto, tal como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que la utilización del *ius puniendi* se ajuste al principio de proporcionalidad (STEDH *Ezelin c. Francia* de 26 de abril de 1991) y, desde luego, que no suponga un control ideológico so-

bre la finalidad de las manifestaciones (STEDH *Ivanov c. Bulgaria* de 20 de octubre de 2005 y *Partido Demócrata Cristiano Popular c. Moldavia* de 14 de febrero de 2006).

Cuestión distinta es que la respuesta del legislador a esa clase de reuniones y manifestaciones no se realice por la vía propiamente penal, sino mediante sanciones administrativas. Esto es lo que ha hecho la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, despectivamente calificada por algunos como la «ley mordaza». Por lo que aquí importa, en sus arts. 35 a 37 se tipifican como infracciones administrativas —con diversos grados de gravedad— varios supuestos: reuniones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones básicas, manifestaciones ante asambleas legislativas con perturbación de la seguridad ciudadana, reuniones y manifestaciones celebradas sin cumplir lo preceptuado por la Ley Orgánica del Derecho de Reunión. Estos preceptos, junto con otros de la Ley Orgánica 4/2015, han sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad, que están aún pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional. Y en este punto, el problema constitucional no estriba solo en el respeto al principio de proporcionalidad —que, siendo exigible para los delitos, *a fortiori* lo es para las infracciones administrativas—, sino en la admisibilidad misma de que sea la Administración quien sancione; algo que tiene mucho que ver con la visión que se mantenga del papel del juez en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, así como con los eventuales límites a la despenalización de las vulneraciones menos graves del orden general.

BIBLIOGRAFÍA

BILBAO UBILLOS, J. M., «Ordenanzas municipales y derecho de manifestación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «Diversos problemas en torno al ejercicio del derecho de reunión y manifestación», en *XII Jornadas de Estudio sobre la Constitución Española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

FANLO LORAS, A., «El derecho de reunión y manifestación: régimen jurídico», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994.

GAVARA DE CARA, J. C., *El sistema de organización del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Derecho de manifestación, representación política y juez penal*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2003.

SAINZ MORENO, F., «Reuniones y manifestaciones ante la sede de los Parlamentos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002.

TORRES MURO, I., *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991.

VIDAL MARÍN, T., «El derecho de reunión y manifestación», *Parlamento y Constitución*, núm. 1, 1992.

Artículo 22

1. *Se reconoce el derecho de asociación.*
2. *Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.*
3. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*
4. *Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*
5. *Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.*

Sumario: I. La constitucionalización de un derecho problemático. II. El derecho de asociación como derecho subjetivo y como elemento estructural básico del Estado. 1. La libertad subjetiva de asociación. 2. El derecho de asociación como elemento estructural básico del Estado social y democrático de Derecho. III. El concepto constitucional de asociación. 1. Unión de personas. 2. Voluntariedad. 3. Vínculo organizativo estable. 4. Los fines. A) La comunidad de fines como elemento de integración. B) La problemática de las sociedades civiles y mercantiles. IV. Titulares del derecho. V. El contenido constitucionalmente garantizado por el derecho. 1. La dimensión individual del derecho. A) Contenido positivo. B) Contenido negativo. 2. La dimensión colectiva. 3. La colisión entre derechos de los socios y derechos de la asociación y el control judicial de la vida interna de las asociaciones. VI. El papel del Registro. VII. Asociaciones ilícitas. 1. Asociaciones secretas y paramilitares. 2. Asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito. VIII. Asociación y ley. Ley estatal y ley autonómica.

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE UN DERECHO PROBLEMÁTICO

El art. 22 de la Constitución de 1978 supuso el pleno y efectivo reconocimiento del derecho de asociación, un derecho que, a pesar de su proclamación en anteriores Textos Constitu-

cionales, se había visto sometido a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX a importantes **restricciones y controles**. El prejuicio liberal hacia los llamados «cuerpos intermedios», primero, y los temores conservadores frente a las asociaciones políticas, después, hicieron que, a pesar de que el derecho a aso-

ciarse viniera formalmente reconocido en las Constituciones de 1869 y 1876, durante todo el siglo XIX y buena parte del XX su ejercicio estuviera sometido a un **estricto control político**: ninguna asociación podía nacer sin el visto bueno de la autoridad gubernativa y esta ostentaba importantes facultades de suspensión e, incluso, de disolución.

Estos prejuicios, compartidos por otros países de Europa, fueron en general superados tras la II Posguerra y, asimismo, el derecho de asociación aparece consagrado en los **textos internacionales** sobre derechos humanos (art. 20 DUDH, art. 11 CEDH o, más recientemente, art. 12 CDFUE). Sin embargo, y por razones bien conocidas, la hostilidad hacia las asociaciones se prolongó en España hasta bien entrada la Transición y solo fue definitivamente superado con la Constitución de 1978, que se sumó así a las modernas Constituciones que, en palabras del Tribunal Constitucional, han supuesto «la **superación del recelo** con que el Estado liberal contempló el fenómeno asociativo» (STC 115/1987, FJ 3). Es más, cabe afirmar que nuestro constituyente ha sido especialmente sensible al fenómeno asociativo al reconocer de una manera amplia el derecho de asociación y al dar, además, cobertura constitucional expresa a determinados tipos de asociaciones: partidos políticos (art. 6), sindicatos (arts. 7 y 28), asociaciones empresariales (art. 7), comunidades religiosas (art. 16), organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51.2), organizaciones profesionales (art. 52) y sociedades cooperativas (art. 129). Estos tipos, a pesar de las peculiaridades que les son propias, son manifestación del derecho de asociación y tienen por ello su régimen general en el art. 22 CE, pues, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, «el art. 22.1 CE reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que **este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo** en sus muchas manifestaciones y modalidades (SSTC 67/1985, 23/1987 y 56/1995)» (STC 5/1996, FJ 6).

El art. 22 CE es, por tanto, **norma común** a toda manifestación asociativa y, por ello mismo, contiene también el **régimen jurídico básico** de todas ellas. Toda asociación, cualquiera que sea su forma jurídica, nace de la libre voluntad de los socios (ap. 1), requiriéndose la inscripción a los solos efectos de publicidad (ap. 3), goza de la garantía judicial para su suspensión y disolución (ap. 4), no puede perseguir fines ni utilizar medios tipificados como delito (ap. 2) ni organizarse como una asociación secreta o paramilitar (ap. 5). Quizá es este cierto grado de detalle del art. 22 CE lo que explica que durante más de veinte años el derecho de asociación haya podido desenvolverse sin que se sustituyera la Ley de 1964, que debió, eso sí, reinterpretarse —y en muchos casos *reconstruirse*— desde los nuevos valores constitucionales. La **Ley Orgánica 1/2002**, de 22 de marzo, vino a satisfacer —aunque con algunos problemas, como se irá exponiendo a lo largo de este comentario— una necesidad muchas veces puesta de relieve, procediendo, de un lado, al desarrollo del derecho y regulando, de otro, el tipo asociativo básico. Junto a ella se sitúan un número cada vez más importante de **leyes autonómicas** dictadas al amparo de la competencia asumida en algunos Estatutos de Autonomía sobre determinados tipos asociativos. La correcta articulación de ambas potestades legislativas ha suscitado no pocos problemas sobre los que habrá que volver al final de estas páginas.

Por lo que se refiere a los **desarrollos jurisprudenciales**, cabe señalar que, aunque el número de sentencias del Tribunal Constitucional no es excesivamente elevado, sí existe ya un cuerpo de doctrina relativamente importante sobre los distintos aspectos del derecho: papel del Registro (SSTC 85/1986, 291/1993 y 219/2001), titularidad del derecho por los extranjeros (SSTC 115/1987 y 236/2007), los derechos del socio frente a la asociación, y más en concreto, las garantías frente a la expulsión (SSTC 218/1988, 96/1994, 56/1995, 42/2011 y 226/2016), el alcance de la libertad negativa de asociación (SSTC 5/1981, 67/1985, 131/1989,

132/1989, 183/1989, 244/1991, 113/1994, 179/1994, 107/1996, 194/1998, 76/2003 y 225/2006, entre otras) y de su dimensión colectiva (SSTC 96/1994, 104/1999 y 219/2001), el alcance de la reserva a ley orgánica y la articulación entre la ley estatal y las leyes autonómicas en materia de asociaciones (SSTC 173/1998, 133/2006 y 135/2006) y, más recientemente, la ilicitud constitucional de las asociaciones, cuestión suscitada con motivo de la aprobación, y subsiguiente impugnación, de la vigente Ley Orgánica de Partidos Políticos (STC 48/2003) así como de su aplicación (SSTC 5/2004 y 31/2009).

II. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO Y COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL BÁSICO DEL ESTADO

El derecho de asociación es uno de los tradicionales **derechos de libertad**; sin embargo, en el propio tenor del art. 22 CE ya se aprecia de manera clara una **doble función o naturaleza**: de un lado, se trata —como los demás derechos fundamentales— de un **derecho subjetivo** cuya titularidad corresponde a la persona individual, aunque estemos ante un derecho cuyo ejercicio requiere la concurrencia de otras personas. Pero al mismo tiempo, y es esta una peculiaridad del derecho de asociación en la que necesariamente se ha de insistir, del ejercicio del derecho surge una **nueva entidad —la asociación—, que también viene protegida por la Constitución**.

1. La libertad subjetiva de asociación

En una primera aproximación, el derecho de asociación garantiza la libertad de unirse con otras personas, de forma estable, para la consecución de determinados fines. Por tratarse de **«una de las libertades públicas capitales de la persona**, al asentarse justamente como presupuesto en la libertad, viene a garantizar un ámbito de autonomía personal, y

por tanto también ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad» (STC 244/1991, FJ 2). Entendido así el derecho, resulta clara su **vinculación con la dignidad humana** (art. 10.1 CE) y más en concreto, con esa dimensión esencial del hombre que es su sociabilidad (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 478). «El derecho de asociación —señala la STC 236/2007, FJ 7— se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática». Y es que el libre desarrollo de la personalidad a la que se refiere, asimismo, el art. 10.1 CE y al que, en buena medida, están orientados los derechos fundamentales, exige la existencia y garantía de realidades asociativas. Asociarse es una forma elemental de expresión de la libertad de actuación y, al garantizarse el derecho de asociación, se garantiza, al mismo tiempo, **el libre desarrollo de la personalidad «en» y «a través» de los grupos sociales**.

No existe, sin embargo, **una dimensión prestacional del derecho** «en virtud de la cual las asociaciones puedan exigir del Estado que desarrolle cierta actividad [...] o aporte determinados recursos [...] al objeto de facilitar los fines perseguidos por las mismas» (ATC 162/1995, FJ 4).

2. El derecho de asociación como elemento estructural básico del Estado social y democrático de Derecho

Pero junto a la dimensión subjetiva, el art. 22 CE constituye —en palabras de nuestro Tribunal Constitucional— «uno de los elementos estructurales básicos del Estado social y democrático de Derecho» (STC 173/1998, FJ 8). La libertad de asociación contiene —en la fórmula acuñada por el Tribunal Constitucional Federal alemán— el principio **de la li-**

bre creación de grupos sociales. No solo garantiza una libertad individual, sino que, al mismo tiempo, permite la creación de organizaciones que son esenciales en un Estado social y democrático. Esta esencialidad, que se ha puesto con frecuencia de relieve respecto de los partidos políticos, sin los que no puede existir la democracia (SSTC 75/1985, 85/1986, 48/2003 y 138/2012), trasciende el pluralismo político e ideológico, y alcanza al religioso, cultural, social y económico. Sólo esa libertad hace posible «la autoorganización libre de la sociedad que contempla nuestra Constitución» (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 479).

III. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE ASOCIACIÓN

El art. 22 CE no contiene una definición expresa de qué sea una asociación, pero resulta imprescindible determinar el concepto constitucional de asociación, pues las libertades positiva y negativa que tutela el art. 22 CE solo podrán invocarse cuando la entidad que se quiera formar o a la que no se desee pertenecer sea una de las que pueden considerarse incluidas en dicho artículo. E, igualmente, solo esas organizaciones podrán invocar la dimensión colectiva que el mismo garantiza.

A pesar de la ausencia de datos normativos, hay bastante acuerdo —dentro y fuera de nuestras fronteras— sobre los elementos que debe incluir una noción constitucionalmente adecuada de asociación. Sin pretender dar una definición canónica, por asociación cabe entender toda **agrupación de dos o más personas, de carácter voluntario y estable, para la consecución de determinados fines.** Existen, sin embargo, algunas dificultades a la hora de precisar el alcance de algunos de esos elementos.

1. Unión de personas

Una asociación se forma por la **unión de varias personas** (físicas o jurídicas, como se

verá al tratar de la titularidad del derecho). Estamos ante un derecho individual pero de necesario **ejercicio colectivo.** Por ello **quedan fuera** del art. 22 CE las **sociedades unipersonales.** Dicho esto, cabe plantearse cuál debe ser el **número mínimo** de personas necesario para formar la asociación. Y aquí empiezan ya las discrepancias, pues mientras que para algunos basta con dos (pues dos pueden ya, de hecho, asociarse), para otros es imprescindible la concurrencia de al menos tres personas (así lo señala, entre nosotros, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 489). En la opción por esta última cifra influye el antiguo aforismo *tres faciunt collegium* y la exigencia puede entenderse justificada para aquellas entidades que tengan una estructura corporativa. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que si, desde el punto de vista constitucional, la asociación no requiere una estructura determinada y si no puede negarse el carácter de tal a la unión de dos personas de forma estable para conseguir un fin, no parece lógico concluir que tal unión carece de la tutela constitucional que ofrece el art. 22 CE (en este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES, 178, quienes muestran reparos con la exigencia de tres miembros que se incluye el art. 5.1 LODA). Ello no impide, evidentemente, que **el legislador pueda elevar ese número para determinadas formas asociativas** en función de la estructura que pretendan tener o de los fines que persigan: «tampoco cabe negar la posibilidad de que, en atención a los fines o a las características específicas de las diversas asociaciones [el legislador autonómico] exija un número mínimo de personas para poder constituir un tipo concreto de asociación, siempre que ello responda a bienes o intereses relevantes y la solución adoptada sea razonable y proporcional a esa finalidad» (STC 173/1998, FJ 14).

2. Voluntariedad

El art. 22 CE **garantiza la libertad de asociarse** y, como contrapartida, **presupone también esa libertad** en el ejercicio del de-

recho para que una asociación pueda considerarse incluida en el ámbito constitucionalmente protegido. Quedan, por ello, al margen de la garantía constitucional las **asociaciones forzosas**, cualquiera que sea su veste jurídica. Estas, en realidad, no pueden ser creadas por la voluntad de los titulares del derecho (personas físicas y jurídico-privadas), sino única y exclusivamente como consecuencia de un acto del poder público. Por eso, tampoco pueden considerarse asociaciones voluntarias aquellas en las que los socios no tienen sino la facultad de iniciativa pero en cuyo origen está una exigencia legal, con la consiguiente imposición de la afiliación obligatoria, y por ello su creación requiere siempre de la intervención del poder público. No hay en estos casos libertad positiva de asociación ni un derecho del ciudadano a que los poderes públicos las creen, ni a ellas les resulta aplicable el régimen propio de las asociaciones (por todas, SSTC 89/1989, 131/1989, 139/1989, 244/1991, 194/1998 y 76/2003).

3. Vínculo organizativo estable

El carácter estable de la agrupación de personas ha sido el elemento al que tradicionalmente se ha acudido para distinguir la asociación de la reunión: en ambas hay una pluralidad de personas, se da la nota de la voluntariedad y concurre, igualmente, el elemento teleológico: los hombres se asocian o se reúnen para algo. La diferencia entre una y otra debe, por tanto, buscarse en otro elemento que no es sino el **carácter permanente** de la asociación frente a la transitoriedad de la reunión. Ahora bien, la estabilidad no puede considerarse como un elemento meramente temporal. El carácter estable depende más bien de la naturaleza de los lazos que unen a las personas para la consecución del fin o fines deseados. «El fundamento de las asociaciones —ha dicho el Tribunal Constitucional— debe buscarse en la **libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales**, creando entre ellos no solo un vínculo jurídico “sino también una solidaridad moral

basada en al confianza recíproca” (STC 218/1988, de 22 de noviembre). Esta agrupación permanente se plasma en una **estructura organizativa**, concretada en los correspondientes estatutos en virtud del *pactum associationis* original (STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2), cuya aceptación es un elemento esencial del acto de integración de los asociados (entre otras muchas, SSTC 218/1988, de 22 de noviembre, y 56/1996, de 16 de enero, FJ 9)» (STC 133/2006, FJ 5).

4. Los fines

A) *La comunidad de fines como elemento de integración*

Reiteradamente ha insistido el Tribunal Constitucional en que el derecho de asociación garantiza la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de «**todos los fines de la vida humana**» (por ejemplo, STC 115/1987, FJ 3). En realidad, todo fenómeno asociativo apunta a la idea de fin: los hombres se asocian para la consecución de determinados objetivos y es la noción de fin la que permite ver en una pluralidad de personas físicas un ente distinto de ellas. Donde existe un fin constante, autónomo, es decir, no esencialmente conectado con una persona individualmente determinada, el pensamiento jurídico ve el presupuesto de un sujeto destinado a proveer a la realización de este fin, sujeto que es elevado al grado de personalidad jurídica mediante su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico. Debe, no obstante, tenerse en cuenta que no es la idea de fin, en sí misma considerada, la que permite identificar una asociación. Lo que caracteriza a la asociación es, en primer lugar, una comunidad de fines o, dicho con otras palabras, un propósito de **consecución conjunta** de los mismos (hay un fin común de los socios, cuya consecución se persigue, asimismo, de forma conjunta): el derecho de asociación requiere —en palabras de la STC 5/1996, FJ 9— «de una libre concurrencia de voluntades que se encauza al logro de un objetivo común».

Como regla general, existe respecto de la asociación una **apertura de fines casi universal**: puede perseguirse cualquier fin con tal de **que sea lícito y posible** (STC 152/2008, FJ4), aunque debe tratarse de fines **que caigan en el ámbito de la autonomía de la voluntad**. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho de asociación reconocido en el art. 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el servicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social» (STC 67/1985, FJ 3).

B) *La problemática de las sociedades civiles y mercantiles*

Desde la perspectiva de los fines, debe examinarse la polémica cuestión de si el art. 22 CE incluye en su ámbito protegido a las sociedades civiles y mercantiles, pues en última instancia se trata de ver si el hecho de que estas entidades persigan un fin lucrativo es elemento suficiente para negarles la protección que otorga el precepto constitucional. El Tribunal Constitucional la ha abordado varias veces pero siempre como *obiter dictum* y, aunque no ha llegado a negar toda conexión entre el art. 22 CE y las sociedades con ánimo de lucro, ha insistido más bien en la diferencias que existen entre esas sociedades y las asociaciones y en la distinción entre **derechos reconducibles al derecho de asociación y derechos de contenido patrimonial**. La cuestión se ha planteado en las SSTC 23/1987, 96/1994 y 5/1996. En ellas se enfatiza que debe atenderse en cada caso a si el derecho lesionado es de naturaleza asociativa o más bien de contenido económico. En el FJ 9 de la última de las resoluciones citadas se afirma, en concreto, que «no es necesario insistir acerca de las **notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles**, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, de aquellas otras asociaciones —como la ahora actora— que persiguen fines *extra commercium* y cuya naturaleza es completamente distinta».

Las **dudas del** supremo intérprete de la Constitución han alcanzado, asimismo, al **legislador**. La LODA no solo ha excluido a las citadas sociedades (junto a las industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios) del ámbito de aplicación de la Ley (lo que sería razonable si esta se entendiese como lo que es: la ley que regula un tipo concreto de asociaciones), sino que viene a justificar la exclusión por su no protección *directa* por el art. 22 CE. No obstante, no se atreve el legislador a desvincular del todo las sociedades del mencionado precepto, afirmando en la Exposición de Motivos que todo ello es «sin perjuicio de reconocer que el art. 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial» (ap. I).

No procede detenerse ahora en la **crítica a este entendimiento restrictivo** del derecho de asociación (*vid.*, al respecto, GÓMEZ MONTORO, 2004, 137 y ss.; ANZURES GURRÍA, 85 y ss.). Las sociedades responden al concepto constitucional de asociación y no existen datos en la Constitución para excluirlas de la protección que ofrece el art. 22 CE. No los hay, desde luego, en el debate constituyente, en el que la cuestión no se suscitó. Pero es sobre todo una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución la que parece conducir a la conclusión contraria. El art. 22 CE reconoce el derecho de asociación, que incluye el de formar agrupaciones para la consecución de cualesquiera fines, y **las sociedades civiles y mercantiles responden a ese concepto**, sin que existan datos que permitan excluir la protección cuando se trata de entidades con ánimo de lucro (en este sentido se pronuncian AGUIAR DE LUQUE y ELVIRA PERALES, 621, y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 489). Un criterio este cada vez más cuestionado también desde el ámbito del Derecho privado (*vid.*, por todos, PAZ-ARES, 1993, 1299 y ss., y el mismo, 1999, 429 y ss., y PÉREZ ESCALONA).

IV. TITULARES DEL DERECHO

Al igual que ocurre con los demás derechos fundamentales, ninguna duda existe sobre la titularidad por **personas físicas de nacionalidad española**. En el caso de los **menores**, y en la medida en que del ejercicio del derecho pueden derivarse obligaciones para el menor, puede requerirse la intervención de sus padres o tutores o puede excluirse —o modularse— en el caso de determinados tipos asociativos. Así, por ejemplo, el art. 3 LODA considera con capacidad para constituir asociaciones «los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad», aunque excluye expresamente el régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el art. 7.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En realidad, la titularidad del derecho y las posibles condiciones para su ejercicio por menores suscitan importantes problemas teóricos (*vid.*, por ejemplo, DÍAZ ALABART, 613 y ss., y ALÁEZ CORRAL, 248 y ss.), aunque no han dado lugar hasta el momento a ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Para determinados grupos de personas (**militares y miembros de institutos armados; y Jueces, Magistrados y Fiscales**) y en relación con concretos tipos de asociaciones (en especial partidos políticos y sindicatos), existen limitaciones constitucionalmente previstas (arts. 28.1 y 127.1 CE). Se trata siempre de excepciones que tienen una habilitación constitucional y que, según ha señalado el Tribunal Constitucional, están reservadas a ley orgánica [SSTC 173/1998, FJ 8 y 135/2006, FJ 2.c) y ATC 180/2013, FJ 3].

Titulares del derecho pueden ser las **personas jurídicas de Derecho privado**. Como es bien sabido, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido que las personas jurídicas son también titulares de derechos fundamentales siempre que, por su naturaleza, les sean aplicables (*vid.*, por todos, ROSADO IGLESIAS, 2000

y GÓMEZ MONTORO, 2002); y en el caso del derecho de asociación, no hay ninguna duda de que es así. En todo caso, así parece entenderlo el Tribunal Constitucional, que, aunque no se ha pronunciado expresamente sobre el tema, ha reconocido el derecho de las asociaciones deportivas a formar parte de federaciones y a crear nuevas asociaciones (STC 67/1985, FJ 4) y el derecho de los partidos políticos a formar federaciones (STC 168/1989). Y así lo ha venido a confirmar la LODA, cuyo art. 3 dispone que «podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas».

Totalmente distinto es el caso de las **personas jurídico-públicas** a las que, con un justificado criterio restrictivo, el Tribunal Constitucional solo les ha reconocido, y no sin importantes matices, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías procesales del art. 24.2 CE. En consecuencia, una asociación o sociedad en cuyo origen no esté la libre unión de personas —físicas o jurídico-privadas— sino un acto del poder público, no puede considerarse protegida por el art. 22 CE. Resulta, por ello, criticable la inclusión de las personas jurídico-públicas entre los titulares del derecho que se hace en el **art. 3 LODA** (y previamente en el art. 2.6). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional antes mencionada, este precepto no puede significar una atribución del «derecho de asociación» (al menos del derecho constitucional de asociación), sino un reconocimiento legal —una autorización, incluso— para que las entidades públicas puedan asociarse (así, en la STC 45/2017, FJ 4 señala el Tribunal que una posible limitación al derecho de asociación de municipios podría afectar, en su caso, a los arts. 137 y 140 CE, pero no al art. 22).

Especiales problemas ha suscitado el alcance de la titularidad del derecho de asociación por los **extranjeros** y, unido a ello, la determinación de los márgenes de decisión que a tal respecto tiene el legislador. El problema se suscitó con motivo de la Ley Orgánica 7/1985,

de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo art. 8 les reconocía el derecho de asociación (ap. 1), pero preveía al mismo tiempo la posibilidad de suspensión administrativa de las asociaciones promovidas o integrada mayoritariamente por extranjeros (ap. 2). Con motivo del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo afirmó el Tribunal Constitucional que «debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, **reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación**» (STC 117/1985, FJ 3), y entendió que si bien «el art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros [...] ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22.4 de la Constitución».

La cuestión volvió a plantearse, aunque en relación con aquellos **extranjeros que se encuentran ilegalmente en España**, con motivo de la LO 8/2000, de modificación de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de acuerdo con la cual los extranjeros gozan del derecho de asociación «conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España» (art. 8). La impugnación del precepto fue estimada por la STC 236/2007, FJ 7, que tras recordar la doctrina de la STC 115/1987, subraya la vinculación del derecho de asociación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y «de ahí que **no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autoriza-**

ción de estancia o residencia en España». Aunque insiste también el Tribunal en que ello no significa que el legislador no pueda establecer límites, siempre, eso sí, que respete su contenido constitucionalmente declarado.

V. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO POR EL DERECHO

Como ocurre con tantos otros derechos, la libertad de asociación incluye en su ámbito constitucionalmente protegido una pluralidad de facultades que, además, tienen orígenes históricos distintos y que se han ido perfilando también de manera progresiva en la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional viene refiriéndose de manera constante a **tres dimensiones o facetas complementarias** del derecho: la libertad de creación de asociación y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. A lo que añade una **cuarta dimensión, *inter privados***, que garantiza un haz de facultades a los asociados frente a las asociaciones (*vid.*, por ejemplo, SSTC 173/1998, FJ 8; 174/1999, FJ 2, 236/2007, FJ 7, y 12/2008, FJ 5). A efectos de sistematización vamos a agrupar estas facultades distinguiendo entre la dimensión individual del derecho, que incluye una faceta positiva —libertad de asociarse, con todo lo que ello implica— y otra negativa —la libertad de no asociarse—, y la llamada dimensión colectiva del derecho, que protege a la entidad nacida de su ejercicio. Ambas dimensiones se relacionan estrechamente y, aunque en ocasiones pueden surgir colisiones entre ellas (en las que opera la «cuarta dimensión», en la terminología del Tribunal), la tutela de la organización es imprescindible si no se quiere dejar también vacío el contenido individual del derecho (el contenido del derecho de asociación es la perspectiva que adopta el trabajo de MARTÍN HUERTAS).

1. La dimensión individual del derecho

A) Contenido positivo

Desde el punto de vista individual, el art. 22 CE tiene, en primer lugar, un contenido positivo: la **libertad de asociarse**, con todo lo que ello supone. Ésta es, quizá, la faceta menos problemática del derecho o, al menos, ha motivado escasos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Algunas de las facultades que integran el derecho se pueden ejercer de manera individual (aunque presuponen, en todo caso, la existencia previa de una asociación); otras han de ser ejercidas necesariamente en colaboración con otro u otros titulares. Al primer tipo pertenece la libertad de integrarse en una asociación, garantizada frente al poder público, sin que exista un derecho frente a la asociación misma. La libertad de asociación, ha repetido el Tribunal Constitucional, «no abarca el derecho a pertenecer a cualquier asociación que se desee sin someterse a las reglas estatutarias por esta fijadas» (STC 10/1983, FJ 4); y en la STC 218/1988, FJ 2, se afirma que «el acto de integración en una asociación [...] consiste [...] en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no solo jurídica sino también moral que constituye la asociación».

Otras facultades, aun siendo también de titularidad individual, solo pueden ser ejercidas en concurrencia con otros titulares, y entre ellas destaca la libertad quizá más significativa: la de **constituir una asociación**. En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho de asociación garantiza «la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de «todos los fines de la vida humana», y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda interferencia estatal» (STC 115/1987, FJ 3). Esta libertad incluye la capacidad de **decisión sobre la creación o no** del nuevo ente, pero tutela, además, la decisión sobre el **momento de llevarla a cabo**, sobre el **nombre, la sede, el fin y la forma**, extremos estos que se concretan en

los estatutos. Y es que el acto por el que se crea una asociación y la aprobación de los estatutos vienen a fundirse en uno solo (STC 104/1999, FJ 4).

B) Contenido negativo

Junto a la libertad positiva existe una **libertad negativa** que, aunque no mencionada de forma expresa en el art. 22 CE, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones: «de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución —se afirma en la STC 67/1985, FJ 3—, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse» (esta es también la doctrina del **TEDH**; véanse por ejemplo, las sentencias *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islandia*, de 30 de junio de 1993 y *Geotech Kancev GMBH c. Alemania*, de 2 de junio de 2016).

La libertad negativa de asociación garantiza el **derecho a no constituir una asociación, a no afiliarse a ninguna de las existentes y a abandonar aquellas de las que se sea miembro** (art. 2.3 LODA). De estos contenidos es el derecho a no afiliarse el que ha suscitado más problemas, y como no está en manos de los particulares el obligar a nadie a asociarse, la cuestión se ha planteado básicamente en relación con la capacidad del poder público de crear organizaciones a las que necesariamente deban pertenecer determinados colectivos. Esta posibilidad ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, que ha insistido en que no son asociaciones a los efectos del art. 22 CE, por lo que ni existe un derecho de los ciudadanos a crearlas o a que los poderes públicos las creen, ni a ellas les es aplicable el régimen propio de las asociaciones (por todas, SSTC 89/1989, 131/1989,

139/1989, 244/1991, 194/1998, 76/2003 y 3/2013). Sin embargo, esta conclusión no le ha impedido entender que cuando se impone la **afiliación obligatoria** se afecta al derecho de asociación en su vertiente negativa, afectación que podrá ser legítima cuando existan fines públicos constitucionalmente tutelados que pueden justificar la limitación de esa libertad y siempre que se cumplan «tres criterios mínimos y fundamentales» (STC 113/1994, FJ 11): **no cabe afectar a la libertad de asociación en sentido positivo**, de manera que la adscripción obligatoria no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente; el recurso a esta forma de actuación administrativa **no puede convertirse en regla**, y, por último, la adscripción obligatoria **debe encontrar suficiente justificación**, ya sea en disposiciones constitucionales, ya en las características de los fines de interés público que persigan. En aplicación de esos criterios ha admitido la constitucionalidad de la adscripción forzosa a los Colegios Profesionales de Abogados (STC 123/1987), Médicos (SSTC 131/1989 y 35/1993), Administradores de Fincas (STC 74/1994) y Profesores de Educación Física (STC 194/1998), pero ha negado su legitimidad en el caso de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local debido a que todos prestan sus servicios en la Administración y el poder público ha regulado de manera detenida tanto su actividad como su estatuto (SSTC 76, 96 y 108/2003). Ha declarado, asimismo, compatible con el art. 22 CE la pertenencia forzosa a mutualidades (STC 244/1991) y, como acaba de señalarse, a las Cámaras de Comercio (STC 107/1996), pero ha considerado inconstitucional la afiliación obligatoria a las Cámaras Agrarias (SSTC 132/1989 y 139/1989) y a las Cámaras de la Propiedad Urbana (STC 113/1994).

2. La dimensión colectiva

La idea de una **vertiente colectiva del derecho** de asociación es relativamente recien-

te, lo que no obsta para que se la pueda considerar como una exigencia ineludible del derecho, pues de poco serviría garantizar la libertad de creación de entidades asociativas si estas, una vez creadas, quedaran al albur del poder público. Nuestro Tribunal Constitucional ha insistido en que «el derecho de asociación reconocido en el art. 22 de la Constitución, comprende no solo el **derecho** a asociarse, sino también a **establecer la propia organización** del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1)» (STC 218/1988, FJ 1) y en la STC 138/2012, en referencia a partidos políticos pero con doctrina aplicable a cualquier asociación, se alude —en términos que recuerdan a la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán— a un derechos subjetivo público que garantiza «**su existencia y su subsistencia**» (FJ 4) (*vid.* un completo análisis de la dimensión colectiva del derecho en ANZURES GURRÍA).

Una primera manifestación de esa dimensión colectiva es el derecho de la nueva asociación a recibir **reconocimiento por el ordenamiento jurídico**, lo que plantea dos cuestiones que se ha presentado especialmente polémicas: el papel del Registro y la adquisición de personalidad jurídica, cuestión que se abordará más adelante. Pero la dimensión colectiva del derecho va más allá del nacimiento de la asociación, e implica, fundamentalmente, la aptitud de la nueva organización para desenvolverse como tal; garantiza su **autonomía organizativa y su capacidad funcional**. El derecho de asociación protege no solo el derecho «a» (crear) una asociación, sino también el derecho «en» la asociación, lo que incluye la **autonomía normativa y organizativa**. La primera se traduce, en primer lugar, el **derecho a dotarse de unos estatutos** (así lo señala, por ejemplo, FERNÁNDEZ FARRERES, 191) en los que se fijen los fines, las condiciones de admisión y expulsión de socios, etc. (STC 104/1999, FJ 3). Y el **derecho a que se cumplan los**

estatutos no es solo un derecho de la asociación, sino también un derecho del socio, siempre que sean conformes a la Constitución y a las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho lo desarrollen o lo regulen (STC 104/1999, FJ 5).

Asimismo, en los estatutos se plasma la **estructura organizativa y capacidad de autoorganización**, aunque esta no está exenta de **límites**. Así, por ejemplo, los que pueden derivarse del ap. 5 del art. 22 CE, que excluye a las **asociaciones paramilitares y secretas**, a las que se aludirá al tratar de las asociaciones ilícitas. Más polémica se presenta la cuestión de hasta qué punto puede el legislador limitar el derecho de autoorganización mediante la exigencia de formas organizativas que garanticen la **democracia interna**. Esta es impuesta por la Constitución a partidos políticos (art. 6), sindicatos y organizaciones empresariales (art. 7), Colegios Profesionales (art. 36) y organizaciones profesionales (art. 52). La ausencia de un expreso soporte constitucional no impide que el legislador pueda extender esta misma exigencia a otro tipo de entidades, pero deberán existir razones de suficiente peso y, en todo caso, no puede convertirse en la regla general. Resulta, por ello, criticable que en su art. 2.5 la LODA imponga a todas las asociaciones por ella reguladas un régimen de democracia interna, y aunque, desde luego, no puede entenderse como una exigencia para cualquier tipo de entidad nacida al amparo del art. 22 CE, hay que recordar que la LODA regula un tipo de asociación muy básico que debe servir para dar respuesta a fenómenos asociativos de muy diversa índole (una valoración crítica de la exigencia de democracia interna en SALVADOR CODERCH, 14 y ss.; ELVIRA PERALES, *passim* y, aunque más matizada, GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FARRERES, 127 y ss.). El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 135/2006, FJ 5, que «solo el legislador orgánico puede excepcionar (con justificación constitucional suficiente proporcionada), para asociaciones concretas, la libertad de autoorganización que, sin duda (STC 173/1998, FJ 8), se deriva del art. 22 CE» y por ello el

mandato de democracia interna no puede realizarlo el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario. Se trata —se afirma en la STC 173/1998, FJ 12— «de un desarrollo directo de un elemento esencial para definir la libertad de autoorganización de las asociaciones, por lo que solamente las Cortes Generales mediante Ley Orgánica tienen competencia para pronunciarse sobre si las asociaciones deben organizarse y funcionar democráticamente o si, por el contrario, los estatutos de la asociación pueden establecer libremente otros modos de organización y funcionamiento».

3. La colisión entre derechos de los socios y derechos de la asociación y el control judicial de la vida interna de las asociaciones

Del art. 22 CE se desprende, por tanto, la tutela tanto del sujeto individual como de la asociación nacida del ejercicio del derecho. Esto puede provocar **conflictos entre socio y asociación**, y en este contexto debe situarse la «cuarta dimensión» a la que, según se ha visto, suele aludir el Tribunal Constitucional. El Tribunal ha puesto el énfasis en la tutela de los asociados y ha insistido en que, si bien «ningún obstáculo existe, en principio, para que una asociación, en cuanto persona jurídica distinta de las personas físicas que son sus asociados —y, por tanto, centro autónomo de relaciones y consecuencias jurídicas— pueda invocar en su favor el derecho que el art. 22 CE reconoce [...] el art. 22 CE no dispone expresamente una tutela simétrica de los socios y de la asociación» (STC 219/2001, FJ 4).

Esta afirmación parece responder al temor de que el reforzamiento de la tutela de la asociación lleve consigo la limitación de los derechos del socio. Es difícil, sin embargo, extraer concretas consecuencias jurídicas de la «asimetría» a que se refiere el Tribunal: es evidente que no existe una posición simétrica, pues las concretas facultades tutela-

das en uno y otro caso son distintas, pero de ahí no puede derivarse una prevalencia incondicional de los derechos del socio. De hecho, no debe desconocerse que la controversia entre asociación y socios puede, en realidad, reconducirse a un conflicto de intereses entre los titulares del derecho que forman la mayoría y los intereses del socio o socios que consideran que aquella no ha respetado sus derechos. De aquí también que el Tribunal se haya mostrado muy prudente a la hora de precisar hasta dónde alcanza el **control judicial de la vida interna de las asociaciones**. De un lado, el Tribunal ha insistido en que «la vida interna de las asociaciones no constituye un ámbito exento de todo control judicial» (SSTC 218/1988, 96/1994, 56/1995), y ha anulado sanciones impuestas a los socios —y muy especialmente la de expulsión— sin las debidas garantías de tipicidad o de defensa (en el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, por ejemplo en la sentencia *Lovrić c. Croatia*, de 4 de abril de 2017). Pero al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha insistido en que, cuando se trata de derechos de carácter meramente estatutario, «encuentran siempre un límite o contrapunto en los derechos, esos sí constitucionales, de los demás asociados y de la propia asociación, especialmente el derecho de autoorganización, cuyo objetivo fundamental reside, como hemos apuntado anteriormente, en evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en la organización y funcionamiento de las asociaciones. La intensidad —e incluso la posibilidad— del control judicial —sigue diciendo el Tribunal— dependerá de múltiples circunstancias —como la afectación o no de otros derechos no estatutarios— y exigirá en cada caso una cuidadosa labor de ponderación, respecto de la que este Tribunal ya ha sentado algunas pautas que no es necesario reiterar ahora (SSTC 218/1988, 96/1994 y ATC 213/1991)» (STC 56/1995, FJ 3) (el tema ha sido objeto de importantes análisis: BILBAO UBILLOS, 1996 y 1997; SALVADOR CODERCH, FERRER I RIBA, ALFARO-REAL y VIDAL MARÍN).

Esta tendencia a respetar la vida interna de las asociaciones se aprecia de forma clara en la STC 42/2011, en la que el Tribunal anula la sanción impuesta a un asociado considerando «el carácter privado de la asociación, el cauce externo de la denuncia al margen de las previsiones estatutarias, el carácter privado del sujeto pasivo, la ausencia de interés general de la recriminación, su limitada entidad y trascendencia, y sus restringidas consecuencias, especialmente, en la difusión, no atribuyen —en este concreto caso— supremacía a la libertad de expresión (de quien libremente se incorporó a la asociación y aceptó sus estatutos) sobre las facultades asociativas constitucionalizadas en el art. 22 CE, y en las que no es posible entrar sin quebrantarlas, conforme entendimos en las ya citadas SSTC 218/1988, 96/1994 y 56/1995» (FJ 4). Sin embargo, en la más reciente STC 226/2016, el Tribunal parece dar un giro a esta jurisprudencia, al menos en relación con la expulsión de un partido político, afirmando que «hasta la fecha no habíamos precisado que ese control de la regularidad de la expulsión también puede extenderse al análisis material de las causas de expulsión, en particular cuando esas causas pueden entenderse como límites al ejercicio de un derecho fundamental del afiliado en el seno del partido político» (FJ 8), afirmación que motiva un voto particular del presidente De los Cobos, al que se adhiere el Magistrado Ollero.

Desde el punto de vista de la eficacia de los derechos en las relaciones privadas se plantea también la cuestión de la **libertad de la asociación para la admisión de socios**, una libertad que está garantizada por la dimensión colectiva del derecho, pero que puede tener ciertas restricciones cuando la pertenencia lleva consigo el acceso a una actividad profesional (ATC 254/2001) o se trate de asociaciones con posición monopolista. En todo caso, se trata de situaciones excepcionales y no puede hablarse en sentido estricto de un derecho a ser admitido en un asociación (*vid.* ANZURES GURRÍA, 355 y ss.).

VI. EL PAPEL DEL REGISTRO

De acuerdo con el art. 22.3 CE, «las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad». De acuerdo con este precepto, reacción sin duda frente a las importantes potestades de control que tenía el registro en épocas anteriores, el Tribunal Constitucional ha insistido en que **la asociación nace del simple acuerdo entre quienes ejercitan el derecho**: «es suficiente —se afirma en la STC 133/2006, FJ 11— la existencia de un acuerdo de colaboración mutua entre ciudadanos donde se manifieste su voluntad de asociarse y de conjugar sus cualidades para la consecución de los fines lícitos perseguidos, no siendo preciso que sobre ese *pactum associationes* haya de recaer intervención alguna de los poderes públicos, ni tan siquiera de carácter registral»; de manera que, como sigue diciendo la sentencia, «ese régimen constitucional mínimo permite la existencia de asociaciones no inscritas».

Esto no impide que **el legislador pueda exigir la inscripción para que la asociación pueda adoptar una determinada forma jurídica, para acceder a determinados beneficios** (por ejemplo, reconocimiento como de utilidad pública o los que se derivan del Registro de Asociaciones Religiosas) o a subvenciones (así se señala, por ejemplo, en las SSTC 15/1989, FJ 7, y 133/1992, FJ 6), para garantizar la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad, etc. Y es que, si bien el «régimen constitucional mínimo permite la existencia de asociaciones no inscritas», conviene no olvidar «que el art. 22 CE contiene un derecho fundamental a asociarse, no a crear unos concretos entes con sustrato asociativo y dotados de un régimen jurídico específico cuya configuración corresponde al legislador» (STC 133/2006, FJ 11). De aquí que la garantía del régimen constitucional del Registro —según se afirma en la STC 5/1996, FJ 6— «no impide que **el legislador, en el desarrollo legislativo de**

este derecho, pueda establecer ciertas condiciones y requisitos de ejercicio en relación con determinadas modalidades asociativas, o en atención a la distinta naturaleza de sus fines, siempre que los mismos no afecten al contenido esencial de este derecho fundamental». En tales casos, **la actuación del Registro es reglada**, de manera que una negativa infundada se traduce en una lesión del derecho. Esta faceta de la **inscripción registral como derecho** ha sido destacada por la jurisprudencia constitucional más reciente, que ve en ella más un derecho de la asociación que una carga: «la inscripción —se afirma en la STC 219/2001, FJ 5— no es solo una carga de la asociación ya creada, sino también una **prestación debida por la Administración** encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Se trata, incluso, de una prestación administrativa cuya realización defectuosa puede resultar lesiva del derecho» (*vid.*, también, las SSTC 46/2001 y 133/2006) (sobre el tema, MONTILLA MARTOS, 178 y ss.). Esta idea ha encontrado reflejo en el **art. 24.1 LODA**, según el cual «el derecho de asociación incluye el **derecho a la inscripción** en el Registro de Asociaciones competente». Y es también la que inspira la jurisprudencia del **TEDH**, que considera contrarias al art. 11 del Convenio la negativa o la dilación no justificada de la inscripción (entre otras, sentencias *Ismayilov c. Azerbaiyán*, de 17 de enero de 2008, y *Yordan Ivanov y otros c. Bulgaria*, de 11 de enero de 2018).

El Tribunal Constitucional español ha tenido que enfrentarse al problema de la negativa de la inscripción en el caso de un partido político en la polémica **STC 138/2012**; de ella interesa ahora destacar la insistencia del Tribunal en la **gravedad que implica una negativa a la inscripción** que solo podría basarse en el contenido de los estatutos o en indicios vinculados al comportamiento de sus promotores, pero no en una actividad ilícita, que solo sería constatable una vez el partido ha sido registrado y está en funciona-

miento; lo contrario podría llevar a un juicio de intenciones «que pugnaría groseramente con el régimen de libertad de creación de partidos políticos garantizado por el art. 22 CE» (STC 5/2004, FJ 9). Trae a colación el Tribunal la doctrina del TEDH según la cual «la negativa a inscribir un partido político supone una injerencia notable en el derecho de asociación que solo resulta asumible en los casos más graves y siempre que concurra una previsión legal expresa, un fin relevante que la legitime y que sea necesaria en una sociedad democrática, necesidad que debe ser interpretada restrictivamente (por todas, STEDH de 10 de julio de 1998, caso *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, §§ 38 a 40)» (STC 138/2012, FJ 5).

VII. ASOCIACIONES ILÍCITAS

El art. 22 CE incluye una **enumeración taxativa** las asociaciones constitucionalmente prohibidas (*vid.* sobre el tema los trabajos de GARCÍA TORRES y VÍRGALA FORURIA): las asociaciones secretas y paramilitares (ap. 5) y las que tengan fines o utilicen medios tipificados como delito (ap. 2). Además, el ap. 4 establece la **garantía jurisdiccional**: la disolución —y la suspensión previa— solo puede acordarse por un órgano judicial; se trata de una solución en cierto modo peculiar y fruto, posiblemente, de nuestra experiencia histórica, que no existe en otros países de nuestro entorno ni en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que admiten la disolución gubernativa, siempre, claro está, que sea revisable jurisdiccionalmente.

1. Asociaciones secretas y paramilitares

El art. 22 CE excluye en su ap. 5 las asociaciones secretas y paramilitares. Esta exclusión, inspirada en la Constitución italiana, ha sido generalmente criticada, sobre todo por su escasa utilidad (por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, 497, y GONZÁLEZ PÉREZ y FERNÁNDEZ FA-

RRERES, 125). Y de hecho no ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. Por lo que se refiere a las **asociaciones paramilitares**, su caracterización no puede hacerse por remisión al empleo ilegal de armas o la utilización de métodos violentos, que fácilmente serían delictivos, ya que en ese caso se trataría de una reiteración de lo dispuesto en el art. 22.2 CE; y, por otra parte, tampoco es suficiente el uso de uniformes o signos externos de la milicia. Resultan, pues, determinantes (o al menos de gran relevancia) los **aspectos organizativos del propio grupo**. Quizá por ello, el legislador penal ha optado por incluirlas entre las asociaciones ilícitas (art. 515.4.º), de manera que su creación no solo está constitucionalmente prohibida, sino que, además, constituye un delito.

Importantes dificultades teóricas se presentan también para identificar las llamadas **asociaciones secretas**. Por tales no puede entenderse, desde luego, las no inscritas en un Registro; debe tratarse de entidades que en su organización interna y en la gestión de sus asuntos se rodean de un secreto absoluto. La prohibición es, en todo caso, de dudosa eficacia y deberá interpretarse restrictivamente.

2. Asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 22.2 CE, «las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales». La cuestión de la ilicitud de las asociaciones, aunque muy compleja desde el punto de vista teórico, no había planteado problemas en la práctica hasta la aprobación de la nueva **Ley Orgánica de Partidos Políticos**, que suscitó un amplio debate sobre los supuestos en los que la disolución de un partido es constitucionalmente posible. De todas formas, este debate ha arrojado poca luz sobre el alcance de la prohibición el art. 22.2 CE, pues la cuestión que se planteó —y en la

que se centró la **STC 48/2003**, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley por el Gobierno vasco— fue precisamente la de «si la regulación constitucional de los partidos políticos admite o no en nuestro ordenamiento un régimen legal específico y distinto del que es propio de las asociaciones», cuestión que fue contestada afirmativamente por el Tribunal Constitucional en los FF. JJ. 5 a 7, examinándose en consecuencia la ley desde la perspectiva de lo que el partido tiene de específico frente a la simple asociación.

De manera necesariamente sintética, cabe afirmar que el art. 22.2 CE viene siendo entendido en el sentido de que solo puede disolverse una asociación por la comisión de delitos y en un proceso penal, de manera que se excluye de raíz la ilicitud derivada de motivos ideológicos. Por su parte, el **art. 515 del Código Penal** tipifica el delito de asociación ilícita y enumera las asociaciones que tienen tal consideración, incluyendo entre ellas las de carácter paramilitar (no así las secretas, que quedan, por tanto, como las únicas asociaciones constitucionalmente prohibidas pero no delictivas).

La identificación de la prohibición constitucional con la penal suscita, no obstante, algunas **dificultades** que, cuanto menos, conviene dejar apuntadas. Dificultades, en primer lugar, de tipo práctico, pues no es fácil determinar **cuándo la conducta delictiva —de personas físicas— puede imputarse a la asociación en cuanto tal**. Una segunda cuestión, de más calado teórico, es la de si la remisión a los fines y actividades tipificados como delito debe entenderse hecha de manera exclusiva a aquellas conductas que son también delictivas para los particulares o si **puede el legislador tipificar comportamientos de las asociaciones que, sin embargo, sean lícitos para la persona física**. Por último, hay que referirse a la **vía procesal para proceder a la disolución**. Habitualmente se viene entendiendo que puesto que el art. 22.2 CE se refiere a la ilicitud pe-

nal, solo en un proceso de esta naturaleza puede procederse a disolver una asociación. Es dudoso, sin embargo, que esta interpretación se imponga como una consecuencia necesaria de la Constitución. Por una parte, porque no es claro que el art. 22.2 CE encierre un mandato de tipificación penal: el legislador puede, evidentemente, calificar como delito el mero hecho de asociarse para cometer fines ilícitos, pero la sanción que de la Constitución se deriva no tiene por qué ser necesariamente la penal; lo que esta parece exigir es la disolución. Por otro lado, desde la perspectiva del art. 22.2 CE no se trata de determinar si existe o no un delito de asociación ilícita, sino de precisar si, a la vista de los comportamientos de la asociación (es decir, de sus órganos rectores) y de sus socios, puede concluirse que sus fines o sus medios son delictivos, y ello podría hacerse en un procedimiento de naturaleza distinta. Así lo admite, en todo caso, el **Tribunal de Estrasburgo**, que examina la ilicitud de las asociaciones desde los criterios, más claros, ofrecidos por el art. 11 CEDH: que se trate de restricciones «previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos». Existe abundante jurisprudencia sobre la materia en la que el Tribunal ha ido perfilando esos criterios (véanse, entre otras, las más recientes sentencias *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, de 30 de junio de 2009; *Asociación Rhino y otros c. Suiza*, de 11 de octubre de 2011 o *Vona c. Hungría*, de 9 de julio de 2013).

VIII. ASOCIACIÓN Y LEY. LEY ESTATAL Y LEY AUTONÓMICA

Una de las cuestiones posiblemente más complejas a las que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional en relación con el derecho de asociación —y más en general con las asociaciones— es la **delimitación de**

competencias entre legislador estatal y legislador autonómico. La cuestión fue objeto de un detenido análisis en la **STC 173/1998**, en la que examinó la constitucionalidad de la Ley vasca de asociaciones (esta resolución fue objeto de numerosos comentarios jurisprudenciales; *vid.*, por ejemplo, CABELLOS ESPÍERREZ, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1999; PABLO CONTERAS, SALAS MURILLO, 1999, y TORRES MURO). Se daba, entonces, la circunstancia de que no existía aún la ley orgánica estatal de desarrollo del derecho, lo cual hacía aún más compleja la labor de enjuiciamiento. La cuestión volvió a abordarse en la **STC 133/2006**, que examinó el recurso del Parlamento de Cataluña contra determinados artículos de la LODA, y en la **STC 135/2006**, en la que el objeto de control es la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones. Estas dos últimas sentencias parten, lógicamente, de la doctrina de la STC 173/1998, aunque no dejan de incluir importante matizaciones, especialmente en la **STC 133/2006**. De manera esquemática, la doctrina contenida en esas resoluciones es la siguiente:

a) De acuerdo con el **art. 81 CE**, corresponde al Estado dictar la normativa de desarrollo del derecho de asociación. El Tribunal recuerda su doctrina sobre el criterio estricto con que debe interpretarse la delimitación del alcance de la reserva de ley orgánica, así como el hecho de que la **reserva a ley orgánica** no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado, no obstante lo cual insiste también en que «con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que este se proyecta» (STC 173/1998, FJ 7). En todo caso, entiende el Tribunal que «[...] debe considerarse reservado a la ley orgánica *ex art. 81.1 CE* la regulación de “los elementos esenciales de la definición” del derecho de asociación o, en otras palabras, la **delimitación de “los aspectos esenciales del contenido del derecho”** en lo tocante a la titularidad, a las facultades ele-

mentales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2), al alcance del mismo en las relaciones *inter privados*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas —es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar—, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas —militares, Jueces, etc.—, o en relación a la libertad de no asociarse» (STC 173/1998, FJ 8; véanse también SSTC 177/2012, FJ 4, y 144/2017, FJ 3).

b) Asimismo, corresponde al Estado la competencia para establecer 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 (**art. 149.1.1.ª CE**). En concreto, se afirma en la STC 173/1998, FJ 9, que «parece fuera de toda duda que, por su conexión con el derecho de asociación y por su carácter de “requisitos mínimos indispensables” que posibilitan su ejercicio, el legislador estatal podrá considerar “condiciones básicas” *ex art. 149.1.1.ª CE*, tanto lo que podríamos denominar la **definición del concepto legal de asociación**, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado **régimen jurídico externo de las asociaciones** (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten “imprescindibles o necesarios” en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme». El Tribunal ha insistido en que merecerán la consideración de condiciones básicas «aquellos requisitos mínimos»

que guarden una conexión directa e inmediata con las distintas facetas del derecho fundamental antes examinadas, debiendo primer en su aplicación «la relevancia del elemento teleológico de la competencia estatal, consistente en el aseguramiento de la “igualdad de todos los españoles”» [STC 135/2006, FJ 2.d)].

c) El Estado tiene, además, **otros títulos de intervención** que le permiten incidir en el régimen de las asociaciones: legislación procesal (art. 149.1.6.^ª CE), legislación civil (art. 149.1.8.^ª) o procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^ª).

d) Ahora bien, los importantes títulos del Estado deben hacerse compatibles con los que corresponden a las **Comunidades Autónomas** que, al haber asumido competencia exclusiva sobre determinados tipos de asociaciones, pueden regular su régimen jurídico: «cuando un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones —se afirma en la STC 173/1998, FJ 5— no solo le habilita para regular los aspectos administrativos de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, sino también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico —constitución y adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución— como su vertiente interna —organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados—».

e) Las Comunidades Autónomas pueden tener **otros títulos** que les permiten adoptar normativa sobre asociaciones (así, por ejemplo, en materia de régimen local, subvenciones o para la defensa de los consumidores y usuarios), pero en estos casos la incidencia sobre las asociaciones será de menor intensidad (STC 135/2006, FJ 17) y, en concreto, no podrá regular su régimen jurídico general (SSTC 157/1992, FJ 2, y 135/2006, FJ 17). Por razones obvias, tampoco podrán las Comunidades Autónomas, «por el simple expediente de reconocer asociaciones que se dediquen a determinadas actividades, reducir el ámbito de tipos delictivos, menoscabando la exclusiva competencia estatal y dando cobertura legal a comportamientos delictivos» (STC 144/2017, FJ 5).

De acuerdo con estos principios, el Tribunal ha ido resolviendo las numerosas impugnaciones planteadas en relación con las leyes vasca y catalana de asociaciones y respecto de la propia ley estatal. Una labor sin duda meritoria, pero que no ha estado exenta de críticas, y es que, como el propio Tribunal afirma, «con suma frecuencia resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que este se proyecta» (STC 173/1998, FJ 7). Aunque no es posible detenerse en ello, quizá la cuestión hubiera podido resolverse de forma menos problemática si el Tribunal hubiera sacado más partido a la distinción que él mismo ha subrayado en algunas ocasiones entre el **desarrollo del derecho y la regulación de los tipos asociativos** (*vid.* GÓMEZ MONTORO, 2004, 211 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L. y ELVIRA PERALES, A., «El derecho de asociación. Comentario al art. 22 CE», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, págs. 607 y ss.

AGUIAR DE LUQUE, L., «Derecho de asociación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, págs. 2218 y ss.

ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La expulsión de los asociados y la confianza en el Derecho Privado», *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 155 y ss.

ANZURES GURRÍA, J. J., *La protección constitucional de las asociaciones. Sobre la dimensión colectiva del derecho de asociación*, CEPC, Madrid, 2014.

BILBAO UBILLOS, J. M., «Las garantías de los arts. 24 y 25 de la CE en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, págs. 45 y ss.

— *Libertad de asociación y derechos de los socios*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1997.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., «La relación entre ley orgánica y competencia para regular los derechos fundamentales. Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio», *Autonomías*, núm. 25, 1999, págs. 87 y ss.

DE PABLO CONTRERAS, P., «La “legislación civil” y la competencia autonómica en materia de asociaciones (A propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, vol. I, págs. 1831 y ss.

DE SALAS MURILLO, S., «Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, fasc. III, págs. 1253 y ss.

— *Las asociaciones sin ánimo de lucro*, Madrid, 1999.

DÍAZ ALABART, S., «El derecho de asociación de los menores», *Revista de Derecho Privado*, núm. 86, 2002, págs. 613 y ss.

ELVIRA PERALES, A., «Asociaciones y democracia interna», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, CEPC, Madrid, 2002, págs. 607 y ss.

— «A vueltas con el derecho de asociación (Comentario a las SSTC 133 y 135/2006, ambas de 27 de abril)», *REDC*, núm. 83, 2008, págs. 301 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.

GALVE MUÑOZ, L. A. y RUIZ GONZÁLEZ, J. G., «El reparto de competencias en materia de asociaciones. Situación actual y perspectivas de futuro tras las reformas estatutarias», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 50-51, 2005, págs. 219-241.

GARCÍA TORRES, J., «Las asociaciones prohibidas por la Constitución», en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (I)*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1992, págs. 1811 y ss.

GIMÉNEZ GLÜCK, D., «Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios —y aspirantes a serlo— a no ser discriminados», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2020, págs. 143 y ss.

GÓMEZ MONTORO, A. J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, 2000, págs. 23 y ss.

- «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, CEPC, Madrid, 2002, págs. 387 y ss.
- *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, CEPC, Madrid, 2004.
- «Veinticinco años de derecho de asociación», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 58-59, 2003-2004, págs. 241 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E., *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996.

- *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN HUERTAS, A., *El contenido esencial del Derecho de asociación*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2009.

MONTILLA MARTOS, J. A., «La inscripción registral de las asociaciones en la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 92, 1996, págs. 178 y ss.

PAZ-ARES, C., «Comentarios a los arts. 1665 y ss. del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1299 y ss.

- «La Sociedad en General», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid 1999, págs. 429 y ss.

PÉREZ ESCALONA, S., *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*, Civitas, Madrid, 2007.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «Derecho de asociación y autonomía de la voluntad de los asociados», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, 2010, págs. 457 y ss.

ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SALVADOR CODERCH, P. y FERRER I RIBA, J., «Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*», en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 55 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Comentario al art. 22 CE», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 497 y ss.

SERRA CRISTÓBAL, R., «El derecho de asociación de los Jueces: asociacionismo profesional y asociación del Juez a asociaciones no profesionales», *REDC*, núm. 83, 2008, págs. 115 y ss.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Asociación y Constitución», en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, 2000, págs. 475 y ss.

TORRES MURO, I., «Ley autonómica y derecho de asociación», *REDC*, núm. 55, 1999, págs. 263 y ss.

VIDAL MARTÍN, T., «El derecho fundamental de asociación y el control judicial de la actividad interna de las asociaciones», en ESPÍN TEMPLADO, E. y DÍAZ REVORIO, F. J., *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 261 y ss.

VIRGALA FORURIA, E., «Las asociaciones inconstitucionales», en MORODO, R. y DE VEGA, P., *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo III, México-Madrid, 2000, págs. 1991 y ss.

Artículo 23

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Sumario general:

El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo, por **ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO**

El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, por **MARGARITA BELADIEZ ROJO**

ARTÍCULO 23.1

EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS Y EL ACCESO A CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza y contenido del derecho fundamental. III. Titularidad del derecho fundamental. IV. La participación directa. V. La conexión entre los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 de la Constitución en relación con los cargos públicos representativos. VI. Régimen jurídico de los cargos públicos representativos y derechos fundamentales del art. 23 de la Constitución. 1. Introducción. 2. Acceso. 3. Ejercicio. 4. Permanencia.

ÁNGEL MARRERO GARCÍA-ROJO

LETRADO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA
LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

I. INTRODUCCIÓN

Pocos preceptos constitucionales necesitan, en esta obra, tanto como este iniciar su comentario con una explicada y precisa delimitación de cuál va a ser su **contenido**.

Ciertamente, como no puede ser de otra forma, nos ocuparemos de la doctrina del Tribunal Constitucional relacionada directa e inmediatamente con el art. 23.1 de la Constitución. Pero la peculiaridad del comentario de este precepto constitucional radica en que vamos a referirnos también a aquellas declaraciones del Alto Tribunal que, según su propia doctrina, tienen como tal objeto directo e inmediato otro precepto constitucional, en concreto, el ap. 2 de este mismo art. 23 de la Constitución, pero que guardan íntima conexión con el que ahora comentamos. Fundamentalmente, estamos aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la **aplicación del art. 23 de la Constitución a los cargos públicos representativos**.

En efecto, tratándose de estos, la **conexión entre los dos preceptos constitucionales** a

los que nos acabamos de referir ha sido puesta de manifiesto hasta la saciedad por el Tribunal Constitucional, como tendremos ocasión de exponer con más detalle, en los distintos momentos o situaciones en que pueden encontrarse tales cargos, esto es, de forma muy resumida, cuando se trata del acceso al cargo público representativo, cuando se alude al ejercicio de los derechos o facultades que son propios del mismo y, finalmente, cuando se trata de la permanencia en tal cargo.

Baste ahora con citar, por todas, la **STC 161/1988**, de 20 de septiembre, FJ 6:

«Es importante puntualizar, sin embargo, que el derecho posiblemente afectado, de modo directo, por el acto impugnado (es) el enunciado en el núm. 2 del mismo art. 23 de la Constitución (...) pues este precepto garantiza, no solo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (...).

la norma contenida en el art. 23.1 resulta inseparable de la del art. 23.2 cuando se trata, como aquí ocurre, de una petición de amparo deducida por representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta defender también el derecho mismo de los ciudadanos a participar a través de la institución de la representación en los asuntos públicos.»

O, en términos más generales, se señala en la **STC 24/1989**, de 2 de febrero, FJ 2, que:

«no cabe negar la conexión establecida entre los dos apartados de este precepto (*el art. 23 de la Constitución*) cuando se trata de cargos representativos, pues ambos se presuponen mutuamente.»

II. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Tempranamente, en la STC 51/1984, de 25 de abril, se realiza (FJ 2) una definición de los rasgos generales que identifican la naturaleza y el contenido del derecho fundamental proclamado en el art. 23.1 de la Constitución:

«Se trata del derecho fundamental, en que **encarna el derecho de participación política en el sistema democrático** de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1 (*de la Constitución*) y es la **forma de ejercitar la soberanía** que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos a que se refiere el art. 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el art. 66 de la Constitución y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el go-

bierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución. Por ello, no se trata, como es manifiesto, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la Ley puede, en tal caso, organizar.»

En la STC 212/1993, de 28 de junio, se aclara (FJ 4) que:

«el art. 23.2 es un **reflejo del Estado democrático** en el que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

Finalmente, esta **vinculación del derecho de acceso a “cargos públicos” con el concepto de representatividad política**, derivada de la interpretación del art. 23.2 CE en conexión con el art. 23.1 (...) nos ha llevado a concluir que en nuestro Derecho, sobre la base del art. 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los **límites objetivos** del derecho enunciado en este precepto vienen dados por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por **sus titulares (“los ciudadanos”)**, de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no a favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente, por el **contenido mismo de la situación jurídica subjetiva** enunciada que dejando de lado la participación

directa, irrelevante para el supuesto actual, se anuncia como un derecho a participar “por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

Asimismo, se precisa en la STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 4, que:

«La participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos “por medio de representantes” está **unida en el art. 23.1 CE a la existencia de elecciones libres, periódicas y por sufragio universal**. Sistema electoral y participación política son, así, el marco de los derechos de sufragio como derechos fundamentales, aunque, por su propia condición, cuenten con un contenido indisponible para el legislador (art. 53.1 CE).

“Participar por medio de representantes” presupone que los ciudadanos ejercen sus derechos dentro de un sistema apto para traducir votos en escaños y en el que necesariamente han de atenderse a otros imperativos contemplados en la propia Constitución, como son, entre otros, los que se derivan de la imprescindible articulación territorial del voto y el reparto de los escaños, de la funcionalidad y de los contenidos atribuidos al órgano cuyos miembros han de ser elegidos, o aquellos otros que resultan del reconocimiento constitucional de los partidos políticos (art. 6 CE) y del valor pluralismo político (art. 1.1 CE). Todo ello explica el muy amplio margen de libertad normativa que debe concederse al legislador de cada sistema electoral (sea el estatal o el autonómico) que, en cierto modo, opera también como legislador de los derechos de sufragio, aunque la regulación de los aspectos fundamentales de estos últimos esté reservada por la Constitución al legislador orgánico (art. 81.1 CE).»

Y, en relación ya con los dos apartados del art. 23 de la Constitución, se afirma en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 14, que:

«Los derechos de participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), que en la parte de su contenido que afecta a las dos vertientes del principio de representación política forman un **“todo inescindible”** (...), poseen, no solo un **contenido prestacional y una función de garantía de institutos políticos**, como el de la opinión pública libre, sino también un **contenido de derecho de libertad**, que se concreta, en lo que aquí interesa, en la posibilidad constitucionalmente protegida de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias o intromisiones de los poderes públicos, los análisis de la realidad social, económica o política y las propuestas para transformarla que consideren oportunas.»

Como adelantábamos, también ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de perfilar la naturaleza y contenido del derecho fundamental que nos ocupa desde una **perspectiva negativa**, esto es, aludiendo a aquellas situaciones que no pueden considerarse protegidas por el mismo. Con carácter general se afirma así en la STC 119/1995, de 17 de julio, FF. JJ. 3 y 4, que «no todo derecho de participación es un derecho fundamental» y que «en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades — representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general». Por ello, descendiendo a casos concretos, se ha señalado en el ATC 657/1988, de 23 de mayo, FJ 1, que no puede considerarse afectado el derecho que se declara en el art. 23.1 de la Constitución en un procedimiento electoral para la integración de «órganos de representación» del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Y en la STC 189/1993, de 14 de

junio, se afirma (FJ 5) lo mismo respecto del cómputo de las horas dedicadas al ejercicio del derecho de elección en las denominadas elecciones sindicales.

En este sentido se pronuncia también la ya citada STC 119/1995 (FJ 6), en relación con el trámite de información pública previsto en la normativa urbanística.

Asimismo, desde otra vertiente, en uno de los esenciales aspectos en los que se proyecta el derecho fundamental que consideramos, la materia electoral, se ha precisado en la STC 60/2011, de 5 de mayo, FJ 4, que «no cabe hablar de un derecho fundamental “a la no proclamación” de una candidatura».

Para terminar esta delimitación de la naturaleza y contenido del derecho fundamental, conviene referirse a que la STC 12/2008, de 29 de enero, relativa a la denominada paridad entre sexos en las candidaturas electorales, señala en su FJ 9 que «tampoco del art. 23.1 CE puede derivarse un derecho subjetivo de los ciudadanos a una concreta composición de las listas electorales», añadiendo en el FJ 10 que «en cuanto a la queja, que ha de entenderse referida al ap. 1 del art. 23 CE sobre la fragmentación del cuerpo electoral, no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías».

III. TITULARIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Diversas declaraciones del Tribunal Constitucional han venido, directa o indirectamente, a precisar, con carácter general, quiénes son **titulares** del derecho fundamental de cuyo comentario nos estamos ocupando ahora. Así:

a) **STC 51/1984** (FJ 2): «este es un derecho que se otorga a los **ciudadanos en cuanto tales** y, por consiguiente, a las **personas indivi-**

duales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas».

b) **STC 63/1987**, de 20 de mayo, FJ 5: «Este derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, lo ostentan solo, según el dictado del propio precepto constitucional, “los ciudadanos”, y así ha venido a reconocerlo una reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual no son titulares de la situación jurídica así garantizada otras personas o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos».

Por lo que se refiere a la titularidad de este derecho fundamental (así como del derecho de sufragio pasivo, supuesta la señalada conexión existente entre ambos) respecto de **quienes no sean españoles**, forzoso es remitirse al comentario del art. 13.2 de la Constitución y al examen de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio.

Por otro lado, interesa destacar que la STC 153/2014, de 25 de septiembre, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad contra la modificación de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, en cuanto exige a los españoles, para ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales y a los cabildos insulares, figurar inscritos en el Censo de Españoles Residentes en España.

Nos interesa destacar ahora que en relación con la titularidad del derecho fundamental reconocido en el ap. 2 del art. 23 de la Constitución, específicamente en los supuestos ya apuntados en que guarda íntima conexión con el del ap. 1, se han planteado interesantes cuestiones, no exentas de polémicas o, incluso, de oscilaciones en la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre si la misma puede predicarse de determinadas **realidades normativas** (cabe destacar el supuesto de los Grupos Parlamentarios) o sobre la concurrencia en esas realidades normativas (cabe destacar

aquí también el supuesto de los partidos políticos) de específicos intereses legítimos que les habilitan para actuar en beneficio de determinadas personas, señaladamente a efectos de legitimación en el recurso de amparo constitucional. Pero no es este el lugar adecuado de esta obra para el análisis detallado de todas estas cuestiones.

IV. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA

Como se desprende con toda claridad de la literalidad de su enunciado, el art. 23.1 de la Constitución consagra, como derecho fundamental, una doble forma de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, bien directamente, bien por medio de representantes. El predominio, por así llamarlo, en nuestro sistema de las formas de democracia representativa sobre las de democracia directa no parece necesitar de demasiadas demostraciones para cualquiera que conozca mínimamente aquel. Y así también se ha preocupado de ponerlo de manifiesto nuestro Tribunal Constitucional.

Es, ciertamente, la STC 76/1994, de 14 de marzo, la que, en su FJ 3, se ha referido de modo más completo a las características de este derecho fundamental de participación directa y a alguno de los más importantes aspectos de la que, sin duda, es, cuando menos, una de las más esenciales de las instituciones en las que, en nuestro sistema, se encarna, la **iniciativa legislativa popular**:

«sostienen (*los recurrentes*) que es contrario al derecho de participación directa consagrado en el art. 23.1 CE —y a la soberanía popular del art. 1.2 CE—, cualquier limitación del ámbito material sobre el que cabe ejercer la iniciativa legislativa popular, ya que, a su juicio, los referidos preceptos constitucionales prohíben el establecimiento de cualquier límite o condición a la participación directa de los ciudadanos (...)

Establecido, pues, que **los derechos de participación directa solo tienen el alcance que deriva del ordenamiento vigente**, debe aceptarse igualmente que, en nuestro caso, el hecho de que ese ordenamiento excluya determinadas materias de la iniciativa legislativa popular no vulnera ningún principio ni regla constitucional. Nuestra Constitución en su art. 1.3 proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que **priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa**. Siendo esto así, ninguna vulneración del orden constitucional puede advertirse en el hecho de que el propio Texto constitucional, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restrinja su alcance y condiciones de ejercicio y, más concretamente, que la iniciativa legislativa sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, quede reservado a la mediación de los representantes políticos.

En el caso que aquí nos ocupa, la previsión de la iniciativa legislativa popular se consagra en el art. 27.4 EAPV, que, a su vez, remite *in toto* su regulación a una futura ley del Parlamento Vasco, “de acuerdo con lo que establezca la Ley Orgánica prevista en el art. 83 de la Constitución”. La Ley a la que se remite el EAPV es hoy la 8/1986, de 26 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular. Y de lo dicho se infiere que ningún reparo constitucional cabe oponer a que en ella se excluyan determinadas materias de la iniciativa popular, al igual que en el ámbito estatal el art. 87.3 CE y la Ley Orgánica que lo desarrolla acotan las materias que

pueden ser objeto del ejercicio de la iniciativa legislativa popular ante las Cortes Generales. También en la Comunidad Autónoma del País Vasco el pueblo no tiene más derechos de participación política que los que le reconoce el ordenamiento vigente y en la forma de gobierno establecida en la Comunidad Autónoma priman también los mecanismos de democracia representativa y nada se opone a que entre los límites dentro de los que opera la iniciativa legislativa popular el ordenamiento jurídico prevea la exclusión de determinadas materias.»

Y esta doctrina general en torno a los límites de la iniciativa legislativa popular se concreta, en la misma STC (FJ 5), en el relativo a la reforma constitucional, dejando clara la imposibilidad de su desconocimiento, ya sea en forma directa o acudiendo a mecanismos de carácter indirecto.

Por otra parte, que como hemos expuesto y se deduce con toda claridad de las trascritas consideraciones de la STC 76/1994, la iniciativa legislativa popular **forma parte, en su caso, del derecho fundamental** reconocido en el art. 23.1 de la Constitución, en la vertiente que estamos examinando, lo ha reconocido expresa y directamente también el Tribunal Constitucional. Así, en el ATC 428/1989, de 21 de julio, se afirma (FJ 3) que «resulta indudable que esta facultad de iniciativa (*legislativa popular*), que comprende la de promover su ejercicio por los electores y la de presentar proposiciones de Ley, forma parte, una vez reconocida su existencia y regulado su uso por el Estatuto (*de Autonomía castellano-manchego*) y la Ley (*autonómica*) 2/1985, del derecho fundamental que los ciudadanos tienen de participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 de la CE)».

Como acabamos de exponer, la normativa reguladora, en cada caso, de la iniciativa legislativa popular establece una serie de requisitos, tanto de carácter formal como material (esen-

cialmente estos últimos relativos a su contenido posible), previendo la declaración de **inadmisibilidad** de aquellas iniciativas que no cumplan tales requisitos. Pues bien, de sumo interés es destacar ahora las declaraciones que el Tribunal Constitucional ha realizado en relación con el **ámbito posible de actuación de las Mesas parlamentarias** cuando adoptan dicha decisión, sobre todo teniendo en cuenta que, como examinaremos con más detalle posteriormente, dicho ámbito es más amplio que el que corresponde a las Mesas en los supuestos en que se pronuncian sobre la admisibilidad de iniciativas de origen parlamentario. Se señala así en el ATC 304/1996, de 28 de octubre, FJ 2, que «cuando el ordenamiento establezca causas de inadmisión en atención al contenido material de las proposiciones de ley —como sucede en el caso de la iniciativa legislativa popular—, el control de la Mesa deberá necesariamente atender a ese contenido, sin con ello invadir ninguna función jurisdiccional reservada a los Jueces y Tribunales».

Un específico supuesto fue objeto del ATC 140/1992, de 25 de mayo, que resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la decisión de una Mesa parlamentaria relativa a prórroga del plazo establecido para la recogida de firmas por los promotores de la iniciativa legislativa popular. Ya en su FJ 2 se realizan interesantes consideraciones sobre la **inexistencia de una correspondencia entre cualquier vulneración de la normativa reguladora de la institución que nos ocupa y la del derecho fundamental** reconocido en el art. 23.1 de la Constitución, exigiendo «la presencia de una relación causal entre irregularidad procedimental y trasgresión del contenido del derecho fundamental, de suerte que se haga evidente la imposibilidad de ejercicio de la iniciativa popular en virtud de obstáculos imprevisibles e insalvables». Y en el FJ 3 se aborda un cuidadoso deslinde de las características de las decisiones que en relación con el ejercicio de la iniciativa legislativa popular pueden, en su caso, adoptarse, a cuyo examen directo, por razo-

nes de espacio, forzosamente hemos de remitirnos.

Posteriormente, tanto la STC 19/2015, de 16 de febrero, como la STC 213/2016, de 15 de diciembre, contienen interesantes consideraciones adicionales sobre la iniciativa legislativa popular como instrumento de democracia directa que forma parte del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 de la Constitución.

Importantes han sido también las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre el **referéndum** como modalidad de participación directa que entronca con el art. 23.1 de la Constitución. En la **STC 103/2008**, de 11 de septiembre, FJ 2, se señala que:

«El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. **No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política**, es decir, de aquella participación “que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una **forma de democracia directa** y no una mera manifestación “del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente (...). (E)n el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por **democracia política**, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación

en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral (...)

El referéndum es, por tanto, una **especie del género “consulta popular”** con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta **cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral** (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10), **conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral**, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, **ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que este sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria.**»

Por su parte, en esta misma línea, la **STC 31/2015**, de 25 de febrero, recuerda (FJ 3) que la Constitución acoge algunos instrumentos característicos de la democracia directa,

como el régimen del concejo abierto, la iniciativa legislativa popular y, bajo distintas modalidades, la institución del referéndum, que entroncan todos ellos con el art. 23.1 de la Constitución. En el FJ 5 se aclara que **los supuestos de referéndum contemplados en la propia Constitución no agotan el elenco de referendos admisibles en nuestro ordenamiento**. Asimismo, se destaca que la circunstancia de que el referéndum no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante. Y se afirma que «el referéndum ha de realizarse de acuerdo con los procedimientos y con las garantías que permitan a los consultados expresar su opinión mediante votación, pues solo mediante el voto puede formarse la voluntad del cuerpo electoral». Por su parte, en el FJ 6 se aborda el **sistema de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas** en esta materia. Así, sin perjuicio de remitirnos, por razones de espacio, al examen directo de la Sentencia, cabe señalar que se recuerda que, de entrada, **el régimen jurídico del referéndum está sujeto a una doble reserva de ley orgánica**: una, genérica, vinculada al desarrollo del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 de la Constitución (art. 81.1 de la Constitución), y otra, específica, asociada a la institución del referéndum (art. 92.3 de la Constitución). Asimismo, la Constitución atribuye al **Estado, como competencia exclusiva, la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum** (art. 149.1.32.^a), competencia que ha de **extenderse a la entera disciplina de la institución, esto es, a su establecimiento y regulación**. Y respecto de las competencias de las Comunidades Autónomas se indica que «no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en un sistema, como el español, cuya regla general es la democracia representativa, **solo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitu-**

ción». Y se añade que **«queda fuera de la competencia autonómica formular consultas, aun no referendarias, que incidan sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos**. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines (...) Es patente, pues, que el parecer de la ciudadanía sobre tales cuestiones ha de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma».

Sin embargo, la **STC 90/2017**, de 5 de julio, FJ 8, **parece matizar** algunas de las afirmaciones anteriores:

«El Estado ostenta con arreglo al art. 149.1.32 CE competencia exclusiva para la autorización de consultas populares por vía de referéndum y también, de conformidad con los arts. 81.1, en relación con el artículo 23.1, y 92.3 CE, para la regulación de la institución del referéndum cualquiera que sea la modalidad o ámbito territorial sobre el que se proyecte. En la concreción de este ámbito competencial, hemos afirmado que “solo mediante normas estatales pueden preverse, en el respeto a las demás determinaciones de la Constitución, los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantía y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular” [STC 51/2017, FJ 5.b), con cita de la STC 137/2015, de 11 de junio, FJ 4].

Asimismo hemos precisado que, en el respeto a esta competencia estatal y a las normas de la Constitución en su

conjunto, **los Estatutos de Autonomía pueden “reconocer a las Comunidades Autónomas algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales** que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum, siempre que ello se reali[ce], claro está, sobre asuntos de competencia de la respectiva Comunidad Autónoma” [STC 137/2015, FJ 4; doctrina que reitera STC 51/2017, FJ 5.b)].

Las previsiones constitucionales no agotan el elenco de referéndums admisibles en nuestro ordenamiento, de modo que en principio el legislador orgánico (arts. 81.1 y **92.3 CE**) puede articular, aunque no sin límites, otras figuras de consultas referendarias. **Es a la Ley orgánica a la que remite este último precepto constitucional a la que correspondería, en su caso, la previsión, genérica o en abstracto, de consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental**, cuya regulación constituye contenido necesario, pero no exclusivo, de dicha ley orgánica [STC 51/2017, FJ 5.c)].»

Debe examinarse también la **STC 51/2017**, de 10 de mayo, donde se realiza un detallado examen (FJ 4) de las modalidades de referéndum en los sistemas jurídicos más próximos al nuestro, especialmente en lo referente a los referéndums de carácter infraestatal. Asimismo, en sus FF. JJ. 5 y 6 expone **con detalle la articulación constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas** en materia de referéndum. Interesa destacar específicamente ahora que, con cita de la STC 31/2010, de 28 de junio, se recuerda que una modalidad de referéndum distinta a las contempladas en la Constitución «no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales

de cuantos se regulan en la Ley Orgánica 2/1980, (*pero*) sí cabría excepcionar la aplicación a ella de los procedimientos y formalidades menos necesarios a los fines de la identificación de la consulta como un verdadero referéndum». Asimismo, también indica que el legislador puede articular otras figuras de consulta referendaria distintas de las contempladas en la Constitución, pero tal relativa apertura en este extremo «queda confiada al legislador orgánico al que llaman los arts. 81.1 y 92.3 CE», y se refiere incluso a «**La inexcusable previsión en la ley orgánica a la que remite el artículo 92.3 CE de cualquier hipotética nueva modalidad de referéndum**».

También contiene la STC 51/2017, en su FJ 6 *in fine*, interesantes declaraciones sobre las diferencias, a los efectos que nos ocupan, entre la iniciativa legislativa popular y el referéndum.

Finalmente, tan solo destacar, con la STC 31/2015, que (FJ 7) el juicio sobre la naturaleza de los referendos, con todas las consecuencias pertinentes, debe verificarse al margen del *nomen iuris* asignado a las consultas reguladas, y que [FJ 8.a)] podemos encontrarlos ante un referéndum aun cuando se produzca un llamamiento a un cuerpo electoral más amplio que el configurado por la legislación electoral general, al tratarse de una verdadera *apellatio ad populum*.

V. LA CONEXIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS

Ya señalamos, al comienzo del comentario de este precepto constitucional, el ap. 1 del art. 23 de la Constitución, y con el objetivo esencialmente formal de definir y explicar cuál iba a ser precisamente su contenido, la estrecha conexión que el Tribunal Constitucional ha

establecido entre el citado precepto y el del ap. 2 del mismo art. 23 de la Constitución, cuando de cargos públicos representativos se trata. Incluso adelantábamos algunos pronunciamientos del Alto Tribunal al respecto.

La importancia de la cuestión, ya desde un plano de mayor sustantividad, nos exige, sin embargo, abundar en el examen de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, dedicándole un epígrafe específico. Máxime porque esa conexión o, si se prefiere, instrumentalidad del derecho fundamental reconocido en el ap. 2 del art. 23 de la Constitución en relación con el consagrado en su ap. 1, aun mantenida —siquiera en la actualidad— de modo pacífico y uniforme por el Alto Tribunal, no ha dejado de ser abiertamente puesta en cuestión, de manera además extremadamente brillante, por relevantes representantes de nuestra doctrina científica.

En la STC 71/1989, de 20 de abril, se pone de manifiesto (FJ 3), ciertamente, la **conexión** que estamos comentando, pero también se cuida el Tribunal Constitucional de precisar que ello **no supone la imposibilidad de identificar el contenido, propio y distinto**, de cada uno de los derechos fundamentales a que aludimos:

«La primera consideración que procede hacer es la dirigida a identificar cuál es el derecho fundamental realmente cuestionado, pues los demandantes hacen referencia generalizada a los derechos del art. 23 de la Constitución, sin advertir que en este precepto (...) se reconocen (...) dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 de la Constitución.

Estos dos (...) derechos se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es ex-

cesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, pero ello no quiere decir que se manifiesten tan absolutamente fusionados que no sea posible conceptuarlos, dentro de la intensa interdependencia que los caracteriza, como derechos susceptibles de tratamiento autónomo en el que puedan aislarse lesiones que afecten, a los efectos del recurso de amparo, tan solo a uno de ellos, pues así lo permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos hace el art. 23 de la Constitución, garante en su núm. 1 del derecho de participar en los asuntos públicos, aparte de poder hacerlo directamente en los supuestos que proceda, mediante representantes libremente elegidos —derecho electoral activo— y en su núm. 2 del derecho a acceder a cargos públicos como tales representantes —derecho electoral pasivo—.»

Y en la STC 24/1990, de 15 de febrero, se afirma (FJ 2) que:

«Al margen de las invocaciones de otros derechos como supuestamente vulnerados, lo que caracteriza a los dos recursos aquí acumulados es su significación en orden a la definición y al respeto de los derechos del art. 23.2 de la Constitución, al hilo de la interpretación de la legalidad infraconstitucional; derechos que aun siendo diferentes del más general reconocido en el primer párrafo del mismo artículo, guardan con este íntima relación que no deberemos olvidar a la hora de interpretarlos, pues el **derecho de sufragio activo y el pasivo son aspectos indisolubles de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto** (arts. 68.1 y 69.1 CE), conforme al cual se realizan las elecciones generales para

las dos Cámaras de las que se componen las Cortes Generales (art. 66.1 CE), que en su doble condición de representantes del pueblo español (art. 66.1 CE. en quien reside la soberanía (art. 2 CE), y de titulares de la potestad legislativa (art. 66.2 CE) hacen realidad el principio de toda democracia representativa, a saber, que los sujetos a las normas sean, por vía de la representación parlamentaria, los autores de las normas, o dicho de otro modo, que los ciudadanos sean actores y autores del ordenamiento jurídico.»

Sin embargo, es probablemente en la **STC 10/1983**, de 21 de febrero, donde se realizó (FJ 2), ya tempranamente, un intento de construcción más elaborada del fundamento y caracteres de la relación entre los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 de la Constitución que ahora nos interesan, inspirada en el **concepto de representación política**, si bien parece que en unos términos distintos de los que, finalmente, han acabado por imponerse en la doctrina del Tribunal Constitucional; *vide*, en este sentido comparativo, además de los pronunciamientos al respecto que recogemos en otras partes de este comentario, lo que se afirma en la STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4:

«Para resolver sobre esta alegación hay que comenzar por determinar, en lo aquí necesario, el contenido de los derechos que el mencionado art. 23 de la Constitución consagra.

El primero de ellos es, claro está, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (...) El problema nuclear es el de cuál sea el contenido concreto del derecho a participar mediante representantes o, en otros términos, cuáles son, en cuanto hayan de ser tenidas en cuenta para la

decisión de este recurso, las notas esenciales del concepto de representación política.

El sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

La función del representante puede revestir, ciertamente, muy distintas formas y aunque en el entendimiento común y en la opción política de nuestra Constitución (art. 1.3) la idea de representación va unida a la de mandato libre, no es teóricamente inimaginable un sistema de democracia mediata o indirecta en la que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los representados (...).

El extremo que debe ser analizado es el de si, dada la conexión necesaria e inmediata que, como acabamos de afirmar, existe entre representación y elección popular, cabe considerar constitucionalmente legítima una organización de la representación en la que los representantes pueden ser privados de su función por una decisión que no emana de los propios electores. No requiere este análisis de muy largo desarrollo para llegar a una respuesta inequívocamente negativa. Si todos los poderes del Estado emanan

del pueblo, podrá discutirse la conveniencia o, dentro de un sistema representativo concreto, la licitud de la facultad de revocación concedida a los electores, o la oportunidad o la justicia de aquellas normas jurídicas que, de modo general, establezcan, como consecuencia necesaria de ciertos supuestos de hecho, el cese del representante en las funciones que el pueblo le ha conferido. No es, por el contrario, constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público, la facultad de determinar por sí misma ese cese sujetándose solo a las normas que libremente haya dictado para sí.

El derecho que la Constitución (art. 23.1) garantiza a todos los ciudadanos, de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos, es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que solo afectan a cada uno de estos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta sin embargo a todos simultáneamente y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados. Lo propio de la representación, de cualquier modo que esta se construya, tanto basada en el mandato libre como en el mandato imperativo, es el establecimiento de la **presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados**, en razón de la cual son imputados a estos en su conjunto y no solo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los ac-

tos de aquel. **El desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa** y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella. Al reaccionar contra el acto que lo expulsa de su función, el representante no defiende, por tanto, solo un derecho propio, pero tampoco, en modo alguno, un derecho ajeno, pues la finalidad que persigue es justamente la de restaurar la unidad de voluntad en que la representación consiste.

En su segundo apartado, el art. 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En lo que aquí importa este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicos de cualquier género y no solo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza. **En el caso de los cargos y funciones públicos de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también**

por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo.

Cuando esa violación se produce porque la regulación legal cuya aplicación origina el cese en el cargo lesiona el principio de igualdad o derechos fundamentales del propio representante como simple ciudadano, tal violación afectará también, sin duda, al cuerpo electoral, cuya voluntad representa, pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso anteriormente estudiado, **el daño que los ciudadanos, como representados, padezcan, no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno**, pues el trato discriminatorio de que puede ser objeto el representante o la perturbación que eventualmente sufra en el uso legítimo de sus derechos fundamentales y libertades públicas afecta en primer término a su propio ámbito protegido y solo indirectamente, y en la medida en que lo desplace de su cargo o función, cuya naturaleza no ha sido desfigurada, a la situación jurídica de los representados.»

Muy poco antes ya se había señalado en la **STC 5/1983**, de 4 de febrero, FJ 4, que el art. 23.1 de la Constitución «consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas, lo que evidencia a nuestro juicio que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar —y no de ninguna organización como el partido político—, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de derecho, y no de la voluntad del partido político. En definitiva, y sin perjuicio de las incompatibilidades que pueda regular la Ley, **el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no**

puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido».

Resultan también de interés las consideraciones que se realizan en la **STC 123/2017**, de 2 de noviembre. En particular, en su FJ 3 se afirma que:

«El mandato libre en virtud de este art. 67.2 CE supone, pues, la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades políticas ajenas y proscribire por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones; sujeción que, de llegar a verificarse, contrariaría asimismo, adicionalmente, sus derechos al mantenimiento en el cargo y a ejercerlo sin constricciones ilegítimas (art. 23.2 CE).»

No puede, en este momento, dejar de hacerse referencia a otra cuestión que guarda relación con esa conexión entre los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del art. 23 de la Constitución. En efecto, creemos haber dejado claro que dicha conexión se produce tan solo en los supuestos en que se esté discutiendo sobre la situación jurídica de los cargos públicos representativos, entendidos estos en el sentido que ya ha quedado apuntado en alguna de las resoluciones citadas del Tribunal Constitucional. Sin embargo, **la cuestión surge cuando se sostiene, como hizo algún relevante sector de la doctrina científica, que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución solo se refiere, precisamente, a los cargos públicos representativos**

y no a cualesquiera otros cargos públicos de otra naturaleza o a cualesquiera que desarrollen otras funciones públicas. Incluso, esa postura llegó a ser mantenida en algún momento por el Tribunal Constitucional (*vide* STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4). Ciertamente, como de inmediato vamos a examinar, el Alto Tribunal la cambió posteriormente, declarándolo incluso de modo expreso, y ha mantenido pacífica y reiteradamente hasta hoy mismo la doctrina de la titularidad del señalado derecho fundamental también en los supuestos de otros cargos o funciones públicos no representativos. Pero esas **dudas** le obligaron también a realizar una serie de **precisiones** para distinguir las características de los diversos supuestos, que tienen indudable interés para mejor definir la naturaleza jurídica del derecho fundamental que es objeto del presente comentario. Se señala así en la **STC 24/1990** (FJ 2) que:

«Aunque en alguna decisión aislada (STC 23/1984) llegó a afirmarse que este precepto, interpretado a la luz de los Pactos Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, hace referencia solo a los cargos y funciones representativos, a los que se llega por procedimientos electivos, una doctrina consistente, reiterada en numerosísimas Sentencias, lo entiende aplicable también a los cargos y funciones de otro orden, siempre, claro está, que se trate de cargos y funciones públicos (así, entre otras, SSTC 5/1983, 10/1983, 21/1984, 5/1986, 148/1986, 176/1986).

Esta extensión del ámbito protegido por el derecho fundamental no implica, sin embargo, en modo alguno, que dentro de él no hayan de establecerse distinciones, pues no es el mismo el contenido de tal derecho cuando se predica de cargos funcionariales o, más ampliamente, no representativos, que cuando hace relación a cargos que se alcanzan a través de la elección po-

pular y tienen, por tanto, naturaleza representativa.

Respecto de los primeros, como dice una de las Sentencias antes citadas (STC 50/1986) “lo que como concreción del principio general de igualdad otorga el art. 23.2 CE a todos los españoles, es un **derecho de carácter puramente reaccional** para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebren la igualdad”.

Por el contrario, **en el caso de los cargos y funciones representativos** y, en general, de cargos y funciones cuya naturaleza esencial viene definida por la propia Constitución “los **requisitos que señalen las leyes**” solo serán admisibles en la medida en que sean **congruentes con esa naturaleza** y, por tanto, tanto las normas que los establecen como los actos de aplicación de estas pueden ser traídos ante este Tribunal, no solo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación.»

También puede ser este el momento adecuado para referirse a determinadas características del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución que, en razón de esa conexión con el previsto en el ap. 1 del mismo artículo, deben tenerse en cuenta también cuando nos encontramos ante cuestiones relacionadas con los cargos públicos representativos. Así, puede aludirse a que:

a) El art. 23.2 de la Constitución supone una **concreción o especificación del principio de igualdad** reconocido en el art. 14 de la Ley Fundamental (STC 24/1989, FJ 2), a no ser que la diferenciación impugnada se deba a algunos de los criterios de discriminación expresamente impedidos por el mencionado art. 14.

b) El art. 23.2 de la Constitución consagra un **derecho de configuración legal**, lo que supone, a su vez, la necesidad de deslindar con precisión el **ámbito posible de actuación de los órganos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional**. Señala la **STC 214/1998**, de 11 de noviembre, FJ 3, que:

«Dado el carácter de derecho fundamental de configuración legal que caracteriza al consagrado en el art. 23.2 CE (STC 25/1990, FJ 6), conviene comenzar poniendo una vez más de manifiesto la dificultad a la hora de marcar la divisoria entre la legalidad y la constitucionalidad en estas controversias, trabadas en torno a la interpretación judicial de la legislación configuradora del derecho fundamental (STC 30/1993, FJ 6).

Pues, por una parte, los derechos fundamentales de configuración legal, sin perjuicio de que en ellos opere intensamente el legislador en cuanto procede a la “delimitación de su contenido y perfiles concretos” (STC 25/1990, FJ 6), no dejan por ello, como es obvio, de ser tales, debiendo consiguientemente este Tribunal revisar en la vía de amparo si la interpretación de la legalidad se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem* y, en particular, si su aplicación ha podido afectar a la integridad del mismo (SSTC 24 y 25/1990). Pero, de otro lado, en atención a la función creadora que desempeña la legalidad en la propia delimitación del contenido de estos “derechos de configuración legal”, no puede tampoco dejar de reconocerse que a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial debe corresponder, en línea de principio, un cierto margen de apreciación en la resolución de los casos en que estén en juego derechos de esta naturaleza. Para decirlo en términos anteriormente empleados a propósito de este

mismo derecho: “Para este Tribunal, en efecto, no es indiferente la interpretación del alcance de los derechos llevada a cabo por los Tribunales ordinarios, particularmente en la medida en que lo que se encuentra implicada es la interpretación de la legalidad” (STC 287/1994, FJ 4).»

Asimismo, posteriormente tendremos ocasión de exponer las peculiaridades de estas notas propias del art. 23.2 de la Constitución cuando nos encontramos ante el **desarrollo de sus funciones por miembros de Asambleas Legislativas**. En efecto, habrá entonces de destacarse el papel de los Reglamentos parlamentarios en la configuración del derecho fundamental, por un lado, y de la autonomía parlamentaria como elemento esencial para marcar el deslinde entre las posibilidades de actuación de los órganos parlamentarios y el Tribunal Constitucional.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ART. 23 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Introducción

Creemos haber puesto ya de manifiesto sobradamente las características de la conexión entre los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del art. 23 de la Constitución cuando se trata de cargos públicos representativos. Nos corresponde ahora realizar un examen más detallado de las diversas cuestiones concretas que plantea el régimen jurídico-constitucional de los cargos públicos representativos a la luz de los mencionados derechos fundamentales y, ya más específicamente, en cuanto derecho fundamental directa e inmediatamente afectado según la doctrina del Tribunal Constitucional que venimos exponiendo, respecto del derecho fundamental reconocido en el ap. 2 del art. 23 de la Constitución.

Sin embargo, lo obligadamente limitado de la extensión de este comentario va a impedir, desde luego, y como es fácil comprender, un análisis completo y profundo de los apuntados aspectos. Las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre específicas cuestiones relacionadas con el proceso electoral de los cargos públicos representativos o con el desarrollo o ejercicio de sus funciones propias o la eventual privación de su condición, es tan amplia que, como es sabido, existen muy extensos estudios y recopilaciones dedicados a estas cuestiones, a cuyo examen hemos de remitirnos, limitándonos aquí forzosamente a destacar muy **resumidamente los esenciales pronunciamientos que al respecto ha formulado el Alto Tribunal.**

Lo que sí nos interesa reiterar y dejar claro ya de entrada, en cuanto que sobre esta base organizaremos formalmente nuestro estudio, es que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, cuando de cargos públicos representativos se trata, comprende **no solo el acceso a los mismos, sino también su desarrollo o ejercicio y la permanencia en tales cargos representativos**, todo ello, desde luego, en las condiciones y con los requisitos que vengán determinados como contenido del considerado derecho fundamental. Se señala así en la **STC 298/2006**, de 23 de octubre, FJ 6, que:

«El art. 23.2 CE, en lo que ahora interesa, consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los

que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3).

Cualquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el art. 23.2 CE —acceso, permanencia y ejercicio— está **delimitada** —con arreglo al propio precepto constitucional— por la necesidad de **llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”.**»

2. Acceso

En relación con esta que pudiéramos denominar primera vertiente del derecho fundamental en relación con los cargos públicos representativos, la del acceso, cabe referirse a la declaración general que formulara la STC 27/1990, de 22 de febrero, FJ 3:

«El derecho de sufragio pasivo que consagra el art. 23.2 de la Constitución, en relación con el núm. 1 de dicho precepto, “tiene como contenido esencial, según la STC 71/1989 (FJ 4.º), asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se **mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos**”. Por tanto, se vulnera el derecho de sufra-

gio activo y pasivo (art. 23.1 y 2 de la CE) —piedra angular del sistema democrático— cuando, demostrada la votación mayoritaria de un candidato respecto de otro, se hace la proclamación en favor de este último en virtud de una argumentación que contradice abiertamente el sistema electoral y la Ley Orgánica que lo regula.»

En cuanto a las **características del sistema electoral**, debemos aludir a la STC 75/1985, de 21 de junio, que en su FJ 4 proclama que «el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad en la Ley, o, como el mismo art. 23.2 de la Constitución establece, de una igualdad referida a las “condiciones” legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema, y no por referencia a cualquier otro». De interés son también las declaraciones de esta STC (FJ 5) en torno a que la **proporcionalidad del sistema electoral** no puede ser «pura», siendo aquella «más bien una orientación o criterio tendencial», así como las recogidas en la STC 193/1989, de 16 de noviembre, al señalar (FJ 6) que el legislador puede introducir «correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad, a la vista de las necesidades derivadas del principio de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos», siendo su opción legítima en tanto «se funde en fines u objetivos legítimos y razonables (...) y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia». Por lo demás, sobre las denominadas «barreras electorales», debe examinarse la STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 5. Asimismo, resultan de interés en los aspectos a que nos referimos las SSTC 197/2014, de 4 de diciembre, y 15/2015, de 2 de marzo.

Cuestión de interés es también, sin duda, la relativa al **rango de las normas que han de configurar el derecho fundamental** reconocido en el art. 23.2 de la Constitución en su vertiente de acceso que estamos considerando. Ciertamente, las declaraciones del Tribunal Constitucional han oscilado en esta materia (*vide*, por ejemplo, STC 8/1985, de 25 de enero, FJ 4, o STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 5), concluyendo, sin embargo, la STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7, que el art. 23.2 de la Constitución «no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos, por lo que no es lícito concluir que queda infringido si los requisitos que condicionan dicho acceso no se regulan exclusivamente por normas con rango de Ley o, menos aún, por Ley Orgánica, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución. (...) los requisitos para acceder a cargos electivos de representación política, a través de procesos electorales generales, debe(n) regularse mediante Ley Orgánica, no porque esta exigencia se deduzca expresamente del art. 23.2 de la Constitución, sino porque deriva manifiestamente del art. 81.1, de igual manera que la designación de los miembros de las Mesas de las Cámaras Legislativas ha de regularse en los Reglamentos de las mismas».

Y en cuanto a la **naturaleza** del derecho fundamental, en relación con la vertiente que consideramos, proclamando la relevancia en esta materia **no solo del respeto de la igualdad, sino también de las previsiones normativas** a las que acabamos de aludir, en cuanto derecho de configuración legal, resulta necesario referirse a la **STC 135/2004**, de 5 de agosto, que, además, en su FJ 4 lleva a cabo un completo **análisis de las posibilidades de actuación del Tribunal Constitucional** en esta materia:

«el derecho de acceso a los cargos públicos que se recoge en el art. 23.2 CE es, inequívocamente, un derecho de igualdad, como taxativamente se afirma en el propio precepto constitu-

cional, de modo que el derecho mismo resultaría violado si se produjera cualquier género de discriminación o preterición infundada en el proceso de acceso al cargo público representativo (...).

El principio de igualdad es ciertamente un elemento esencial del derecho a acceder a los cargos de representación política, pero este no agota ahí su contenido. Estando condicionado su ejercicio a los requisitos que señalen las Leyes se trata de un derecho de configuración legal, en el que este Tribunal ha declarado (...) que es obligado integrar, desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, “la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral” (...) Tal aserto, sin embargo, **no debe llevar a la identificación del contenido del derecho reconocido en el art. 23.2 CE con toda la legalidad electoral** sin más, ni puede aislarse, descontextualizándolo de las consideraciones que en aquella Sentencia se hacían sobre el **contenido esencial del derecho de sufragio pasivo**, que no es otro que asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos, así como sobre la necesidad de que las irregularidades o anomalías del procedimiento electoral denunciadas afecten al resultado final de la elección para poder apreciar la existencia de una lesión real y efectiva del derecho de sufragio pasivo (...).

En definitiva, además de un derecho de igualdad, el art. 23.2 CE incorpora también un contenido sustantivo propio si se pone, como es preciso, en relación con el párrafo primero del mismo precepto, que preserva el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, en lo que ahora interesa, por medio de representantes, pues el concepto constitucional de representación incorpora, sin duda, una referencia a un modo de constitución democrática de determinadas instituciones públicas que debe ser respetado como contenido necesario de ambos derechos. De modo que, **aunque la igualdad hubiera sido respetada, también hemos de examinar, en procesos como el que nos ocupa, si determinada norma o el acto de aplicación de esta se atempera o resulta conciliable con lo que cabe reconocer como concepto o imagen constitucionalmente garantizado de la representación política** (...).

Finalmente ha de recordarse que nuestra labor de enjuiciamiento **no puede circunscribirse en este caso a la mera constatación de la razonabilidad de la interpretación de la legislación electoral** efectuada por las Juntas Electorales Provinciales y por el Tribunal Supremo, pues el criterio de la razonabilidad no resulta suficiente, ya que lo que se invoca en la demanda de amparo no es el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza a todos el art. 24.1 CE, sino de manera específica el derecho fundamental de carácter sustantivo a acceder en condiciones de igualdad y conforme a lo dispuesto en las Leyes a determinado cargo público representativo (art. 23.2 CE). El recurso de amparo ahora planteado está ante todo al servicio de la preservación y protección de tal derecho fundamental y la

determinación de si el mismo ha sido o no respetado requiere también por nuestra parte de una **indagación de carácter sustantivo**, que no se cumple, por tanto, con el simple reconocimiento de la razonable interpretación que puedan exhibir las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas. No obstante, esa indagación de carácter sustantivo debe acotarse en sus **límites** con toda claridad, pues el recurso de amparo no es un cauce idóneo para la revisión genérica o indiferenciada de la correcta interpretación de la legalidad llevada a cabo por los órganos constitucionalmente competentes para ello. También aquí, en otras palabras, nuestra tarea es la de realizar un **juicio de constitucionalidad, no de legalidad ordinaria.**»

En cuanto a las posibilidades de actuación del Tribunal Constitucional en función de las **características del proceso constitucional** del que conoce, recurso de amparo ordinario o electoral, *vide* STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4. Para el específico, y polémico, supuesto de irregularidades en el censo electoral y recurso de amparo electoral, SSTC 148 y 149/1999, de 4 de agosto.

Por otro lado, especial interés ha merecido, sin duda, en la doctrina del Tribunal Constitucional, la exigencia de la **promesa o juramento de acatamiento a la Constitución** para el acceso a los cargos públicos representativos. Para el examen de esta cuestión, sin embargo, nos remitimos al comentario, en esta obra, del art. 9.1 de la Ley Fundamental.

Por lo demás, consideraciones análogas a las que hemos expuesto en relación con la proclamación de candidatos electos ha realizado también el Tribunal Constitucional cuando se trata de la **proclamación de candidatos o candidaturas**, destacando que en los recursos de amparo electorales que tienen tal objeto no se trata de corregir cualquier irregularidad que pueda producirse o cualquier

incumplimiento de la legalidad, electoral o no, que no tienen por qué producir la vulneración de derechos fundamentales, en concreto, del reconocido en el art. 23.2 de la Constitución (STC 160/1989, de 10 de octubre, FJ 2), señalando así, por ejemplo, que el derecho de sufragio pasivo «no resulta menoscabado, ni afectado siquiera, por el orden en el que los candidatos —todos ellos elegibles—, aparezcan en la lista, sin perjuicio, claro está, de que tal orden haya de resultar relevante, pero sin restringir ya el derecho fundamental de ninguno de los candidatos, en el procedimiento de escrutinio, y de asignación de puestos en el órgano de que se trate, que subsiga al acto de la votación» (STC 61/1987, de 20 de mayo, FJ 2).

En cuanto a las **causas de inelegibilidad** (concepto distinto de la capacidad jurídica electoral —STC 144/1999, FJ 4—), susceptibles sin duda de determinar la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución en la vertiente que ahora nos ocupa, se ha declarado que su fijación ha de respetar el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, estableciéndose expresamente y no siendo susceptibles de interpretación analógica (STC 28/1986, de 20 de febrero, FJ 2).

Puede destacarse la **STC 125/2013**, de 23 de mayo, relativa a la elección de alcalde, que determina que solo puede serlo quien obtuvo la legitimación de las urnas por su integración en alguna de las listas electorales concurrentes a las elecciones municipales, con lo que quedan excluidos los concejales que accedieron por la vía excepcional del art. 182.2 de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General.

Resulta de interés la **STC 60/1987**, de 20 de mayo, FJ 2, que señala que:

«se introduce un trato diferente a efectos del ejercicio del derecho de sufragio pasivo para la formación de la Asamblea Legislativa de Extrema-

dura, entre quienes tienen la condición de extremeños y el resto de los ciudadanos españoles que no la ostentan. No es menos cierto sin embargo que tal diferenciación no puede hacerse equivaler a la discriminación que la Constitución prohíbe en su art. 23.2, pues, de conformidad con la constante doctrina de este Tribunal, las singularizaciones normativas no merecen tal reproche cuando muestran un fundamento razonable, atendido al criterio adoptado para la diferenciación y la finalidad perseguida.

Ese fundamento no puede negarse que existe en las disposiciones que ahora indirectamente se pretenden controvertir porque no cabe descalificar como desprovista de razonabilidad la exigencia de que quienes aspiran a acceder a cargo público de Diputado de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Extremadura tengan la condición política de extremeño, ya que esta exigencia resulta justificada teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Ley 2/1987, de procurar una cierta homogeneidad de intereses en el ámbito de la Comunidad Autónoma entre el Cuerpo Electoral y aquellos que ante él se proponen como candidatos. Este es un fin constitucionalmente lícito para el Legislador y tampoco puede decirse que el criterio elegido para su consecución resulte discriminatorio.»

En relación con la supuesta concurrencia de causas de inelegibilidad, forzoso es referirnos aquí a la muy relevante doctrina del Tribunal Constitucional recaída respecto de las anulaciones de candidaturas presentadas por **agrupaciones de electores** como consecuencia de su **vinculación con partidos políticos ilegalizados**. La citada doctrina tiene su punto de partida en la **STC 85/2003**, de 8 de mayo, de ineludible consulta directa, y ha sido resumida en la **STC 110/2007**, de 10 de

mayo. Muy brevemente, destacaremos aquí que esta última Sentencia, en su FJ 10, recuerda que «la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados» y que la previsión del art. 44.4 de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General «si bien no puede calificarse como “una causa de inelegibilidad, pues las personas que figuran en la agrupación no proclamada pueden ejercer su derecho de sufragio pasivo a través de otra candidatura” (STC 85/2003, FJ 24, luego reiterada en SSTC 99/2004, FJ 14, y 68/2005, FJ 10), “no puede negarse que ‘restringe materialmente el libre ejercicio de aquel derecho’, pues aunque no excluye su ejercicio con carácter absoluto, ‘sí impide que lo disfruten en unión de quienes con su concurso puedan dar fundamento razonable a la convicción judicial de que se está ante un concierto de voluntades para la elusión fraudulenta de las consecuencias jurídicas de la disolución de un partido político’ (STC 99/2004, FJ 14)” (STC 68/2005, FJ 10). Como igualmente subrayamos en esta misma resolución, “tal fue la razón que explica la interpretación conforme del art. 44.4 LOREG contenida en la STC 85/2003, en cuya virtud ‘su sentido no es el propio de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse, justamente, la desnaturalización de las agrupaciones electorales como instrumentos de participación ciudadana’ (STC 85/2003, FJ 24)”, haciendo así imposible que a su través pudiera articularse fraudulentamente la continuidad material de un partido político disuelto judicialmente».

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha destacado la relevancia que en el control de los procesos electorales ha de otorgarse a los **principios de conservación de los actos, de proporcionalidad y de efectividad de los derechos fundamentales**, consagrando así una doctrina relativa a los efectos de la declaración de nulidad de una elección en la **STC 24/1990**, que vino a matizar lo que previa-

mente se había declarado en la STC 169/1987, de 29 de octubre. Al respecto, ha de tenerse en cuenta la posterior modificación del contenido del art. 113.2.d) de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General. En particular, sobre el alcance del ambiguo en su denominación principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, *vide* STC 26/2004, de 26 de febrero, FJ 6.

Resulta también de interés el examen de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las **denominaciones de las coaliciones electorales** y, en general, aquella que señala, como se recoge en la STC 187/2007, de 10 de septiembre, FJ 6, que «la denominación, siglas y símbolos de los instrumentos de participación política y electoral —partidos, coaliciones, federaciones, agrupaciones electorales— son un elemento fundamental de los mismos, no solo porque sirven como elemento intrínseco de configuración, sino, y sobre todo, por constituir un medio fundamental de identificación del ciudadano, ya que están al servicio de una identificación clara y distinta de quien presente la candidatura para que la voluntad política que los sufragios expresen se corresponda, con la mayor fiabilidad posible, a la entidad real de quien, a lo largo de la campaña electoral, así los recabe».

Por su parte, en la **STC 168/2007**, de 18 de julio, se realizó (FJ 3) un completo examen del estado de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del **régimen de nulidad de votos**. Se afirmó que el art. 96.2 de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General, en su redacción entonces vigente, recoge el llamado **principio de inalterabilidad de la lista electoral** con mayor rigor que en la normativa anterior, con la «finalidad de enfatizar la prohibición de señales o manipulaciones de cualquier tipo en las papeletas de voto, precisamente por su carácter de papeletas que incorporan listas bloqueadas y cerradas en las que no es menester indicación alguna del elector al emitir el sufragio». Se trata de una afirmación que, como se observa, se refie-

re a los supuestos de elecciones con listas bloqueadas y cerradas, lo que lleva a la existencia de un régimen específico para las elecciones al Senado, recogido en el art. 96.3 de la citada Ley Orgánica, y a cuyas características alude inmediatamente la Sentencia que consideramos.

Debemos aprovechar ahora para destacar, como se hace en el FJ 5 de esta última Sentencia, la relevancia que siempre el Tribunal Constitucional ha otorgado a la búsqueda del **«conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores»**, aun cuando se llegue a afirmar que a ese conocimiento, así como a los principios de conservación de actos válidamente celebrados y de interpretación más favorable a la plenitud del derecho de sufragio, «debe preceder el **respeto a la inalterabilidad de la candidatura en la emisión del sufragio»**.

Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, **modificó la redacción del art. 96.2** de la Ley Orgánica sobre Régimen Electoral General. Y la **STC 124/2011**, de 14 de julio, declaró (FJ 5) que la modificación clarificadora introducida por dicha Ley Orgánica abre el paso a la virtualidad de los principios de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, de conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas por los electores y de conservación de los actos y perfila el ámbito propio del principio de inalterabilidad. E inmediatamente afirma que la tensión entre aquellos **principios** y este último queda resuelta con la **conciliación sistemática** que indica y a cuyo examen directo hemos de remitirnos ahora. Por su parte, la **STC 158/2015**, de 14 de julio, permitió al Tribunal Constitucional perfilar y aclarar esa doctrina.

Finalmente, solo podemos aludir aquí a la muy amplia doctrina del Tribunal Constitucional en materia de **subsunción de irregularidades** sufridas en la presentación de candidaturas ante la Administración electoral y que puede resumirse, como señala la

STC 97/2007, de 8 de mayo, FJ 4, «en la afirmación de que, por principio, los errores e irregularidades cometidos en la presentación de aquellas son subsanables y que, en consecuencia, las Juntas Electorales han de ofrecer la oportunidad de que las candidaturas en las que se han detectado lo hagan». Nos remitimos, para mayor detalle, al contenido de esta Sentencia que, como exponemos, recoge un principio general que ya había informado reiteradamente la actuación del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 59/1987, 29/1989 o 104/1991). Debe añadirse, no obstante, que el Alto Tribunal también ha destacado la relevancia de una **actuación diligente en el proceso electoral** (por todas, STC 73/1995, de 12 de mayo, FJ 3).

3. Ejercicio

Como ya hemos señalado, y puso de relieve con carácter general la STC 161/1988, FJ 6, el art. 23.2 de la Constitución «garantiza, no solo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga (STC 32/1985, de 6 de marzo), ya que en otro caso la norma constitucional **perdería toda eficacia** si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico».

Sin perjuicio de que, como hemos expuesto, estas declaraciones tienen un alcance general, de aplicación a los distintos cargos públicos representativos, es el relativo a **miembros de Asambleas Legislativas** el ámbito donde el Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina más amplia y de mayor calado, teniendo en cuenta la específica naturaleza de tales órganos y los esenciales valores de nuestro sistema que se encuentran relacionados con la cuestión. Muy brevemente, podemos referirnos del siguiente modo a los **esenciales aspectos de esa doctrina del**

Tribunal Constitucional (aun cuando la misma ha sufrido y sufre oscilaciones y vacilaciones de relevancia, como la relativa por ejemplo al posible examen liminar por las Mesas parlamentarias de la adecuación a Derecho de las iniciativas formuladas, controlando si existe una contradicción o inconstitucionalidad evidente —*vide* STC 205/1990, de 13 de diciembre, o STC 109/2016, de 7 de junio—):

a) **Compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios** corresponden, de modo que una vez creados sus derechos y facultades se integran en su **status representativo**, configurando su **ius in officium**, y vetando la Constitución la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo, introduciendo obstáculos que puedan colocar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros. Así lo señala la STC 39/2008, de 10 de marzo, en su FJ 5, y añade que «Lo dicho **no conlleva, por otra parte, que cualquier infracción del estatuto del parlamentario en la Cámara represente por sí sola una lesión del derecho fundamental** toda vez que únicamente poseen relevancia constitucional aquellos derechos o facultades que pertenezcan al **núcleo de la función representativa parlamentaria**, respecto de los cuales cabría apreciar vulneración del art. 23.2 CE “si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan ilegítimamente su práctica o adoptan decisiones jurídicamente reprobables que contraríen la **naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes**”. Y se añade, en la STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3, que indudablemente pertenecen al núcleo de la función representativa parlamentaria los derechos o facultades relativos al ejercicio de la función legislativa o de control de la acción de gobierno. Esta misma Sentencia incluye expresamente en ese núcleo (FJ 4) la facultad de los Diputados de constituir Grupo Parlamentario o de participar en los debates parlamentarios, en los términos que vengan establecidos, de

la misma manera que la STC 361/2006, de 18 de diciembre, incluye en el mismo el derecho al voto, o lo mismo se ha señalado, específicamente, en relación con la presentación de proposiciones de ley (STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 5) o de enmiendas en el procedimiento legislativo (ATC 118/1999, de 10 de mayo, FJ 2), las solicitudes de información (STC 161/1988, FJ 7; sobre el derecho a obtenerla, discutido, *vide* STC 203/2001, de 15 de octubre, pero también las SSTC 196/1990, de 29 de noviembre, o 220/1991, de 25 de noviembre, estas últimas planteando también esenciales cuestiones sobre las relaciones Legislativo-Ejecutivo), las solicitudes de comparecencia (STC 90/2005, de 18 de abril, FJ 3), la formulación de interpelaciones (STC 225/1992, de 14 de diciembre), preguntas (STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 4) o mociones o proposiciones no de ley (STC 40/2003, de 27 de febrero, FJ 3), las solicitudes de creación de una comisión de investigación (STC 88/2012, de 7 de mayo, FJ 3), o el derecho a formar parte de la Mesa de la Cámara (STC 199/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; aquí también se citan otros supuestos), naturalmente todo ello a **título puramente ejemplificativo** (en este sentido, STC 10/2018, de 5 de febrero, FJ 5). En cambio, no afectan al núcleo esencial considerado, con carácter general, los derechos económicos de los parlamentarios (SSTC 96/1988, de 26 de mayo, FJ 3; 141/2007, FJ 4; o STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 6). También ha destacado el Tribunal Constitucional que las denominadas prerrogativas parlamentarias (inmunidad, inviolabilidad, aforamiento) forman parte del contenido del derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución (STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 2).

Cuestión de sumo interés la ha constituido la relativa a la **existencia de límites materiales de las enmiendas en el procedimiento legislativo**. La doctrina del Tribunal Constitucional fue titubeante durante mucho tiempo (*vide* ATC 118/1999, de 10 de mayo, y las SSTC 99/1987, de 11 de junio, o 194/2000, de 15 de julio). Sin embargo, **desde la STC 119/2011**, de 5 de julio, se ha reformulado la doctrina en

el sentido de **afirmar indubitadamente la existencia** de esos límites materiales y, en concreto, la **exigencia general de conexión u homogeneidad** entre las enmiendas y los textos a enmendar (por todas, también, SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, y 4/2018, de 22 de enero). En particular, en lo que se refiere a las enmiendas en la tramitación de las denominadas *leyes de acompañamiento* o de contenido heterogéneo, se ha destacado que «la conexión de homogeneidad ha de entenderse de modo flexible que atienda también a su funcionalidad; y es que la pluralidad de las materias sobre las que versa en tales casos la iniciativa legislativa no las convierte en leyes de contenido indeterminado, ya que este queda delimitado en el concreto texto presentado para su tramitación parlamentaria» (por todas, STC 120/2014, de 17 de julio, FJ 6). En esta última Sentencia se alude también expresamente (FJ 6 *in fine*) a la **congruencia** de las enmiendas con el objeto, espíritu y fines esenciales de la iniciativa legislativa; la consolidación de la clara y precisa delimitación de los conceptos de homogeneidad y congruencia de las enmiendas es todavía, probablemente, cuestión pendiente en la doctrina del Tribunal Constitucional (en cualquier caso, *vide* la citada STC 4/2018, FJ 4 *in fine*).

b) Respecto del **ámbito posible de actuación de las Mesas de los Parlamentos cuando controlan la regularidad de los escritos y documentos de índole parlamentaria** en el ejercicio de sus funciones de calificación, admisión a trámite o remisión al órgano competente, la **STC 242/2006** reproduce en su FJ 4, como así lo señala expresamente, los aspectos básicos de la doctrina del Tribunal Constitucional en el **momento en que se dicta:**

«Ahora bien, dado que las decisiones de inadmisión de tales escritos y documentos pueden implicar una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana, también hemos exigido que las mismas estén **for-**

mal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política, en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario (...).

En consecuencia, a la Mesa le compete, por estar sujeta al ordenamiento jurídico, en particular a la Constitución y a los Reglamentos parlamentarios que regulan sus atribuciones y funcionamiento, y en aras de la mencionada eficacia del trabajo parlamentario, verificar la **regularidad jurídica y la viabilidad procesal de las iniciativas**, esto es, examinar si las iniciativas cumplen los **requisitos formales** exigidos por la norma reglamentaria. No obstante, el **Reglamento parlamentario puede permitir o, en su caso, establecer, incluso**, que la Mesa extienda su examen de las iniciativas **más allá** de la estricta verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos dirigidos a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan, justamente, **limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente**. De modo que si la legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando únicamente la Mesa de que la iniciativa en cuestión cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad.»

En análogo sentido se pronuncian recientemente, entre otras, las SSTC 32/2017, de 27 de febrero, o 71/2017, de 5 de junio.

Por lo demás, resulta de interés la declaración de la STC 109/2016, de 7 de junio, FJ 4, al afirmar que «En el contenido del derecho

enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría que llamar “derecho fundamental a la constitucionalidad” de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen, hipotético contenido este que no solo difuminaría los contornos del derecho instituido en aquel precepto, sino que alteraría al propio tiempo la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra jurisdicción constitucional».

c) Se ha destacado también, en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional, el papel que en esta materia ha de reconocerse a la **autonomía parlamentaria** en relación con las posibilidades de control de las decisiones de los órganos parlamentarios por el Alto Tribunal (aun cuando deba ya darse por superada la radical concepción de los *inter-na corporis acta* como no susceptibles de control jurisdiccional alguno que inicialmente llegó este a sostener). Así, en la **STC 242/2006**, que acabamos de citar, FJ 4, se destaca que «la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE) y la propia naturaleza del art. 23.2 CE como derecho de configuración legal también obligan a otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un **margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer**». Asimismo, la STC 4/2018, FJ 5, señala que «respecto a la función de calificación de los órganos parlamentarios, hay que partir de que este Tribunal solo puede realizar un control negativo, pues no le es dado, por respeto a la autonomía de las Cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno, reemplazar la voluntad de sus órganos en el ejercicio de la función de calificación, así como de decisión del procedimiento que han de seguir los escritos parlamentarios». Por su parte, la STC 109/2016, de 7 de junio, FJ 6, afirma que «Son las propias cámaras las que deben interpretar la legalidad parlamentaria, sin que dicha legalidad pueda ser controlada por este Tribunal al margen de los derechos fundamentales y, sig-

nificativamente, de aquel 23.2 CE». Y en la STC 141/2007, también citada, se alude en su FJ 4, específicamente, a la regulación de los debates parlamentarios como ámbito en el que cobra especial relevancia la autonomía parlamentaria.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente también la relevancia en la materia que nos ocupa del **principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales** (por todas, STC 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3), aun cuando en otras ocasiones se refiere simplemente a la necesidad de llevar a cabo una **interpretación restrictiva** de las normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de los derechos o atribuciones de los parlamentarios con relevancia constitucional (STC 361/2006, FJ 2).

En cualquier caso, debe destacarse que toda esta doctrina expuesta, aun aparentemente fijada de forma sólida por el Tribunal Constitucional, sigue planteando **graves problemas**, tanto de carácter teórico como en su aplicación a los casos concretos, y merece, desde luego, un análisis crítico profundo y sosegado por parte del propio Tribunal, que evite, como ha señalado la doctrina científica, la inseguridad existente al respecto.

Finalmente, en relación con esta vertiente del derecho fundamental que estamos considerando, cabe referirse también a la **STC 251/2007**, de 17 de diciembre, que en su FJ 5 reconoce que «la disolución de un grupo parlamentario puede entrañar graves lesiones de los derechos de participación y representación política garantizados por el art. 23 CE», así como a la **STC 220/2007**, de 8 de octubre, que en su FJ 3 contiene interesantes declaraciones en torno a la necesaria ponderación, en los supuestos de concurrencia con otros derechos fundamentales, del derecho al ejercicio de un cargo público representativo *ex* art. 23.2 de la Constitución. Asimismo, respecto de la posible conexión en el ámbito que nos ocupa, muy discutida doctrinalmente, de

los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 y en el art. 23 de la Constitución, puede examinarse, entre otras, la **STC 78/2016**, de 25 de abril.

Sobre las **incompatibilidades parlamentarias**, debe examinarse la STC 155/2014, de 25 de septiembre.

Por lo demás, en otro ámbito de los cargos públicos representativos, y en relación concretamente con los denominados **concejales no adscritos**, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, sentando una doctrina de interés. Así, por todas, la STC 10/2013, de 28 de enero, afirma (FJ 3):

«... que entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación municipal se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación y la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones. Ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la imposibilidad de constituirse en grupo mixto o de integrarse en algún otro grupo político (STC 169/2009, FJ 3).»

Y en particular que:

«... como hemos advertido en la STC 169/2009, FJ 4, la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada al grupo político como la imposibilidad de tener portavoz y consecuentemente, de formar parte, en su caso, de la junta de portavoces, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el art. 23 CE.»

Y aunque es dudosa su adecuada incardinación en este apartado, podemos destacar aquí, por su interés, la STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 6, en la que se declara inconstitucional la facultad del alcalde de nombrar como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostenten la condición de concejales.

4. Permanencia

Ya hemos examinado que el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 de la Constitución comprende también, respecto de los cargos públicos representativos, el derecho a permanecer en los mismos. Como señala la **STC 28/1984**, de 28 de febrero, FJ 1, dicho derecho fundamental «comprende también el de permanecer en los (*cargos públicos*) en condiciones de igualdad “con los requisitos que señalan las leyes”; derecho fundamental que será susceptible de amparo en la medida en que las leyes establezcan una causa de remoción que viole un derecho fundamental diferente, dentro de los comprendidos en el ámbito del recurso de amparo, o que no se ajuste a las condiciones de igualdad que preceptúa el propio art. 23.2. Doctrina que fue complementada por la posterior Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, en el sentido de precisar, en virtud de las consideraciones que allí se efectúan, que el derecho fundamental del art. 23.2 implica el de no ser removido de los cargos o funciones públicas a los que se accedió si no es por **causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos**». Y señala la **STC 71/1994**, de 3 de marzo, FJ 6, que «el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos **se impone también, en su contenido esencial, al legislador**, de tal manera que el legislador no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo, en términos proporcionados a dicha válida finalidad», de modo que, como señala la STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1, «**una regulación parlamentaria que fuese**

contraria a la naturaleza de la representación o a la igualdad entre representantes violaría el derecho de cada representante a permanecer en el cargo».

Ya con anterioridad expusimos esenciales consideraciones del Tribunal Constitucional, contenidas en las Sentencias 5 y 10/1983, respecto del derecho a la permanencia en el cargo en relación con **concejales que habían sido expulsados de su partido político**. Como señalaba la citada **STC 10/1983**, en su FJ 4, «Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, (...) (*se*) infringe sin embargo, de manera absolutamente frontal, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Una vez elegidos, **los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral**, y titulares, por tanto, de una **función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado**, en el sentido más amplio del término».

Por su parte, la **STC 167/1991**, de 19 de julio, FJ 4, afirma que «**La elección es, pues, de personas** (de candidatos presentados por Partidos políticos, Coaliciones electorales o Agrupaciones de electores, debidamente proclamados como tales) y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido».

Asimismo, la **STC 298/2006** se ha referido al supuesto de **abandono voluntario** de un partido político por un concejal, llegando a la misma conclusión de vulneración del art. 23.2 de la Constitución en el supuesto de que se considerara que dicho abandono determina el cese del concejal (FF. JJ. 6 y 7), sin que ello resulte afectado por la circunstancia de que el

representante hubiera asumido voluntariamente los estatutos del partido político, en los que se preveía dicho cese (FJ 8).

No obstante, respecto del específico supuesto de **elección de alcaldes**, cuando se trate de concejales cabezas de lista que hayan abandonado el correspondiente grupo político, deben examinarse las SSTC 31/1993, de 26 de enero, o 185/1993, de 31 de mayo.

Finalmente, respecto de la **renuncia a cargos públicos representativos**, debemos re-

ferirnos a la STC 81/1994, de 14 de marzo, en relación con parlamentarios, o a las SSTC 185/1993 y 214/1998, de 11 de noviembre, para los concejales, resoluciones que destacan el carácter de configuración legal del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 de la Constitución como elemento esencial para determinar la naturaleza y efectos de esa renuncia en cada caso, de acuerdo con lo que disponga la correspondiente normativa de aplicación. En este mismo sentido, deben examinarse las SSTC 147/2013, de 6 de agosto, y 114/2014, de 7 de julio.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE JANÁRIZ, A., *El Parlamento en los Tribunales, Prontuario de Jurisprudencia Parlamentaria*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2004.

ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., *Código Electoral, La Ley y El Consultor de los Ayuntamientos*, Madrid, 2015.

BIGLINO CAMPOS, P., «Las facultades de los parlamentarios, ¿son derechos fundamentales?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 30, 1993.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El derecho de sufragio pasivo, Prontuario de Jurisprudencia Constitucional, 1981-1999*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- «Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada”)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992.

DUQUE VILLANUEVA, J. C., *Elecciones Políticas y Tribunal Constitucional, Jurisprudencia Constitucional en Materia Electoral 1980-2005*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2006.

FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos, un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», *Parlamento y Justicia Constitucional, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos y Aranzadi, Barcelona y Pamplona, 1997.

ORTEGA SANTIAGO, C. G., *El mandato representativo de los diputados y senadores (la prohibición de mandato imperativo frente a la disciplina de partido)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005.

PÉREZ ALBERDI, M. R., *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013.

PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Civitas y Parlamento de Navarra, Pamplona, 1992.

ARTÍCULO 23.2

EL DERECHO FUNDAMENTAL A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Sumario: I. Introducción. II. Contenido del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. III. La predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas como garantía del principio de igualdad. IV. La igualdad en las normas que regulan los procedimientos selectivos. 1. Consideraciones generales. 2. Análisis de algunos supuestos en los que la jurisprudencia constitucional ha apreciado que determinados requisitos o condiciones de acceso podrían vulnerar el principio de igualdad al establecer diferencias que carecen de una justificación objetiva y razonable o que resultan desproporcionadas. A) Pruebas restringidas y valoración de los servicios prestados. a) Pruebas restringidas. b) Valoración de los servicios prestados. B) El conocimiento de lenguas propias de las Comunidades Autónomas. C) La delimitación negativa de los requisitos de acceso. 3. La interdicción constitucional de referencias individualizadas o de convocatorias ad personam y de requisitos o criterios de selección discriminatorios. A) Convocatorias ad personam o que incluyan referencias individualizadas. B) Requisitos o criterios de selección discriminatorios. 4. El mérito y la capacidad como principios inspiradores de los procedimientos de selección. V. La igualdad en la aplicación de las normas que regulan los procedimientos selectivos. VI. Ámbito del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

MARGARITA BELADIEZ ROJO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
LETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El art. 23.2 CE, al establecer que los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes», está consagrando dos derechos fundamentales: el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los puestos de carácter funcional y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos. Dados los términos en los que se encuentra redactado este precepto constitucional, en un primer momento se suscitaban dudas sobre si el derecho de acceso en condiciones de igualdad que el art. 23.2 CE

garantiza se refería únicamente a los cargos públicos de carácter político, excluyéndose del mismo, por tanto, los puestos integrados en la función pública profesional o si incluía también este tipo de puestos. La jurisprudencia constitucional, salvo en algún supuesto aislado en el que parecía entender que este derecho fundamental estaba referido únicamente a los cargos públicos de representación política (STC 23/1984, de 20 febrero), ha considerado que este derecho fundamental no solo se proyecta sobre los cargos de representación política, sino también sobre los funcionariales. El Tribunal Constitucional ha entendido que el art. 23.2 CE, al distinguir entre «cargos» y «funciones», está diferenciando

do entre cargos de representación política, por una parte y entre puestos de carácter funcional, de otra. De este modo, **la doctrina constitucional ha configurado un derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad como un derecho fundamental distinto al de acceder a los cargos públicos.**

Según se afirma en la STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4, «las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3)». A estos efectos, el concepto «Administración Pública» ha de entenderse, según ha señalado la STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4, «en un sentido lato, comprensivo de cualquier organización medial o servicial, y no constreñida solo a sus manifestaciones personificadas (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3)». Por ello, cabe considerar incluido dentro de esta noción la actividad realizada por el personal funcionario de los órganos constitucionales o de creación estatutaria. También se ha considerado integrado dentro del concepto de «función pública» al que se refiere el art. 23.2 CE la que realizan los jueces y magistrados (SSTC 198/1989, de 27 de noviembre; y 110/1991, de 20 de mayo) y el cargo de rector de una universidad pública (STC 192/2012, FJ 5). En relación con este cargo el Tribunal Constitucional ha entendido que, como no es un cargo de representación política, no es un «cargo público». No obstante, como las funciones que a través del mismo se ejercen son «funciones públicas» (para ser rector es preciso ser funcionario —catedrático de universidad— y encontrarse en servicio activo en la universidad a cuyo rectorado se aspire) se encuentra amparado por el derecho que consagra el art. 23.2 CE.

Ha de indicarse también que el Tribunal Constitucional ha considerado que el ámbito de protección del art. 23.2 CE se proyecta también sobre los procesos de integración de funcionarios en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino (STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 9). Estos procesos, según sostiene la STC 236/2015, tienen sobre los funcionarios un impacto similar a las normas que regulan la promoción interna o a las que regulan el cese. Por ello, según se afirma en la referida sentencia, el art. 23.2 CE exige que «las leyes que regulen la integración de funcionarios deben ser generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable».

Por el contrario, quedan fuera del ámbito garantizado por este derecho fundamental el acceso a los puestos de carácter laboral (ATC 880/1985, de 11 de diciembre FJ 1; SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8, entre otras) o los que se desempeñen en el ámbito de las Administraciones públicas bajo cualquier otra forma contractual. Por ejemplo, en el ATC 645/1983 se afirmó que el acceso a los cargos y funciones públicas a que se refiere el art. 23.2 CE no comprende el derecho a acceder a ser contratista de obra. De igual modo quedan fuera del ámbito de protección del art. 23.2 CE los puestos o cargos de designación política, esto es, los denominados «altos cargos», así como los reservados al personal eventual, ya que el acceso a los mismos depende exclusivamente de la voluntad de la autoridad que tiene competencia para acordar su nombramiento y no está sujeto, por tanto, a requisitos vinculados a los principios de mérito y capacidad (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4).

El Tribunal ha optado, por tanto, por un concepto formal, y no material de lo que debe entenderse, a estos efectos, por «funciones públicas», pues depende de la naturaleza jurídica de la relación de empleo que el acce-

so a las referidas funciones quede garantizado por derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE o por la garantía genérica de igualdad que consagra el art. 14 CE.

Conviene señalar, por otra parte, **que los titulares de este derecho fundamental, por expresa disposición del art. 13 CE, solo pueden ser los españoles.** Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, si bien, conforme señala el art 57 del Estatuto Básico del Empleado Público y exige el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, pueden acceder con carácter general al empleo público como personal funcionario (salvo aquellos empleos que directa o indirectamente implique una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado y las Comunidades Autónomas), las desigualdades que puedan padecer en el acceso a estas funciones públicas no podrán ser tuteladas en virtud del derecho previsto en el art. 23.2 CE, del que no son titulares, por lo que tendrán únicamente la genérica garantía de igualdad que consagra el art. 14 CE.

Los titulares de este derecho fundamental son, además, los ciudadanos, por lo que no pueden ser titulares del mismo las personas jurídicas. Por esta razón el Tribunal Constitucional ha considerado que los sindicatos no pueden ser titulares del derecho que consagra el art. 23.2 CE (STC 217/1988, de 21 de diciembre, FJ 2 entre otras).

II. CONTENIDO DEL DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes que consagra el art. 23.2 CE es, como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional, un **derecho de configuración legal**. Es, por tanto, al legislador al que corresponde delimitar el

contenido de este derecho y establecer los criterios que permitan el acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, pues, como señaló la STC 48/1998, de 2 de marzo, «es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo». Este derecho es puramente **reaccional**. Como también de forma reiterada ha señalado el Tribunal Constitucional, el art. 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5, y 192/2012, de 29 de octubre, FJ 5, entre otras muchas).

El derecho fundamental que se está analizando es, por tanto, **un derecho de igualdad**. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional siempre ha señalado que **el art. 23.2 CE es una especificación del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE** y por ello, en aquellos casos en los que la desigualdad invocada no se fundamenta en ninguna de las circunstancias contempladas en el art. 14 CE, sino que se aduce la genérica vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) en el acceso a las funciones públicas, esta alegación debe entenderse comprendida en el derecho más específico consagrado en el art. 23.2 CE (entre otras, SSTC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 5; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 1; 107/2003, de 2 de junio FJ 4; 126/2008, de 27 de octubre, y 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5). Esta norma, respecto de la consagrada en el art. 14 CE, debe considerarse, por tanto, *lex expecialis*.

La especialidad del derecho consagrado en el art. 23.2 CE respecto del garantizado con carácter general en el art. 14 CE tiene, además, consecuencias sustantivas. El derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE tiene un contenido más amplio que el que, con carácter gene-

ral, reconoce el art. 14 CE. Como se afirma en la STC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad que garantiza el art. 14 CE «la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)» (STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)».

El derecho a la igualdad que consagra el art. 23.2 CE tiene un mayor alcance que el que garantiza el art. 14 CE. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 27/2012, de 1 de marzo FJ 5), la igualdad garantizada por el art. 23.2 CE tiene distintas manifestaciones: (i) **conlleva**, por una parte, **el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas**; (ii) garantiza, a su vez, **la igualdad en la ley**, por ello **las normas que rigen los procedimientos han de asegurar una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos**; **esta exigencia determina** la interdicción de requisitos que tengan carácter discriminatorio o referencias individualizadas y concretas y exige, además, **que los requisitos y condiciones que se exijan para el acceso a la función pública han de estar referidos a los principios de mérito y capacidad**, y (iii) otorga **el derecho a la igualdad en la aplicación de las normas que regulan los procedimientos selectivos**.

Este derecho no solo incide en el momento inicial de acceso a la función pública, sino que se proyecta durante toda la relación funcio-

rial, si bien, como se analizará más adelante, su alcance no es el mismo en los supuestos en los que se trata de ingresar en la función pública, que es cuando rige con toda su intensidad, que en los posteriores momentos por los que transcurre la relación funcionarial. De ahí que **de este derecho fundamental no se derive solo un derecho a ingresar en la función pública en condiciones de igualdad, sino que también se encuentra garantizado por el mismo el derecho al desarrollo o promoción de la carrera administrativa en esas condiciones** (entre otras muchas, SSTC 156/1998, de 13 de julio, FJ 3; 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8; 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 4) y **el derecho a no ser cesado en el ejercicio de estas funciones por motivos discriminatorios**.

Este diferente alcance de la igualdad garantizada por cada uno de estos preceptos constitucionales ha tenido como consecuencia, además, que la igualdad en el acceso al empleo público tenga un contenido diferente dependiendo de cuál sea la naturaleza jurídica del puesto a través del cual se va a desempeñar la función pública a la que se pretende acceder, pues, como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho garantizado por el art. 23.2 CE solo se proyecta sobre las funciones públicas que se prestan a través de puestos de carácter estatutario, quedando excluidas del ámbito de este derecho fundamental aquellas funciones públicas que se llevan a cabo a través de una relación laboral o mediante cualquier otra fórmula contractual con la Administración

III. LA PREDETERMINACIÓN NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El art. 23.2 CE se remite expresamente a «los requisitos que señalen las leyes» para delimitar el contenido del derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad

que este precepto consagra y el art. 103.3 CE remite a la ley la regulación del estatuto de los funcionarios públicos. **La ley, en colaboración con el reglamento, debe determinar qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas. Estos requisitos, además, tienen que estar orientados a la consecución de esa igualdad en el acceso a las funciones públicas** que garantiza el art. 23.2 CE. Como se afirmó en la STC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.a), «la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales». Por esta razón, en relación con el art. 23.2 CE, la ley «opera como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no previstos en ella» (STC 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 5).

Esta exigencia de establecer *ex ante* los criterios en virtud de los cuales se va a resolver el procedimiento selectivo desempeña, según la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8), una doble función: por una parte, garantiza que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos «no va a actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE» [STC 73/1998, FJ 3.a)] y por otra, hace posible, en su caso, un ulterior control judicial de los procedimientos de selección —control judicial que es compatible con la discrecionalidad técnica de los órganos de selección—, al otorgar a los órganos judiciales unos criterios con los que poder contrastar la adecuación al Derecho de los procesos selectivos (arts. 106.1 CE y 24 CE). Ahora bien, este derecho a la predeterminación normativa, aunque es parte integrante de este derecho fundamental, solo puede ser invocado autónomamente en el proceso de amparo en los supuestos en los que

esta ausencia de predeterminación normativa «vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones de igualdad, mérito y capacidad» [SSTC 48/1998, FJ 7.a); 73/1998, FJ 3.a) y 138/2000, FJ 6.a)].

De igual modo ha de tenerse en cuenta que, como señaló la STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7, aunque los problemas relativos a la relación que debe existir entre la ley y el reglamento en esta materia son cuestiones, por lo general, de legalidad ordinaria y, por tanto, ajenas al ámbito garantizado por el derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE, esta cuestión alcanza, no obstante, relevancia constitucional en los supuestos en los que la ley establece los requisitos que han de cumplir los candidatos para acceder a las funciones públicas y no prevé que la regulación que en ella se establece pueda ser desarrollada o complementada por normas reglamentarias. En estos casos, **el legislador, al disponer estos requisitos (y no requerir la colaboración reglamentaria en esta tarea), está estableciendo un criterio igualatorio que las disposiciones reglamentarias no pueden desconocer**, restringiendo o agravando las condiciones legales en perjuicio de determinados ciudadanos o grupos, pues **si por vía reglamentaria se establecieran requisitos distintos de los legalmente previstos o no se exigiera el cumplimiento de algunos de ellos, se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley que conllevaría una vulneración del principio de igualdad** y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE.

En aplicación de esta doctrina en la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, se afirmó que «resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador

no había diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por este (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7; 185/1994, de 20 de junio, FJ 5; ATC 1035/1986, de 3 de diciembre)». En el caso resuelto por esta sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo había anulado un concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad al considerar que el candidato que obtuvo la plaza carecía de experiencia docente y que, de acuerdo con los criterios de valoración establecidos por la Comisión que debía resolver el concurso, los concursantes debían tener este tipo de experiencia para poder acceder a la plaza (la Comisión fijó como criterio de valoración la «formación académica y actividad docente e investigadora»). La STC 138/2000 estimó el amparo al apreciar que la sentencia impugnada, al anular el nombramiento de la recurrente, había vulnerado el derecho que consagra el art. 23.2 CE, pues la normativa reguladora de ese tipo de concursos no preveía la experiencia docente como un requisito para acceder a la plaza, sino como un mérito. Por ello, el órgano judicial, al considerar la experiencia docente como una exigencia para acceder al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad (y no un mérito, como establecía la norma reguladora de esos concursos), estaba creando una desigualdad entre los candidatos —entre los que tenían experiencia docente y los que no la tenían— que se consideró lesiva del derecho que consagra el art. 23.2 CE.

La STC 131/2017, de 13 de noviembre, estimó también el amparo por este motivo. El Tribunal Constitucional consideró que la sentencia impugnada había vulnerado el derecho que consagra el art. 23.2 CE al haber anulado la resolución por la que se nombraba al recurrente jefe de servicio por apreciar una causa de incompatibilidad que no se encontraba legalmente prevista (había anulado el nombramiento del recurrente como jefe de servicio por considerar que, como su mujer era jefa de sección en ese mismo servicio, no reunía las exigencias de imparcialidad necesarias para desempeñar ese puesto de trabajo).

Puede afirmarse, por tanto, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, **mediante la exigencia de la predeterminación normativa se garantiza que es la ley —sin perjuicio de que pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea—, la que determina los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas, impidiendo que la Administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley —o en su caso, por el reglamento que la desarrolle— y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma.** Por ello, esta exigencia de predeterminación normativa forma parte del contenido del derecho que garantiza el art. 23.2 CE, ya que a través de ella se garantiza la igualdad en el acceso a las funciones públicas que este precepto consagra.

IV. LA IGUALDAD EN LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

1. Consideraciones generales

El derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad que consagra el art. 23.2 CE conlleva también, como ya se ha señalado, una garantía de igualdad en la ley, esto es, en las normas reguladoras de los procedimientos selectivos.

El Tribunal Constitucional ha sostenido de forma reiterada que el derecho a la igualdad en la ley no proscribire toda desigualdad de trato, sino solo aquella en la que la diferencia introducida por la norma carece de una justificación objetiva y razonable y resulta desproporcionada (entre otras muchas, STC 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2). Por ello, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que para que la diferenciación establecida en la norma resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, «sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan

de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos» [entre otras muchas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9.a); 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 167/2016, de 6 de octubre].

Esta doctrina, que ha sido establecida en relación con el derecho a la igualdad que consagra el art. 14 CE, resulta también aplicable a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que garantiza el art. 23.2 CE en cuanto que, como ya se ha señalado, este precepto constitucional constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el ámbito de las funciones públicas.

En relación con el derecho a la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE, el Tribunal Constitucional ha señalado, además, que este derecho fundamental conlleva, entre otras cosas, que las normas que regulan los procedimientos selectivos deban establecer los requisitos y condiciones de acceso en términos abstractos y generales, con la interdicción de cualquier referencia individualizada o de convocatorias *ad personam* y de requisitos discriminatorios (SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 27/2012, de 1 de marzo, FJ 5, entre otras).

Junto a ello, la jurisprudencia constitucional ha exigido también, como una garantía de la igualdad material que se deduce del art. 23.2 CE, que las condiciones y requisitos que se establezcan sean referibles a los principios de mérito y de capacidad, al entender que, aunque esta exigencia se establezca en el art. 103.3 CE y no en el art. 23.2 CE, una interpretación sistemática de la Constitución lleva a concluir que del art. 23.2 CE se deriva la obligación de «no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de

mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b)]» [STC 138/2000, FJ 6.b)].

Por todo ello puede afirmarse que el **art. 23.2 CE garantiza**, por una parte, **que las normas que regulan los procedimientos de selección no van a establecer diferencias en el acceso a las funciones públicas que carezcan de justificación ni que sean desproporcionadas** en relación con el fin que legitima el trato desigual; y por otra, **que los requisitos de acceso y los criterios de selección van a establecerse en términos generales y abstractos**, sin incluir referencias individualizadas o *ad personam* y, además que estos requisitos y criterios de selección **van a estar referidos, en los procedimientos selectivos para el ingreso en la función pública, a los principios de mérito y capacidad.**

2. Análisis de algunos supuestos en los que la jurisprudencia constitucional ha apreciado que determinados requisitos o condiciones de acceso podrían vulnerar el principio de igualdad al establecer diferencias que carecen de una justificación objetiva y razonable o que resultan desproporcionadas

A) *Pruebas restringidas y valoración de los servicios prestados*

a) Pruebas restringidas

El derecho a la igualdad en la ley que consagra el art. 23.2 CE ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que, **en principio, no es compatible con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas la convocatoria de pruebas restringidas**, esto es,

la convocatoria de pruebas a las que solo puedan concurrir quienes hayan tenido una previa relación de servicios con la Administración como contratados o interinos (por todas, STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5). **No obstante, el Tribunal ha entendido también que en determinados supuestos la desigualdad que conlleva este tipo de convocatorias puede considerarse razonable, no arbitraria y proporcionada, y por tanto, entendere compatible con el derecho fundamental** que se está analizando. Para ello ha exigido: (i) que este tipo de convocatorias sea un medio excepcional (solo se puede acudir a este tipo de procedimientos «por una sola vez»); (ii) que permita resolver una situación también excepcional; (iii) que responda a una finalidad constitucionalmente legítima (la eficacia de la Administración Pública se contempla como una de las finalidades que puede pretender alcanzarse con esta medida), y (iv) que sea una norma de rango legal la que prevea la realización de este tipo de pruebas (SSTC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 60/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 16/1998, de 26 de enero, FJ 5; 12/1999, de 11 de febrero, FJ 3; 126/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 130/2009, de 1 de junio, FJ 3; 238/2015, de 19 de noviembre, FJ 4, y 154/2017, de 21 de diciembre, FJ 10).

En aplicación de esta doctrina la STC 27/1991, de 14 de febrero, consideró que las pruebas restringidas que establecían las normas impugnadas no vulneraban el derecho consagrado en el art. 23.2 CE. En este caso el Tribunal apreció que la situación diferenciada creada por las normas impugnadas al habilitar pruebas específicas para el personal que había prestado antes servicios para la Administración autonómica tenía un fin constitucionalmente legítimo —atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autonómica y contribuir así a la estabilidad y eficacia de la misma—, por lo que, al tratarse de una medida excepcional, que solo podía ser aplicada por una sola vez, no era desproporcionada en relación con el fin que a través de la misma pretendía conseguirse.

Las mismas razones llevaron a la STC 12/1999, de 11 de febrero, a entender que la norma cuestionada, aunque establecían un sistema de valoración de méritos en el que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de Castilla y León respecto de los que se prestaban en otras Administraciones Públicas, no era contraria al art. 23.2 CE, ya que, a través del proceso selectivo que esta norma regulaba, pretendía resolverse una situación singular que tenía su origen en la Administración sanitaria de Castilla y León; era la primera vez que se celebraba un proceso de selectivo de este tipo, pues, aunque con anterioridad se había intentado dar respuesta a esta situación excepcional, los procesos selectivos no llegaron a celebrarse al haber sido declarados contrarios a Derecho y se encontraba previsto y regulado por una norma con rango de ley.

La STC 16/1998, de 26 de enero, por el contrario, anuló la convocatoria de pruebas restringidas efectuada por la Diputación Regional de Cantabria, al comprobar que, aunque a través de la convocatoria de este tipo de pruebas pretendía resolverse una situación singular que tenía su origen en la creación de la Administración Autonómica de Cantabria, esta Comunidad Autónoma ya había intentado resolver esta situación convocando anteriormente pruebas restringidas, por lo que, al haber acudido ya a esta medida excepcional, la convocatoria impugnada no cumplía el requisito de la excepcionalidad que, entre otros, exige la jurisprudencia constitucional para considerar acorde con el derecho que consagra el art. 23.2 CE la convocatoria de este tipo de pruebas.

También la STC 130/2009, de 1 de junio, anuló una convocatoria de pruebas restringidas para personal interino por entender que en el caso enjuiciado no existía una situación excepcional que pudiera justificar la convocatoria de este tipo de pruebas. Según se sostiene en la citada sentencia, la necesidad de racionalizar la planta de la Administración local de Navarra en lo relativo a las funciones de secretaría e intervención, que era la finalidad en

la que pretendía justificarse esta medida, no venía impuesta a las instituciones forales por circunstancias externas a su voluntad, sino que, por el contrario, al haberse suspendido la provisión de los puestos de trabajo de secretaría e intervención, fue la propia Administración la que contribuyó a crear la anómala situación que con la convocatoria de este tipo de pruebas pretendía corregirse.

De igual modo, la STC 111/2014, de 26 de junio, declaró inconstitucionales y nulos los preceptos de una ley foral que regulaba un «proceso de funcionarización» que permitía a determinado personal laboral de las entidades locales de Navarra adquirir la condición de funcionario sin superar ninguna prueba selectiva. Y a la misma conclusión llegó la STC 154/2017, de 21 de diciembre. Esta sentencia consideró contraria al art. 23.2 CE una disposición adicional de una Ley foral en la que se establecían unas pruebas restringidas para que pudieran integrarse los auxiliares de policía (personal contratado en régimen de Derecho administrativo) en el cuerpo de policías locales, al no existir ninguna circunstancia excepcional que justificara el procedimiento restringido de acceso a la función pública que esa norma establecía.

b) Valoración de los servicios prestados

La valoración de los servicios prestados también ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional. El Tribunal ha considerado que vulnera el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas exigir como requisito de acceso en un concurso para la provisión de la plaza de Letrado-asesor el «haber prestado servicios un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones Central o Autonómica». Según se sostuvo en la STC 60/1994, de 28 de febrero, esta exigencia era arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad, al impedir concurrir al concurso a quienes no lo cumplieran, sin existir una razón que justificara esta exclusión.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha entendido que **no vulnera el art. 23.2 CE la valoración de los servicios prestados cuando estos servicios se valoran como mérito y no como requisito de acceso y, además, se efectúa una valoración razonada y proporcionada de los mismos**. En la STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4, se consideró que la atribución por los servicios prestados del 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición, aunque se encontraba en el límite de lo tolerable, no excluía por entero de la competición a los que carecían de este mérito, pues aunque conllevara que los opositores que se presentaban «por libre» tenían que tener un nivel de conocimientos superior al de los opositores que podían aducir como mérito servicios prestados, el reconocimiento de este mérito no constituía un obstáculo que les impidiera acceder a la función pública. De igual manera se ha considerado que la valoración como mérito de la experiencia previa no era contrario al derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas en las SSTC 185/1994, de 20 de junio FJ 6.c); 11/1996, de 29 de enero, FJ 6; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 4, y 107/2003, de 2 de junio, FJ 5). En ninguno de los supuestos enjuiciados por estas sentencias la valoración de los servicios prestados excedía del «límite de lo tolerable» al que aludía la STC 67/1989.

En la STC 67/1989, de 18 de abril, FJ 5, no se consideró, sin embargo, proporcionado ni razonable que la puntuación obtenida en la fase de concurso pudiera computarse también en la fase de oposición (las bases de la convocatoria establecían que si en la fase de oposición se obtenían 25 puntos sobre 10 podían sumarse los puntos obtenidos en la fase de concurso, deduciéndose de esta última los puntos ya aplicados para obtener la puntuación mínima —que era de 5 puntos— en la fase de oposición). El Tribunal entendió que esta regla —denominada como «mochila»— no era compatible con el derecho que consagra el art. 23.2 CE, ya que favorecía desproporcionadamente a unos opositores frente a otros, pues conllevaba que los opositores que conta-

ran con servicios prestados pudieran aprobar la fase de oposición con una puntuación mucho más baja (2'5 sobre 10) que la exigida a los que no habían trabajado para la Administración que convocaba la plaza (5 sobre 10); diferencia de niveles que, además de no garantizar la suficiencia de conocimientos de los opositores que para aprobar la oposición aplicaron los puntos obtenidos por servicios prestados, reducía al mínimo la posibilidad de acceso de los opositores «libres», consiguiéndose de este modo un efecto práctico similar al de las pruebas restringidas. Por esta razón, en la STC 67/1989, FJ 5, se consideró que esta desigualdad de trato era arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad.

De igual modo, la STC 27/2012, de 1 de marzo, consideró contrario al derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE otorgar a la experiencia profesional un valor de 9'5 puntos sobre un total de 14'5, que era la máxima puntuación que podía obtenerse en la fase de concurso de un proceso selectivo. El Tribunal entendió que en ese caso el valor que se otorgaba al mérito «experiencia profesional» conllevaba otorgar «un beneficio desproporcionado a unos participantes respecto de otros» que no se encontraba justificado en ninguna circunstancia excepcional. La norma que regulaba este proceso selectivo fundamentaba la excepcionalidad de esta medida en la necesidad de normalizar una situación singular de la función pública andaluza, originada como consecuencia de la creación de la Administración de esta Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no lo apreció así al considerar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (SSTC 27/1991, 16/1998 y 12/1999), la referida circunstancia puede ser tomada en consideración «por una sola vez» y la Junta de Andalucía ya había convocado unas pruebas selectivas de acceso a la función pública en la que había primado al personal contratado y al interino alegando esos mismos motivos.

Asimismo, la STC 86/2016, de 28 de abril, consideró también contrario al art. 23.2 la

previsión de una Ley catalana que, en un proceso selectivo de acceso libre, valoraba «especialmente» los servicios prestados por quienes estuvieran trabajando como interinos del cuerpo de farmacéuticos titulares a la entrada en vigor de la Ley 7/2003. El Tribunal apreció que no existía ninguna situación excepcional que justificara la diferente valoración de los servicios prestados que la referida norma establecía para quienes hubieran sido internos en el referido cuerpo en una determinada fecha.

Por último, ha de señalarse que la STC 111/2014, de 26 de junio, declaró inconstitucionales y nulos los preceptos de una Ley foral que regulaba un «proceso de funcionarización» que permitía a determinado personal laboral de las entidades locales de Navarra adquirir la condición funcionario sin superar ninguna prueba selectiva, al considerar que la integración automática del referido personal en puestos de carácter funcional era lesiva del art. 23.2 y 103 CE.

B) *El conocimiento de lenguas propias de las Comunidades Autónomas*

También se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la exigencia de conocer la lengua oficial de la Comunidad Autónoma para poder acceder a su función pública. Aunque en un primer momento el Tribunal pareció configurar esta exigencia como un mérito (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 42) posteriormente la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de exigir el conocimiento de esta lengua como un requisito de acceso siempre y cuando esta exigencia no se efectúe de forma irrazonable ni desproporcionada. Según se ha afirmado en la STC 46/1991, de 28 de febrero, FF. JJ. 3 y 4, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 34 de la Ley Catalana 7/1985, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad, en el que se establecía el deber de acreditar en los procedimientos de selección el conocimiento oral y

escrito del catalán, «la exigencia del conocimiento de idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas». Esta exigencia se consideró razonable en la medida que se trata de una lengua oficial y que, como tal, se tiene el derecho a usar ante la Administración autonómica. Por ello se sostuvo que «en tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los Cuerpos y Escalas o plazas de la Función Pública de la Generalidad no se utilice la exigencia de conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a su función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida por el art. 23.2 CE». De este modo, **siempre que el conocimiento de estas lenguas se exija de forma proporcionada, será compatible con el derecho que consagra el art. 23.2 CE**. En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 10; 270/2006, de 13 de septiembre, FJ 6, y 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 8).

C) *La delimitación negativa de los requisitos de acceso*

De acuerdo con la doctrina establecida en la STC 48/1998, de 2 de marzo (a la que se remiten las SSTC 129/2007, de 4 de junio, y 118/2008, de 13 de octubre), **la configuración de las condiciones de acceso debe efectuarse con carácter general en términos positivos**, esto es, estableciendo los requisitos que se exigen para acceder a las funciones públicas, y no en términos negativos, determinando quiénes no pueden acceder a determinadas funciones públicas. Como expresamente señala la citada STC 48/1998, a «los efectos de enjuiciar el fundamento racional y objetivo de una diferenciación basada en criterios de mérito y capacidad, resulta claro que no es lo mismo que los requisitos se hayan determinado en términos positivos

(una concreta titulación, experiencia mínima, conocimientos o capacidades, por ejemplo), que por vía negativa (*v. gr.*, prohibición de acceso a determinados colectivos, con independencia y al margen de que eventualmente concurren o no tales elementos)». De ahí que el Tribunal haya entendido que **la delimitación por vía negativa de los requisitos de acceso requiere de una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el art. 23.2 CE impone**. En aplicación de esta doctrina la STC 48/1998 consideró que excluir a los docentes para el puesto de Secretario General del Servicio Aragonés de Salud era contrario al derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad, pues tal exclusión carecía de un fundamento racional. En este sentido, la STC 118/2008, que resolvió un caso similar, afirmó que la referida exclusión suponía establecer «una presunción de la inidoneidad para el desempeño de la función de personas en las que podrían concurrir las condiciones necesarias para su óptimo desarrollo» (FJ 2).

3. La interdicción constitucional de referencias individualizadas o de convocatorias *ad personam* y de requisitos o criterios de selección discriminatorios

Otra de las consecuencias que se derivan del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas es, como ya se ha señalado, que los requisitos de acceso y los criterios de selección no pueden tener carácter discriminatorio y que deben establecerse de forma abstracta y general, no siendo admisibles las referencias individualizadas ni las convocatorias *ad personam*. Así lo ha declarado, unánime y reiteradamente, la jurisprudencia constitucional.

A) *Convocatorias ad personam o que incluyen referencias individualizadas*

No han sido muchos los casos en los que el Tribunal ha entrado a examinar si las normas

que regulaban procedimientos selectivos cumplieran esta exigencia que se deriva del principio de igualdad. Entre ellos merece destacarse el resuelto por la STC 42/1981, de 22 de diciembre. En el caso enjuiciado por esta sentencia el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 13.2 de la Ley Catalana de Bibliotecas, al exigir que el personal técnico bibliotecario contase con la formación y la titulación de la Escuela de Bibliología de Barcelona, o la que pudiera determinar el Gobierno de la Generalidad, siempre que fuera de rango equivalente. Según se sostuvo en esta sentencia, al exigir que la capacidad técnica para el desempeño del puesto de trabajo fuera adquirida en una determinada escuela, excluyendo, por tanto, a todos aquellos aspirantes que tuvieran la misma capacidad técnica pero adquirida en otro centro, se estaba estableciendo una diferencia carente de justificación (STC 42/1981, FJ 4).

También debe señalarse el caso analizado en la STC 148/1986, de 25 de noviembre. En esta sentencia se planteaba si la integración de los Profesores Agregados en el Cuerpo de Catedráticos en sus propias plazas y al margen, por tanto, del sistema ordinario de concurso lesionaba el derecho consagrado en el art. 23.2 CE. El Tribunal consideró que en este supuesto no cabía reprochar al legislador haber orientado su acción «mediante referencias individuales y concretas», ya que la Ley de Reforma Universitaria no creó nuevas plazas de Catedráticos de Universidad, sino que confirmó en las suyas propias a los Profesores Agregados que adquirieron dicha condición por disposición de la propia Ley. También descartó que en este caso a través de una ley singular se hubiera alterado a favor de determinadas personas el régimen jurídico establecido con carácter general para la provisión de determinadas plazas, pues se consideró que en este supuesto el legislador se había limitado a dictar una norma especial para resolver la integración de un cuerpo de funcionarios en otro distinto; integración que, además, el propio Tribunal consideró que no podía tacharse de arbitraria.

Por último, en relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta también la STC 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5. En esta sentencia el Tribunal consideró que la convocatoria de pruebas específicas para el personal contratado o interino de la Comunidad Autónoma no constituye una reserva *ad personam* de funciones públicas, pues se hace referencia a un colectivo que se define en virtud de datos objetivos y de manera abstracta y general. Por esta razón en esta sentencia se afirma que, aunque por los datos objetivos que definían al propio colectivo pudieran llegarse a determinar las personas que están incluidas en el mismo, no por ello podría entenderse que la norma que define a ese colectivo incluye referencias individualizadas proscritas por el art. 23.2 CE.

B) *Requisitos o criterios de selección discriminatorios*

El principio de igualdad que garantiza el art. 23.2 CE conlleva, como se ha indicado, que las normas que regulan los procedimientos selectivos no establezcan requisitos o criterios de selección que sean discriminatorios. No obstante, como también se ha señalado, **esta específica garantía de igualdad en el acceso a las funciones públicas cede ante la regla general que consagra el art. 14 CE en los casos en los que la discriminación aducida se encuentre comprendida dentro de los criterios de discriminación prohibidos por el art. 14 CE** (por todas, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 3). En estos supuestos, el juicio de constitucionalidad deberá efectuarse teniendo en cuenta que, como señalan, entre otras muchas, las SSTC 182/2005, de 4 de julio, FJ 3, y 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4, las prohibiciones de discriminación contenidas en este precepto constitucional implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que exige usar un criterio mucho más estricto y un mayor rigor en la apreciación de las exigencias materiales de proporcionalidad.

Como ejemplos de supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha apreciado una discriminación de las prohibidas por el art. 14 CE en el acceso a las funciones públicas pueden citarse las SSTC 216/1991, de 14 de noviembre; 66/2014, de 5 de mayo, y 162/2016, de 3 de octubre. En estas sentencias el Tribunal otorgó el amparo al apreciar que la recurrente había sido discriminada por razón de sexo. En el caso resuelto por la STC 216/1991, la discriminación se produjo porque no se permitió a la recurrente participar en las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire por su condición de mujer. La cuestión planteada en la STC 66/2014 era si los perjuicios derivados como consecuencia de la maternidad pueden considerarse una discriminación por razón de sexo. La recurrente alegaba que había sido discriminada por razón de su maternidad al no haberle reconocido los derechos económicos y administrativos de su condición de funcionaria desde que tales derechos fueron reconocidos a sus compañeros de promoción. La demandante de amparo, al haberse puesto de parto justo cuando comenzaba el curso de prácticas, no pudo realizar el referido curso cuando lo realizaron sus compañeros de promoción y tuvo que esperar al año siguiente para poder realizar las prácticas y tomar posesión como funcionaria, lo que determinó que los derechos económicos y administrativos inherentes a esta condición se le reconocieran en ese momento. La STC 66/2014, FJ 5, consideró que las resoluciones impugnadas incurrierán en una discriminación por razón de sexo «al no haber tenido en cuenta que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja». La aplicación de esta doctrina determinó que la STC 162/2016, de 3 de octubre, apreciase también que la recurrente había sido discriminada por razón de sexo al no haberle reconocido el complemento de destino obtenido mientras disfrutaba de las licencias y permisos asociadas a la maternidad. Según se afirmó en la citada STC 162/2016, FJ 6, el «principio de no discriminación por razón de sexo

obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales».

Otro supuesto en el que se aducía una discriminación por una circunstancia personal de las prohibidas por el art. 14 CE fue el resuelto por la STC 269/1994, de 3 de octubre. En este caso la recurrente alegaba que en el proceso selectivo en el que participó se tomó en consideración una circunstancia personal (una minusvalía física) que determinó que se adjudicara el puesto de trabajo a un candidato (el que tenía la minusvalía física) a pesar de haber obtenido una puntuación inferior a la suya en el concurso-oposición. El Tribunal desestimó el amparo por entender que la reserva de plazas en una oferta de empleo público para personas que padezcan una minusvalía no solo no podía considerarse una discriminación prohibida por el art. 14 CE, sino que, además, constituía un modo de cumplir el mandato contenido en el art. 9.2 CE, por el que se impone a los poderes públicos la adopción de medidas para que la igualdad sea real y efectiva.

También ha analizado la jurisprudencia constitucional si exigir como requisito una determinada edad para acceder a las funciones públicas es acorde con el principio de igualdad. Las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 37/2004, de 11 de marzo, parten de considerar que, al no contener el art. 14 CE una enumeración tasada de los criterios de discriminación constitucionalmente prohibidos, la edad podría, en principio, quedar incluida dentro de la prohibición de discriminación que contiene este precepto. No obstante, estas sentencias no analizan la desigualdad invocada desde la prohibición de discriminación que contiene el referido precepto, sino desde el principio de igualdad de trato que con carácter general establece el art. 14 CE y más específicamente, en el ámbito de las funciones públicas, el art. 23.2 CE, tal y como lo hizo también la STC 29/2012, de 1 de marzo.

La STC 75/1983 consideró que la previsión legal por la que se exigía no superar la edad de 60 años para poder acceder al puesto de Interventor de Fondos en el Ayuntamiento no establecía una desigualdad lesiva del derecho que consagra el art. 23.2 CE, ya que la desigualdad creada por la norma tenía una justificación razonable. Según se expone en la STC 75/1983, FJ 6, el Interventor de Fondos de un Ayuntamiento como el de Barcelona, con un régimen diferenciado y con una gestión contable y presupuestaria complicada, exige, no solo que la persona que acceda al mismo reúna las aptitudes necesarias para ello, sino también que su ejercicio pueda dilatarse en el tiempo con el fin de que pueda «desarrollar técnica y prácticamente la función». Por ello se consideró que en este caso el trato diferenciado se encontraba debidamente justificado y que servía adecuada y proporcionalmente a los fines que con el mismo pretendían alcanzarse.

A la conclusión contraria se llegó en la STC 37/2004. El Tribunal apreció que el precepto legal que establecía como requisito para acceder a cualquier puesto de la función pública local no exceder de la edad en la que faltasen menos de diez años para la jubilación forzosa estaba creando una desigualdad que carecía de una justificación razonable, ya que en este caso la exigencia de la edad no se encontraba justificada por las peculiaridades que pudiera presentar el desempeño de un determinado puesto de trabajo. De ahí que el Tribunal estimara la cuestión planteada y anulara el precepto que establecía este requisito. Esta misma exigencia, sin embargo, fue considerada acorde con el art. 23.2 CE referida a los cuerpos de la policía local. La STC 29/2012 consideró constitucional el precepto de una ley andaluza que establecía como requisito para acceder a los referidos cuerpos que faltaran más de diez años para el cumplimiento de la edad que determine el pase a la situación de segunda actividad. La sentencia considera que en ese caso la diferenciación por razón de la edad se encuentra justificada en las características específicas que requie-

re el desempeño de las actuaciones operativas de la policía local y en las consecuencias perjudiciales que para el municipio y para la propia prestación del servicio podía tener la cobertura de la plaza por una persona mayor de la edad establecida. A través de la referida exigencia se garantiza que los funcionarios que accedan al cuerpo de la policía local pasen como mínimo diez años realizando funciones operativas, lo que no solo da estabilidad a las plantillas y conlleva un ahorro en costes de personal, sino que incide en la mejor prestación del servicio para el ciudadano. Estas circunstancias determinaron que el Tribunal en ese supuesto considerase justificado el requisito de no superar una determinada edad para acceder a este tipo de funciones públicas.

4. El mérito y la capacidad como principios inspiradores de los procedimientos de selección

Ya se ha indicado que la jurisprudencia constitucional ha considerado como una garantía de la igualdad material que consagra el art. 23.2 CE el que las condiciones y requisitos exigidos en los procesos selectivos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. **El Tribunal Constitucional ha entendido, desde siempre, que una interpretación sistemática de la Constitución obliga concluir que el art. 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad**, como exige el art. 103.3 CE, y, en consecuencia, ha afirmado que todos aquellos requisitos que, sin esa referencia a los principios de mérito y capacidad, establezcan una diferencia entre los ciudadanos pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b) 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.b); 37/2004, de 11 de marzo, FJ 4, y 27/2012, de 1 de marzo, FJ 5, entre otras].

Esta conexión entre los principios de mérito y capacidad y el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas parece tener su fundamento material en que mediante esta exigencia se asegura que los procedimientos selectivos van a tener como finalidad seleccionar a los candidatos que tengan más méritos y capacidades, creando con ello un criterio igualitario, que garantiza, a su vez, que no puedan tomarse en consideración criterios distintos que puedan crear diferencias que rompan la igualdad constitucionalmente garantizada.

No obstante, el Tribunal ha señalado también (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6) que «ante la concurrencia de circunstancias excepcionales pueda resultar razonable la adopción de un procedimiento, también excepcional, de acceso a la función pública mediante la articulación de un sistema de provisión de plazas que, sin vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad, dé entrada a otros criterios». En el caso resuelto por la sentencia citada el Tribunal consideró que era acorde con las exigencias que se derivan del art. 23.2 CE el que se convocasen plazas para ingresar en la categoría de facultativo especialista de área en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del Instituto Nacional de la Salud y se impidiera participar en ese proceso selectivo a los facultativos con plaza en propiedad de la misma especialidad. En este caso, el Tribunal consideró que la exclusión era excepcional —era «por una sola vez», según disponía la norma que convocó el concurso-oposición para su provisión— y tenía como finalidad mejorar las condiciones organizativas y de la propia eficacia del Sistema Nacional de Salud al permitir al personal interino que pudiera acceder a estos puestos.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que **esta exigencia no rige con la misma intensidad en los procedimientos de selección para ingresar como personal estatutario en la Administración Pública que en los procedimientos selectivos de provisión de puesto de trabajo entre quienes**

ya han accedido a la función pública —y, por tanto, ya acreditaron en esos procedimientos el mérito y la capacidad—, en los que «cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales» (STC 156/1998, de 13 de julio, FJ 3, reiterando la doctrina establecida, entre otras muchas, en la STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8).

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha considerado conforme al art. 23.2 CE el llamado «derecho de consorte», que prevé, a efectos de adjudicación o provisión de vacantes, un derecho preferente a favor de aquel que, por razón del puesto de trabajo que desempeñe, reside en una localidad distinta a la de su cónyuge. La desigualdad de trato que la existencia de este derecho conlleva se justifica plenamente en el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE); pero, además, se considera justificado en el principio de eficacia (art. 103.1 CE), que legitima la adopción de medidas que «tiendan a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo» (STC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4 y en el mismo sentido STC 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3). También se ha considerado justificado, y, por tanto, acorde con el derecho que consagra el art. 23.2, reservar a favor de los funcionarios propios de una Administración determinados puestos de trabajo. En la STC 156/1998, de 13 de julio, FJ 4, se estimó que la decisión de la Administración autonómica de reservar la provisión de determinadas plazas para sus propios funcionarios constituía una manifestación del ejercicio de la competencia que a la Comunidad Autónoma le correspondía en materia de organización de su propia función pública.

Debe también señalarse que esta **exigencia constitucional conlleva no solo que, en**

los procedimientos para acceder a la función pública, los candidatos deban ser seleccionados en virtud de criterios que atiendan a los referidos principios de mérito y capacidad, sino también que los requisitos exigidos en los procedimientos selectivos estén en relación con las funciones a desempeñar y que los órganos de selección estén formados por personal preparado para apreciar los méritos y capacidades de los candidatos (SSTC 215/1991, de 14 de noviembre, FJ 3, y 174/1996, de 11 de noviembre, FJ 2).

V. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

El derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE reconoce el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por ello este derecho fundamental garantiza también que durante el desarrollo del procedimiento selectivo se va a otorgar el mismo trato a todos los participantes. Como señala la STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.c), «las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no solo a las propias “leyes” sino también a su aplicación e interpretación» (en el mismo sentido, entre otras, SSTC 87/2008, de 19 de agosto, FJ 3, y 136/2008, de 27 de octubre, FJ 3).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el art. 23.2 CE no consagra un derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos y por ello no toda vulneración de las bases que rigen el procedimiento selectivo infringe el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional ha entendido que «solo cuando la vulneración de las bases implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art.

23.2 CE» [SSTC 115/1996, de 25 de junio, FJ 4; 73/1998, de 31 de marzo FJ 3.c); 40/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.c); 107/2003, de 2 de junio, FJ 4; 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 3; 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6.c); 87/2008, de 21 de julio, FJ 3; 136/2008, de 27 de octubre, FJ 3.a) y 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 4, entre otras]. Según se sostiene en la STC 73/1998, FJ 3.c), «la conexión existente entre el art. 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental, lo que solo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase».

De este modo, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, **en la fase de ejecución de un procedimiento selectivo la infracción de este derecho fundamental solo se producirá cuando exista una diferencia de trato entre los candidatos o cuando exista una quiebra relevante del procedimiento que tenga como consecuencia la preterición de alguno de los aspirantes** (STC 353/1993, de 29 de noviembre FJ 6). Por ello, el derecho que consagra el art. 23.2 CE no garantiza que en el desarrollo de los procesos selectivos se respeten los principios de mérito y capacidad (la vulneración de tales principios en esta fase determinaría, en su caso, una infracción de legalidad ordinaria, pero carecería de relevancia constitucional a efectos de apreciar la lesión de este derecho fundamental), sino únicamente que estos procedimientos se lleven a cabo con estricto respeto del principio de igualdad. **La exigencia de que los requisitos para acceder a las funciones públicas estén referidos a los principios de mérito y capacidad es una exigencia del derecho a la igualdad en la ley que garantiza el**

art. 23.2 CE, pero no de la igualdad en la aplicación de la ley, que también garantiza este precepto constitucional, aunque, como se acaba de indicar, con un alcance diferente: limitado a asegurar la igualdad entre los participantes de un proceso selectivo.

La aplicación de esta doctrina determinó que en la STC 73/1998, de 31 de marzo, se desestimara el amparo solicitado. En el recurso de amparo del que trae causa esta sentencia se impugnaba la resolución de un proceso selectivo para la provisión de una plaza de auxiliar administrativo. Según establecían las bases de la convocatoria, el segundo ejercicio de la oposición consistía en copiar un texto a máquina durante diez minutos a una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, valorándose la velocidad desarrollada, la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección del escrito. El Tribunal calificador consideró que las dos concursantes que participaban en ese proceso selectivo habían superado el segundo ejercicio a pesar de que una de ellas no había logrado la puntuación mínima exigida en las bases (obtuvo 248,1 pulsaciones por minuto), adjudicando finalmente la plaza a esta concursante. La concursante que no obtuvo la plaza, tras agotar la vía judicial, recurrió en amparo aduciendo, entre otras cosas, que la resolución del proceso selectivo no se había efectuado conforme a los principios de mérito y capacidad y que por este motivo se había lesionado su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. El Tribunal Constitucional, como se ha adelantado, desestimó el amparo por entender que este derecho fundamental garantiza un derecho a la igualdad en el acceso, no la legalidad en el desarrollo del proceso selectivo, y por ello para poder apreciar su vulneración hubiera sido preciso que, tras aportar el correspondiente término de comparación, se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. Al no apreciar, por tanto, un diferente trato en relación con el otorgado a la otra opositora, el Tribunal denegó el amparo solicitado.

Otro supuesto en el que el Tribunal Constitucional ha analizado la igualdad en el desarrollo de un proceso selectivo es el resuelto por la STC 10/1998, de 13 de enero. En el supuesto enjuiciado por esta sentencia el Tribunal calificador no puntuó los ejercicios en los que consistía la oposición de acuerdo con lo establecido en las normas reguladoras de este proceso selectivo (estas normas establecían que las respuestas erróneas debían restar 0,02 puntos y el Tribunal calificador restó 0,33 puntos), por lo que algunos de los opositores impugnaron la resolución de este proceso selectivo. Ante esta reclamación, la Administración acordó revisar únicamente las puntuaciones otorgadas a los opositores que interpusieron la reclamación y calificar sus ejercicios ateniéndose a la puntuación establecida en las normas que regían esa oposición, pero no modificar las calificaciones de los demás opositores que no impugnaron. Esta decisión de modificar las calificaciones de unos opositores (los que recurrieron) y no la de otros (los que no reclamaron) fue la que el Tribunal Constitucional consideró lesiva del derecho que consagra el art. 23.2 CE. Según se afirma en la STC 10/1998, la Administración debió aplicar el mismo criterio a todos los concursantes, por lo que al modificar el criterio de calificación para unos, debió hacerlo para todos, hubieran o no impugnado ese proceso selectivo, y al no hacerlo así creó una desigualdad de trato prohibida por el art. 23.2 CE y, en consecuencia, lesiva del derecho fundamental que este precepto consagra.

Distinto es el caso en el que son los órganos judiciales los que, al resolver el recurso interpuesto por un candidato que no superó el proceso selectivo, declaran su derecho a ser nombrado en el puesto para el que concursaba. En tales supuestos, los aspirantes que no recurrieron la resolución del recurso que les fue desfavorable no tienen derecho a que la Administración les dé el mismo trato que a aquellos que, en virtud de una sentencia judicial, obtuvieron una resolución favorable a sus intereses, pues el derecho que consagra

el art. 23.2 CE no exige que la Administración altere el acto resolutorio del proceso selectivo para los aspirantes que lo consintieron (STC 87/2008, de 21 de julio, FF. JJ. 2 y 4). En estos casos, la actuación de la Administración no es contraria a la igualdad, pues el diferente trato no es consecuencia de un actuar arbitrario por parte de la Administración, sino del cumplimiento de una resolución judicial (en este sentido SSTC 121, 130, 131, 132, 133, 136, 138, 154 y 157, todas ellas de 2008).

También en la STC 99/1999, de 31 de mayo, se otorgó el amparo por entender el Tribunal que se había efectuado una aplicación de las normas que regulaban el proceso selectivo contraria al principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas. En el caso resuelto por esta sentencia se impugnaba la resolución de un concurso para la provisión de la plaza de Jefe de Servicio en el Hospital General de Murcia. En este concurso podían participar personal funcionario, personal laboral y personal estatutario y entre los méritos a valorar se encontraba el grado personal. La comisión consideró que este mérito no podía ser valorado a uno de los concursantes por su condición de personal estatutario —el grado personal es propio del personal funcionario—, sin embargo a otro concursante, que era personal laboral, y que tampoco consolidaba grado personal, sí que le fue valorado, al interpretar respecto de este personal que, a los efectos del concurso, se estimaría consolidado el nivel del puesto base por el transcurso de dos años desde la condición de laboral fijo en la categoría o escala a la que perteneciera. El Tribunal entendió que la interpretación efectuada respecto del recurrente que era personal estatutario era discriminatoria, dado que la Comisión de Selección pudo aplicar un criterio similar al utilizado respecto del concursante que era personal laboral, por lo que al no hacerlo originó una desigualdad de trato lesiva del art. 23.2 CE.

Por el contrario, la STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 4, desestimó el amparo por enten-

der que se había dado un trato igual a todos los concursantes. Aducía la recurrente que a la concursante a la que se le adjudicó la plaza se le había valorado dos veces una misma circunstancia, ya que el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo fue tomado en cuenta a efectos de que obtuviera un ascenso de categoría y además fue valorado para concursar dentro de la categoría superior (se trataba de un concurso para la provisión de puestos trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional). El Tribunal rechazó la vulneración del art. 23.2 CE alegada al comprobar que la permanencia en el puesto de trabajo había sido valorada por la Administración del mismo modo a todos los concursantes.

VI. ÁMBITO DEL DERECHO A ACCEDER A LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN CONDICIONES DE IGUALDAD

El art. 23.2 CE, al garantizar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, está garantizando, en primer lugar, **la igualdad en el acceso a la función pública**, esto es, en el ingreso como personal estatutario de la Administración o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas; **el derecho a la promoción y a la carrera profesional en estas condiciones** y por último, como lógica consecuencia de los anteriores derechos, **el derecho a no ser cesado en el ejercicio de las funciones públicas por motivos discriminatorios**.

Este derecho fundamental no garantiza, por tanto, que el desarrollo de la relación funcional se va a llevar a cabo en condiciones de igualdad. La igualdad en el ejercicio de la relación funcional tendrá, en su caso, la garantía que con carácter general se deriva del art. 14 CE, pero no la más específica que consagra el art. 23.2 CE. No obstante, este diferente ámbito apenas va a tener relevancia

práctica, dado que el ámbito más específico que garantiza el art. 23.2 CE, y que no quedaría comprendido en el genérico principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE, sería el derecho a la predeterminación normativa de los requisitos de acceso y la exigencia de que estos requisitos —en los procedimientos de selección para ingresar en la Administración— deben estar referidos a los principios de mérito y capacidad, por lo que ninguna de estas manifestaciones del art. 23.2 CE resulta de aplicación una vez que se ha adquirido la condición funcional.

Como ya se ha indicado, el derecho que garantiza el art. 23.2 CE no actúa con la misma intensidad cuando se trata de acceder a la función pública que en el desarrollo de la carrera administrativa, pues, como se ha señalado, en los procedimientos de selección para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya tienen la condición de funcionario se pueden tomar en consideración criterios ajenos a los principios de mérito y capacidad cuando a través de los mismos se pretenda mejorar la prestación de los servicios o tomar en consideración la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, de 14 de octubre, FJ 4; 200/1991, de 28 de octubre FJ 2; 156/1998, de 13 de julio, FJ 3; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 13; 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5; 126/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4; 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8, entre

otras resoluciones). En cualquier caso, estos procedimientos deben garantizar la igualdad material de todos los aspirantes y por ello no podrán establecerse requisitos discriminatorios ni prescindir de las reglas de procedimientos que garanticen esa igualdad material. La STC 221/2004, de 29 de noviembre, otorgó el amparo por apreciar que, al haberse adjudicado plazas por el procedimiento de libre designación sin haber publicado la convocatoria de los procedimientos selectivos, se vulneró la igualdad de oportunidades entre los posibles aspirantes a estas plazas, lesionando por ello el derecho que consagra el art. 23.2 CE.

Esta garantía de igualdad en el acceso a las funciones públicas exige, a su vez, que el cese en estas funciones sea acorde con las exigencias del principio de igualdad, y por ello este derecho fundamental garantiza también el derecho a mantenerse en el ejercicio de las funciones públicas en condiciones de igualdad. Por esta razón las leyes que regulan el cese en las funciones públicas deberán ser, como han señalado las SSTC 73/1994, de 3 de marzo, FJ 2, y 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8, «generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable» y la Administración no podrá aplicarlas de modo discriminatorio.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., «De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 3, 1993, págs. 253 y ss.

BALLARÍN IRIBARREN, J., «El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas (La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 de la Constitución)», *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, marzo 1987, págs. 53 y ss.

BARNES VÁZQUEZ, J., «Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del art. 23.2 CE», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. IV, BIB, 1998/238, Pamplona, 1998.

CHINCHILLA MARÍN, C., «El derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. (Jurisprudencia constitucional)», en MORALES TOBAR, M. (Coord.), *Descentralización, Administración Pública y Constitución. Fortalecimiento de la justicia constitucional en Ecuador*, Quito, 2005, págs. 11 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, págs. 61 y ss.

- «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», *Función Pública*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 47 y ss.

GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO PAGÉS, J. L., «Derecho de acceso a los cargos Públicos», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Codir.), *Derechos fundamentales y su Protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 240 y ss.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 12, enero-abril 1990, págs. 247 y ss.

GARRIDO FALLA, F., «Artículo 23», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, págs. 523 y ss.

MESEGUER YEBRA, J., «El derecho fundamental del art. 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998)», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 27, 1999, págs. 261 y ss.

PALOMAR OLMEDA, A., «La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas», *Revista de la Cortes Generales*, núm. 25, 1992, págs. 86 y ss.

PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

RIVERO ORTEGA, R., «Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC 11 de febrero de 1999)», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, págs. 343 y ss.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho Administrativo Español», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, quincena del 1 al 15 de febrero de 2007, La Ley, T. I, págs. 260 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, T. II, págs. 667 y ss.

- «Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34, 1999, págs. 117 y ss.

Artículo 24

1. *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.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al 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.*

Sumario general:

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Especial referencia a la jurisdicción civil por **JESÚS REMÓN PEÑALVER**

Tutela judicial efectiva y jurisdicción contencioso-administrativa, por **RAFAEL PÉREZ NIETO**

Tutela judicial efectiva y proceso de trabajo, por **CARMEN SÁEZ LARA**

La tutela judicial efectiva en el ámbito penal, por **AURELIO BLANCO PEÑALVER**

El derecho al juez legal, por **VICENTE GIMENO SENDRA**

El derecho de defensa y a la asistencia letrada, por **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

Garantías anudadas al principio acusatorio, por **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, por **JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

El derecho a un proceso público, por **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

La presunción de inocencia, por **MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO** y **JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por **JULIO DÍAZ-MAROTO** y **VILLAREJO**

La interdicción de *bis in idem* procesal, por **JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

Especialidades del derecho al proceso con garantías en el procedimiento administrativo sancionador, por **ÁNGEL JUANES PECES**

ARTÍCULO 24.1

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (CARACTERIZACIÓN GENERAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN CIVIL)

Sumario: I. Introducción. II. Tutela judicial efectiva y arbitraje. III. El derecho de acceso a la jurisdicción. IV. Derecho a una decisión de fondo. El principio pro actione. V. Derecho a no sufrir indefensión y a la intangibilidad de lo resuelto.

JESÚS REMÓN PEÑALVER
SOCIO DE URÍA MENÉNDEZ
ABOGADO DEL ESTADO (EXCEDENTE)

I. INTRODUCCIÓN

1. Como es sabido, en su origen, el recurso de amparo no solo sirvió a la efectiva protección de los derechos de los recurrentes (dimensión subjetiva), sino que, en su dimensión objetiva, fue clave en la tarea de depuración del ordenamiento preconstitucional y se constituyó en el cauce principal para que el Tribunal Constitucional desplegara una imprescindible labor de «pedagogía constitucional». Esa tarea se vio facilitada por un **generoso entendimiento del contenido y alcance de los derechos consagrados en el art. 24 CE.**

El recurso de amparo se vio súbitamente convertido en un recurso «frente al juez» porque se percibió como una tan tentadora como indebida «tercera instancia». El art. 24 CE sigue siendo, de hecho, el precepto constitucional que con más frecuencia se invoca en los recursos de amparo. La Memoria del Tribunal Constitucional de 2016 revela que el 74,15% de los recursos de amparo se fundan en una alegada violación del art. 24 CE. Este porcentaje se situaba en el 85,46% en el año 2007, antes de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que introdujo la especial trascendencia cons-

titucional como requisito para la admisión del recurso.

Pero, más allá de esos excesos, es lo cierto que la jurisprudencia constitucional sobre el art. 24 CE fue la que principalmente permitió instaurar primero y fortalecer después una creciente «conciencia constitucional» en jueces y abogados. La doctrina constitucional recaída sobre el derecho a la tutela judicial efectiva provocó una auténtica revolución en el proceso y en los métodos de aplicación e interpretación del ordenamiento y forzó su alineamiento con los principios y valores constitucionales.

2. La jurisprudencia constitucional ha configurado desde los primeros tiempos el derecho a la tutela judicial efectiva como un **derecho prestacional de configuración legal**, esto es, no es «un derecho de libertad, ejercitable sin más directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, que solo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal» (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4), que consiste en la prestación de la actividad jurisdiccional por los jueces y tribunales.

3. Desde ese entendimiento, **el Tribunal Constitucional ha diferenciado el estándar aplicable para garantizar su ejercicio y efectividad en el proceso de los criterios que definen los límites que impone al legislador para asegurar la efectividad del contenido esencial del derecho, principalmente, en su primaria y esencial vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.** Sobre esta base, se viene reiterando que el control de las garantías del art. 24 CE en las actuaciones procesales, por el cauce del amparo constitucional, se supedita a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso haya establecido el legislador; mientras se enfatiza que el legislador... «no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 3, por todas)» (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3). En definitiva, el derecho reconocido en el art. 24 CE puede verse conculcado por normas que «impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 4; y 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3)» (STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5).

4. La STC 140/2016, de 21 de julio, FJ 5, resumió recientemente, con detalle, la doctrina constitucional sobre los **límites que para el legislador derivan del art. 24 CE.** En primer lugar, reitera que derecho fundamental a la tutela judicial efectiva «puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5; en el mismo sentido SSTC 48/1995, de 14 de febrero, FJ 2; 76/1996, de 30 de abril, FJ 2;

138/2005, de 26 de mayo, FJ 4; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5, y 20/2012, de 16 de febrero, FJ 5)». Con arreglo a ese canon, la STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 10, había establecido el criterio de enjuiciamiento constitucional de las tasas (cuotas fija y variable) del art. 35 de la Ley 53/2002: la posible contradicción de su exigencia con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción solo se produciría si las tasas fueran «tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables».

La STC 140/2016 examinó, después, la tasa creada por la Ley 10/2012 desde el prisma de la proporcionalidad y concluyó que la finalidad de «racionalización» de la Justicia encaminada a disuadir recursos infundados quedaba diluida porque el pago de la tasa «se impone de manera igual para la universalidad de justiciables que pretendan impugnar sentencias en los tres órdenes jurisdiccionales gravados». Es claro, concluyó el Tribunal, que «en este marco de indiferenciación, en el que todos abonan el mismo importe por la tasa indicada, el efecto preventivo o disuasorio se diluye para todo aquel que dispone de medios económicos suficientes, sin que pueda sentirse preocupado por admonición alguna si su intención fuera la de interponer un recurso infundado, toda vez que se le exige exactamente el mismo esfuerzo económico que a los demás». Esa situación perjudica, por contra, al justiciable que ejercita correctamente su derecho a recurrir. En consecuencia, la medida fue considerada inidónea para el objetivo de disuadir de la interposición abusiva de recursos.

La STC 1/2018, de 11 de enero, declaró inconstitucional y nulo el art. 76.e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, que al transponer el art. 203 de la Directiva 2009/138/CEE, permitió al asegurado imponer el arbitraje para resolver sus diferencias con el asegurador en el seguro de defensa jurídica. La Sentencia cuenta con un bien trabado voto particular. Para la mayoría, «la falta

de la necesaria concurrencia de voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE)». Para el Tribunal, «la posible vulneración del art. 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo».

II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y ARBITRAJE

1. La jurisprudencia constitucional tiene asimismo establecido que la exclusividad jurisdiccional que consagra el art. 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, que tampoco vulnera el art. 24 CE. La **doctrina constitucional sobre el arbitraje** puede resumirse en los puntos que se destacan a continuación.
2. Si bien inicialmente se insistió en su naturaleza de «equivalente jurisdiccional» (SSTC 43/1988, de 16 de marzo; 233/1988, de 2 de diciembre; 15/1989, de 26 de enero; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre; 176/1996, de 11 de noviembre), posteriormente la jurisprudencia fue evolucionando hacia una concepción mixta, que resalta la **naturaleza contractual** de sus orígenes, sin perjuicio del carácter jurisdiccional de sus efectos (cosa juzgada).
3. El arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos

privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4; y 9/2005, de 17 de enero, FJ 2). Desde esa raíz, como destaca el voto particular del Xiol Ríos a la STC 1/2018, de 11 de enero, el arbitraje es una **institución con contenido propio**. No tiene, pues, su asiento en el art. 24 CE sino en el art. 10 CE, que proclama la dignidad y autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE).

4. El arbitraje supone una **renuncia provisional y transitoria al ejercicio de acciones**, esto es, «supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros» (STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3). Esa renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto. Cuando se opta por el arbitraje, las partes deciden legítimamente que su controversia sea resuelta por los árbitros y no por los jueces. Esto explica el «principio de mínima intervención judicial en el arbitraje» y que el acceso a la jurisdicción legalmente establecido «será solo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral», porque, de otro modo, se desnaturalizaría la institución del arbitraje (ATC 231/1994, de 18 de julio). La acción de anulación habilita un «control judicial meramente externo y no de fondo» sobre la cuestión sometida a arbitraje (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; 75/1996, de 30 de abril, FJ 2; y 1/2018, de 11 de enero, FJ 3), lo que explica el rechazo del arbitraje obligatorio [SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; 119/2014, de 16 de julio, FJ 5. B); y 8/2015, de 22 de enero, FJ 5.c)]. Pero una decisión judicial de anulación que desconozca los principios del sistema vulneraría el derecho a la tutela del

favorecido por el laudo arbitral (STC 288/1993, de 4 de octubre, FJ 3: «En definitiva, se está ante una decisión judicial que admite un recurso extemporáneo y modifica un laudo arbitral que había adquirido firmeza mediante una interpretación de las causas y plazos de interposición del recurso de anulación que vulnera el art. 24 de la C., por lo que no queda sino declarar su nulidad, así como la firmeza y efectos de cosa juzgada del laudo arbitral origen de este recurso»).

5. Es indudable, dice el Tribunal Constitucional, «que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquellos han sido vulnerados». Por esta razón, «la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE, cuyas exigencias solo rigen (...) para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 5). En consecuencia, no corresponde a la jurisdicción constitucional dirimir si se causó o no indefensión en un proceso arbitral, «pues las garantías que consagra el art. 24 CE se refieren a la actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del Estado» (STC 352/2006, de 14 de diciembre, FJ 4).

6. Esto explica que **el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales no pueda proyectarse sobre el laudo**. La exigencia de motivación del laudo no deriva del art. 24 CE sino de una regla establecida por el legislador ordinario, según la cual «el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior» (art. 37.4 Ley 60/2003). De hecho, en muchos ordenamientos ni siquiera existe este deber legal de motivar (Reino Unido, Alemania, Portugal, Holanda o Luxemburgo). No puede, en consecuencia, equipararse la motivación del laudo con la motivación de las sentencias. Como ha escrito XIOL RÍOS, «las exigencias de motivación sufren matizaciones en el laudo arbitral como consecuencia de la legitimidad del árbitro derivada del acuerdo de voluntades; del hecho de que el árbitro decide en única instancia; y de que la motivación no cumple la función de permitir una revisión de la decisión en cuanto al fondo, por lo cual, a juicio de este autor» [SANCHO GARGALLO], «no es posible invocar la arbitrariedad del laudo al amparo de este motivo de nulidad» (XIOL RÍOS, 2014, 836). La exigencia de motivación del laudo no tiene, en consecuencia, naturaleza constitucional ni deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que las partes renunciaron al decidir someter sus discrepancias a arbitraje, sino que se configura actualmente en España como un deber legal.

7. **El laudo no puede ser objeto del recurso de amparo**. El Tribunal Constitucional «carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)» (STC 9/2005, FJ 2). Lo que sí es posible es interponer un recurso de amparo contra una decisión judicial que estima o desestima la acción de anulación, como hizo la STC 290/2006, 9 octu-

bre, que otorgó el amparo y anuló una sentencia de una Audiencia Provincial que había anulado un laudo pero fundando el razonamiento de anulación en una norma derogada.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

1. El derecho de acceso a la jurisdicción, que constituye el núcleo del derecho fundamental, corresponde a «todas las personas» para la defensa o protección de cualesquiera **derechos o intereses legítimos**.

Esa defensa debe articularse **a través de los procedimientos legalmente establecidos** y, por esa razón, si el legislador no ha configurado al proceso ordinario como cauce adecuado para que los jubilados puedan impugnar la validez de un convenio colectivo, «no pueden mantener por ello que tal circunstancia les cierra irrazonablemente su acceso a la jurisdicción y les niega su derecho a la tutela judicial efectiva, causándoles indefensión (nuevamente, STC 113/1990, de 18 de junio, FJ 3)» (SSTC 89 y 90/2001, de 2 de abril, FJ 4); pero no cabe negar legitimación a los miembros de un Departamento de la Universidad para impugnar los acuerdos departamentales porque en la jurisdicción contencioso-administrativa debe aplicarse la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que «para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés (STC 252/2000, FJ 3). Esta doctrina se reitera en las recientes SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 4, y 24/2001, de 29 de enero, FJ 3» (STC 220/2001, de 31 de octubre, FJ 4). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha establecido que «el derecho con-

sagrado en el art. 24.1 CE habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso de ejecución, **aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que... no hayan podido serlo en este y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo**» (STC 4/1985, de 18 de enero, FJ 2, y STC 166/2003, de 29 de septiembre, FJ 6); y también ha sentado que no puede negarse a los trabajadores la condición de parte en la pieza de calificación del concurso de la empresa (STC 15/2012, de 13 de febrero, FJ 3).

Con creciente frecuencia, la jurisprudencia constitucional se viene ocupando de cuestiones que afectan a la **posible interferencia entre distintos procesos con el mismo objeto**, teniendo en cuenta las soluciones derivadas del ordenamiento europeo. La STC 148/2016, de 19 de septiembre, se enfrentó al problema de si se lesionaba el derecho de acceso a la jurisdicción del recurrente al haberse apreciado por un juzgado de lo mercantil la excepción procesal de prejudicialidad civil y, posteriormente, por la Audiencia Provincial, la litispendencia, en el procedimiento que había promovido para que se declarara la nulidad de una cláusula suelo por estar previamente sustanciándose una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas ejercitada por una asociación de consumidores. La Sentencia concluyó que «no aparecen normas que habiliten al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula, resultando más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción [STC 148/2016, FJ 4 c)]» (STC 4/2017, de 16 de enero, FJ 4; y en la misma línea, las SSTC 3/2017, de 16 de enero, FJ 4; 223/2016, de 19 de diciembre, FJ 4; y 208/2016, de 12 de diciembre, FJ 4). En la STC 148/2016 se subraya que tanto la Directiva 98/27/CE sobre acciones de ce-

sación, como la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, «relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores», hacen reserva en todo caso del ejercicio de las acciones individuales por los interesados. De lo que se desprende que «la acción de cesación creada por las Directivas comunitarias no pretende erigirse en mecanismo sustitutivo del ejercicio de las acciones individuales en el ámbito de los consumidores; tampoco en materia de nulidad contractual», sino que el ordenamiento español «ha efectuado una ampliación del objeto de esta acción de cesación hacia pretensiones de carácter económico, ampliación que en sí misma no infringe dichas Directivas, las cuales expresamente dejan hecha reserva a **una más amplia facultad de actuación de los Estados** (art. 7 D 98/27/CE y D 2009/22/CE). Pero siempre y cuando esto último no acarree la exclusión de las acciones individuales» [STC 148/2016, FJ 5.a)].

La STC 79/2013, de 8 de abril, FJ 3, resaltó la idea de que «la validez global de la estructura procedimental de la ejecución hipotecaria en modo alguno admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre los que figuran los denominados legalmente como **terceros poseedores** y el propietario de los bienes que no se ha subrogado en el contenido obligatorio garantizado con la hipoteca». En definitiva existe una línea constante y uniforme de doctrina constitucional en materia de acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria que garantiza esa intervención de los interesados.

2. En cuanto a la **titularidad del derecho fundamental**, desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, luego seguida por la STC 115/1987, de 7 de julio, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los **extranjeros** la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de la situación

jurídica en que se encuentren (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 13). El derecho a la tutela judicial se inscribe entre los derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, en otras palabras, entre los que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3).

3. Las **personas jurídicas** son asimismo titulares del derecho fundamental, incluyendo las Fundaciones (STC 164/1990, de 29 de octubre) y las masas patrimoniales y entidades sin personalidad jurídica en los casos autorizados por la ley. El Tribunal Constitucional tiene asimismo reconocida, con carácter abstracto o general, la legitimación de los **sindicatos** para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario (STC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3) y ha declarado que «es posible reconocer en principio legitimado al sindicato en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores». Esa genérica legitimación abstracta tiene que proyectarse de un modo particular sobre el objeto del proceso por cuanto «la función atribuida por la Constitución a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad» (SSTC 210/1994, de 11 de julio, FJ 4; 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 4; 153/2007, de 18 de junio, FJ 4).

4. Conviene detenerse en la doctrina constitucional desarrollada sobre el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial por las **personas jurídicas de Derecho público**, cuestión sobre la que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado un completo marco ordenador, que ha quedado recogido fundamentalmente en la STC 175/2001, de 26 de julio (FF. JJ. 3 a 8), dictada en recurso de amparo avocado al Pleno, a la que han seguido otras posteriores (así, SSTC 239/2001,

de 18 de diciembre, FJ 3; 240/2001, de 18 de diciembre, FJ 3; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 63/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 4; 176/2002, de 9 de octubre, FJ 5; 201/2002, de 28 de octubre, FJ 4; y 74/2002, de 23 de abril, FJ 3).

Sobre el primer paso que supuso la STC 19/1983, de 14 de marzo, la STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, estableció que no cabe hacer una traslación íntegra a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas elaboradas en desarrollo del derecho fundamental a la tutela que corresponde a los ciudadanos, pero proclamó que: «en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 de la Constitución corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho». Esta misma dirección fue continuada por la STC 197/1988, de 24 de octubre, FJ 4 y la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2. La STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 5, declaró, en fin, que «en todos aquellos casos donde la posición procesal de los sujetos públicos es equivalente a la de las personas privadas, el art. 24.1 CE también ampara a las personas públicas».

Las personas públicas son, pues, titulares del derecho de acceso al proceso pero esta vertiente del derecho presta tutela frente a los jueces y tribunales pero no frente al legislador, a quien corresponde determinar los casos en que los entes públicos disponen de acciones procesales para la defensa del interés general. Esa configuración legislativa no admite exclusiones arbitrarias ni tampoco limitaciones que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el derecho de acceso (SSTC 175/2001, de 26 de julio, FJ y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5). Por lo demás, que las personas públicas están

asimismo amparadas por el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (art. 24.1 CE), lo dijo el Tribunal en relación con procesos donde una defectuosa contradicción entre las partes conducía a un vicio de incongruencia en la resolución del litigio (SSTC 150/1995, de 23 de octubre, y 82/1998, de 20 de abril).

Una serie de sentencias, que se inician con la STC 129/2001, de 4 de junio, conforman la doctrina constitucional sobre el **posible ejercicio por las personas públicas de la acción popular reconocida en el art. 125 CE**. La STC 129/2001, FJ 4, consideró que el art. 125 CE «se refiere explícitamente a **los ciudadanos**, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política». Sin embargo, esta línea de decisión fue abandonada a partir de la Sentencia del Pleno 175/2001, de 26 de julio. La STC 8/2008, de 21 de enero, otorgó el amparo al Gobierno de Cantabria que pretendía su personación en ejercicio de la acción popular en un procedimiento ante un jurado. El Tribunal recordó que la interpretación del art. 125 CE realizada en la decisión judicial objeto del recurso de amparo había sido declarada contraria al principio *pro actione* por la STC 311/2006, de 23 de octubre; y destacó que cuando la ley autonómica prevé que la Comunidad Autónoma se persone como acción popular en algunos procesos seguidos por violencia de género, esa posibilidad legal «no puede desconocerse por los órganos judiciales e inaplicarse» con el argumento de que con ello se crea una nueva forma de acusación que invade la legislación estatal y contradice la doctrina del Tribunal Constitucional. En la misma direc-

ción, la STC 67/2011, de 16 de mayo, autoriza que la Delegada especial del Gobierno pueda personarse en un proceso penal por homicidio de una mujer en un supuesto de violencia de género.

En la vía contencioso-administrativa, la STC 85/2008, de 21 de julio, tras recordar que «este Tribunal tiene declarado que al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales», reconoció que un **Ayuntamiento** ostenta un interés legítimo cuando en ejercicio de sus competencias de mantenimiento del orden público impugna una vía de hecho persiguiendo «la obtención de una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión que contribuya a solucionar los continuos problemas que afectan a la mayoría de sus vecinos» (FJ 5).

De igual forma los **colegios profesionales** pueden impugnar un reglamento que afecta a los intereses de sus miembros (STC 45/2004, de 23 de marzo), ya que entre las funciones propias de los colegios profesionales se encuentra la representación y defensa de la profesión, función diferenciada de la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. De manera que, si bien para la defensa de los intereses de los profesionales colegiados pueden concurrir tanto los colegios profesionales como los propios colegiados cuando resulten individualmente afectados, así como otras personas jurídicas (sindicatos y asociaciones profesionales), por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa ante los poderes públicos se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio (SSTC 67/2010, de 18 de octubre, FJ 4; 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4).

IV. DERECHO A UNA DECISIÓN DE FONDO. EL PRINCIPIO PRO ACTIONE

1. El derecho fundamental se satisface con una respuesta motivada a la cuestión de fondo suscitada en el proceso, sea o no favorable a la parte que ejercita el derecho. Esa respuesta ha de ser congruente, razonable, no arbitraria y atenerse al sistema de fuentes establecido.

2. La decisión sobre el fondo debe responder a lo pedido por el actor y a los fundamentos que delimitaron su pretensión en el proceso. Hay **incongruencia** cuando se produce un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, de forma que se conceda más, menos o cosa distinta de lo pedido. La incongruencia «puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal» (STC 91/2010, de 15 de noviembre, FJ 5). La **incongruencia por omisión** supone siempre una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial (STC 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). Sin embargo, para que la **incongruencia por exceso** pueda reputarse contraria al derecho a la tutela se requiere: a) que suponga una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes de un verdadero debate contradictorio (STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2; STC 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2, y STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2), o b) que en la vía del recurso el tribunal haya ido más allá de lo pretendido con infracción de la regla *tantum devolutum quantum appellatum*. Como dice la STC 194/2005, de 18 de julio, FJ 2.c), la incongruencia «*extra petitum* constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes, rige también en nuestro sistema procesal en la segunda instancia civil y configura las facultades de cono-

cimiento del órgano ad quem que, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, solo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la Sentencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 139/2002, de 3 de junio, FJ 2; 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; AATC 132/1999, de 13 de mayo; 315/1999, de 21 de noviembre; 121/1995, de 5 de abril).

3. La decisión judicial de fondo ha de estar **motivada**, es decir, debe «contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión» (STC 13/2012, de 30 de enero, FJ 3). Y la motivación tiene que estar, por su parte, fundada en Derecho, o, lo que es lo mismo, «que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad» (STC 146/2005, de 6 de junio, FJ 7). Esto no supone que exista un derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 3/2011, de 14 de febrero, FF. JJ. 3 y 5, y 183/2011, de 21 de noviembre, FF. JJ. 5 y 7). Pero la negativa a resolver con arreglo a una norma válida aplicable al caso, vulnera el derecho fundamental (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 6); como también la inadmisión de un recurso de apelación por aplicar una norma declarada inconstitucional (STC 104/2017, de 18 de septiembre, FJ 3); y la inaplicación de una ley vigente por considerarla contraria al derecho europeo sin plantear la preceptiva cuestión prejudicial ni concurrir los supuestos que pueden excepcionar del deber de hacer ese planteamiento, lo que sucede cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto *Franco-*

vich y Bonifaci, C-6 y 9/90) y cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81) (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 9).

En particular, el Tribunal Constitucional ha declarado recientemente que no hay un derecho de las partes en un proceso al planteamiento de la **cuestión prejudicial** y que, en consecuencia, el hecho de no plantear una cuestión prejudicial queda fuera del ámbito del derecho fundamental a la tutela pues el juez nacional es también juez del Derecho europeo (SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 5, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 5). Ahora bien, el control constitucional sí puede proyectarse sobre la motivación ofrecida por el juez para denegar el planteamiento de la cuestión, con arreglo al **canon general de control externo de la motivación de las resoluciones judiciales** (STC 27/2013, de 11 de febrero). Cuando esa motivación no existe ni se aporta en el previo incidente de nulidad de actuaciones, se lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (STC 135/2017, de 27 de noviembre, FJ 4).

4. En nuestro sistema constitucional existe, por tanto, un deber positivo del juez de resolver sobre las pretensiones deducidas. Pero también se satisface el derecho «si el órgano judicial, por concurrir una causa legal apreciada razonadamente, dicta una resolución de inadmisión» (STC 75/2009, de 23 de marzo, FJ 2). La constante referencia a la proscripción de trabas injustificadas en el acceso a la jurisdicción llevó desde un principio a la doctrina constitucional a proclamar la vigencia del **principio pro actione**, que se traduce no solo en un mandato positivo de interpretación en el sentido más favorable al derecho y, en todo caso, de no seleccionar la norma menos favorable (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2), sino también en «la interdicción de aquellas decisiones de in-

admisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (STC 28/2009, de 26 de enero, FJ 2). Ese mandato *pro actione* «impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 5), lo que excluye la clausura del procedimiento por defectos que puedan ser subsanados (STC 186/2015, de 21 de septiembre, FJ 4) como, por ejemplo, la falta de constitución del depósito para recurrir en la jurisdicción civil (SSTC 74/2013, de 8 de abril, FJ 2; y 129/2012, de 18 de junio, FJ 2) o el retraso en el pago de la tasa (STC 149/2015, de 6 de julio, FJ 4). Pero también explica la doctrina según la cual «los arts. 222.2 y 400.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuizadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal» (SSTC 71/2010, de 18 de octubre, FJ 5; y 106/2013, de 6 de mayo, FJ 5).

La doctrina constitucional puede resumirse en que «la posibilidad de subsanación, incluso en el caso de que no exista una previsión legal expresa, es una exigencia que deriva directamente del contenido normativo del propio art. 24.1 CE, que impone al juzgador un deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela se reclame, sin denegar dicha protección mediante la aplicación desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable (SSTC 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4, y 182/2003, de 20 de octubre, FJ 5)» (STC 12/2017, de 30 de enero, FJ 5).

CABAÑAS GARCÍA sintetiza las diversas consecuencias que el Tribunal ha deducido de esta doctrina en los siguientes puntos: a) que no

cabe decretar la inadmisión de la demanda cuando este efecto no se prevea expresamente en la disposición aplicable (defectos de personación de la parte: STC 27/2003, de 10 de febrero; y pérdida de la acción por no personarse: SSTC 172/2002, de 30 de septiembre, FF. JJ. 5 y 6 o 185/2006, de 19 de junio, FJ 6); b) tampoco puede fundarse la inadmisión en el incumplimiento de requisitos que no vengán establecidos legalmente (SSTC 19/2003, de 30 de enero, FJ 3, o 155/2011, de 17 de octubre, FJ 4); c) debe ponderarse, a favor del recurrente, la intervención causal de tercero que hubiere resultado obstaculizadora del ejercicio del derecho de acción (STC 184/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, sobre la exigencia de certificación de acto presunto para poder interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio negativo; y STC 40/2007, de 26 de febrero, FJ 3, sobre el cómputo del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto); d) debe efectuarse siempre una tarea de integración normativa, si posible, y no optar por una lectura aislada de la norma (STC 24/2001); y (e) es preciso aplicar las normas que prevén la subsanación de los actos procesales con la mayor efectividad posible para reducir en lo posible el catálogo de defectos insubsanables (STC 238/2002, 113/2002, 294/2005 o 220/2012) (CABAÑAS GARCÍA, 2013, 19 y 20).

5. Naturalmente, el principio *pro actione* no impide que se encuentren excluidas de la protección del art. 24 CE las consecuencias que, con sujeción a la ley procesal, deriven de «**la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan**» (SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2; 160/2009, de 29 de junio; o 115/2012, de 4 de junio, FJ 4). Esto no impide que, por ejemplo, se considere lesivo del derecho fundamental a la tutela una resolución judicial que no se pronuncia sobre el fondo por no incluirse la pretensión de forma expresa y concreta en el *petitum* de la demanda cuando del cuerpo

del escrito se deducía con claridad la pretensión deducida por el demandante de amparo (STC 27/2010, de 27 de abril, FJ 4). El mismo principio de favorecimiento de la acción está presente en la doctrina constitucional recaída en torno a la inadmisión de recursos de reposición civil por no indicarse la disposición legal infringida (art. 452 LEC). Para el Tribunal se produce la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE cuando el órgano judicial haya incurrido en un error patente, bien porque en el escrito respectivo sí se haga una mención expresa del precepto que se considera «infringido» por la resolución recurrida en reposición (STC 6/2001, de 15 de enero, FJ 4), o bien porque, aunque no se haya empleado directamente la palabra «infracción», el verbo infringir u otro sinónimo, sin embargo del contenido y términos del recurso se deduzca, sin duda, un cuestionamiento o censura de la resolución recurrida achacada a una indebida aplicación o a una inaplicación de la norma que el recurso considera decisiva, «argumentación esta que, en esa misma medida, no puede equivaler a otra cosa sino a denunciar su infracción, que es justo lo exigido hoy por el art. 452 LEC para que se admita a trámite el recurso de reposición (STC 66/2005, de 14 de marzo, FJ 2)» (STC 186/2008, de 26 de diciembre, FJ 2).

6. Salvo por la exigencia de una doble instancia en la vía penal, la **configuración de los recursos** por las distintas leyes procesales forma parte de la libertad de configuración normativa del legislador. No hay, pues, «un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)» (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5). Ahora bien, una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial y, por tanto, puede resultar menoscabado si se impide el acceso a los recursos de forma arbitraria o

con fundamento en un error material (SSTC 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; o 37/1995, de 7 de febrero, FJ 2). No obstante, «el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión» (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5). Por esa razón, la exigencia del rigor casacional constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, «sin que este Tribunal pueda intervenir salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente (SSTC 50/1984, 23/1987, 50/1988, 90/1990 y 359/1993, entre otras)» (STC 214/2003, de 1 de diciembre, FJ 3).

La STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3, siguiendo la línea iniciada por la STC 43/2010, de 26 de julio, destacó la importancia que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, asignó el legislador al **incidente de nulidad de actuaciones**, que se integra en «el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones)». De esta constatación deriva la Sentencia, como consecuencia, que «las decisiones de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, cuando es procedente su planteamiento, implican la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria, lo cual resulta más grave en supuestos, como el presente, en que estamos ante un proceso de única instancia, por lo que el único mecanismo de tutela ordinaria de los derechos fundamentales vulnerados en el proceso a quo, singularmente las referidas a vicios de la Sentencia, es precisamente el incidente previsto en los arts. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 228 LEC» (STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5).

V. DERECHO A NO SUFRIR INDEFENSIÓN Y A LA INTANGIBILIDAD DE LO RESUELTO

1. La tutela judicial efectiva comprende también el **derecho a no sufrir indefensión**. Conforme a reiterada doctrina constitucional, «el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, lo cual, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa en el ap. 2 del mismo precepto constitucional, significa que se garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, que se encuentran, como consecuencia lógica de la configuración constitucional del derecho de las partes a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en la base o esencia misma de la existencia de un juicio justo» (SSTC 184/2005, de 4 de julio, FJ 3; y 53/2010, de 4 de octubre, FJ 4).

2. La indefensión tiene que ser material y privar realmente a las partes de emplear cualquier medio legítimo de defensa en el seno del proceso de manera que se sufra un efectivo menoscabo o perjuicio. La indefensión, que ha de ser concreta y no meramente potencial, se produce «cuando se impide a una parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en el aspecto de comparecer, alegar y demostrar, como en el de conocer y rebatir en un proceso concreto, lo que implica que no toda infracción de norma procesal supone colocar a una de las partes en situación de indefensión» (MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, 2014, 104). El Tribunal se ha ocupado en numerosas ocasiones de las quejas de indefensión derivadas de un defectuoso **emplazamiento**, recordando la especial importancia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes y, en particular, del emplazamiento, que es el instrumento que facilita la defensa

de los derechos e intereses en el proceso, «de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, pese a tener conocimiento por otros medios distintos de su existencia» (STC 293/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Esto determina la necesidad del emplazamiento personal siempre que sea posible y «la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero» (STC 38/2006, de 13 de febrero, FJ 4; y las SSTC 5/2018, de 22 de enero, FJ 3; y 137/2017, de 27 de noviembre, que insiste en el deber de diligencia del órgano judicial en su obligación de agotar los medios de averiguación del domicilio real para obtener una notificación personal y efectiva). En este plano, el conocimiento extraprocesal del proceso tramitado, para que pueda surtir un efecto excluyente de la tacha de indefensión, no podrá fundarse sin más en una presunción cimentada en simples conjeturas y solo podrá invocarse con solidez cuando «del examen de las actuaciones pueda inferirse de manera suficiente y razonada que el interesado tuvo conocimiento extraprocesal de la pendencia del litigio o que no podía ignorar su existencia, lo que asimismo excluiría la indefensión alegada (entre otras muchas, SSTC 26/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 20/2000, de 31 de enero, FJ 5; y 102/2003, de 2 de junio, FJ 3)» (STC 138/2017, de 27 de noviembre, FJ 4).

3. Hay indefensión cuando se produce una **denegación de prueba** siempre que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar por la inadmisión de las pruebas y razone de modo convincente que la resolución final del proceso podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse admitido y practicado

la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 129/2005, de 23 de mayo, FJ 3; 244/2005, de 10 de octubre, FJ 5; 308/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; 136/2007, de 4 de junio, FJ 2). De manera que «para que se pueda apreciar una lesión constitucionalmente relevante, la denegación de la prueba debe ser imputable al órgano judicial y, además, la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, siendo carga del recurrente la de justificar la indefensión sufrida» [STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4.d)].

Hay, en fin, indefensión si no hay contradicción porque en la vista no comparece el defensor de una de las partes. El Tribunal ha decantado una detallada doctrina en materia de **suspensión del acto de la vista en los procesos civiles**, por ausencia del defensor de una de las partes, a partir de las causas legales de suspensión e interrupción previstas legalmente (arts. 188 y 193 LEC) y de la carga del profesional de advertir con antelación al órgano judicial de la imposibilidad de su asistencia al acto. Realizada la solicitud, pesa sobre el tribunal el deber de facilitar una respuesta motivada en tiempo hábil y de conceder la suspensión cuando se acredite la concurrencia de causa justificada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto (STC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 4) y «siempre, teniendo en cuenta que el juicio de indefensión no pende de un hipotético cálculo de probabilidades acerca del éxito que tendrían las alegaciones que podrían verse en la vista por su defensa letrada» [SSTC 85/2017, de 3 de julio, FJ 2.c); y 31/2017, de 27 de febrero, FJ 3].

4. Como quiera que el derecho a la ejecución de lo resuelto se integra dentro del contenido constitucionalmente reconocido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, **la proscripción de la indefensión también opera en el proceso de ejecución**. El derecho a la tutela impide restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución de Sentencias exclusivamente a quienes tuvieran la condición procesal de parte demandante o parte demandada en el proceso principal o en el proceso de declaración concluido por la Sentencia o resolución que se trata de hacer efectiva. Pero, al propio tiempo, determina que la actividad ejecutiva no puede dirigirse contra persona ajena al fallo y, más en concreto aun en el ámbito de la jurisdicción civil, que la ejecución de Sentencia tiene como destinatarios únicos y únicos protagonistas a las partes y más específicamente al condenado en la Sentencia, de modo que en ningún caso cabe derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas sin destruir la misma esencia de la cosa juzgada (SSTC 153/2006, de 22 de mayo, FJ 3; y 53/2010, de 4 de octubre, FJ 4).

5. **La intangibilidad de las resoluciones judiciales** forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. La doctrina constitucional ha precisado los límites tanto de la aclaración como del complemento de las resoluciones judiciales y la rectificación de sus errores materiales para concluir que si por ese cauce se altera el contenido del fallo se vulnera el derecho fundamental (STC 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

BIBLIOGRAFÍA

BORRAJO INIESTA, I., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, 1995.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE)», en *Crisis y Constitución*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008.

JIMÉNEZ BLANCO, A., JIMÉNEZ BLANCO, G., MAYOR, P. y OSORIO, L., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

REMÓN PEÑALVER, J., «Orden público y acción de anulación», *Anuario de Arbitraje 2017*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2017.

SALAH PALACIOS, E., *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cultiva libros, Madrid, 2015.

XIOL RÍOS, J. A., en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, 2014, pág. 836.

ARTÍCULO 24.1

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de acceso a la jurisdicción. III. Derecho a una resolución judicial jurídicamente fundada. IV. Derecho de acceso a los recursos legales. V. Derecho a la ejecución y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. VI. Derecho a no padecer indefensión.

RAFAEL PÉREZ NIETO

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

I. INTRODUCCIÓN

Los Poderes Públicos, como sujetos de Derecho, pueden entrar en conflicto jurídico con los ciudadanos u otros Poderes Públicos. En nuestro Ordenamiento, cuando el conflicto concierne a la actividad de aquellos que han de sujetar a Derecho Administrativo o normas asimiladas, y cuando admita una heterocomposición judicial, la misma corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que así se denomina nuestra Justicia Administrativa. Es la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una jurisdicción especializada; en la actualidad plenamente integrada en el Poder Judicial; si bien entre sus rasgos característicos llaman la atención algunos que son trasuntos más o menos debilitados de las prerrogativas que a favor de la Administración concebía el decimonónico «sistema continental» de jurisdicción retenida. La entrada en vigor de nuestra Constitución de 1978, su proclamación del Estado de Derecho y de la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, han hecho desaparecer los últimos reductos de inmunidad administrativa, al tiempo que se han corregido excesos formalistas de diversa índole, en especial los que dificultaban una decisión judicial sobre el fondo del litigio. No han traído, sin embargo, la reconsideración general de nuestro siste-

ma de Justicia Administrativa, postulada por voces singularmente autorizadas. Lo usual ha sido que el Tribunal Constitucional encontrara justificación constitucional a instituciones que, ciertamente, debilitan la posición procesal de los ciudadanos en sus litigios con la Administración; *v. gr.*, la autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración, de modo que, ante un litigio con esta, es el ciudadano y no la Administración quien tiene que promover el proceso; la no suspensión automática de los actos combatidos en recurso contencioso-administrativo, sino que los jueces deciden en cada caso de forma rogada al respecto; la necesidad de «acto previo» de la Administración y de que el ciudadano agote la vía administrativa, de modo que, por exigencias de la naturaleza «revisora» de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración ha de tener la oportunidad de decidir sobre la cuestión litigiosa antes que los jueces; el tajante efecto preclusivo de los plazos de impugnación y la fugacidad de estos, etc. Con todo, la Constitución alumbra una nueva visión del proceso contencioso-administrativo, que se concibe no como un mero «juicio al acto» o como un instrumento de fiscalización de la actividad administrativa (sin perjuicio de que tal función se contemple expresamente en el art. 106.1 CE), sino como aquel mediante el cual

se promueve, ante los jueces y frente a las Administraciones Públicas, la efectiva tutela de derechos e intereses de los ciudadanos; incluso los de las propias Administraciones Públicas, pues el Tribunal Constitucional ha llegado a admitir que puedan invocar excepcionalmente el art. 24.1 CE, limitándose a las facetas del derecho de acceder al proceso, el derecho de acceder los recursos legales y el derecho a no padecer indefensión (STC 175/2001, FJ 8).

La nueva concepción del proceso contencioso-administrativo —la concepción constitucional— ya se dejó ver en la interpretación que jueces y Tribunal Constitucional hicieron de la Ley Jurisdiccional de 1956, y es la que informa la vigente Ley de 1998. En efecto, los jueces, desde la entrada en vigor de la Constitución, abordaron la reinterpretación constitucional de la Ley de 1956 en temas tales como la eliminación de ámbitos de inmunidad administrativa; la extensión de la legitimación a los titulares de intereses legítimos y la equiparación del coadyuvante a los demandados; la tramitación sumaria y sin audiencia de medidas cautelares «provisionalísimas»; o la vigilancia activa de los Jueces del cumplimiento de los fallos condenatorios contra la Administración. Todas estas soluciones constitucionales alcanzaron pronta raigambre en la práctica judicial, siendo que unas simplemente se confirmaron por el Tribunal Constitucional y que otras ni siquiera ello fue necesario. En fin, al Tribunal Constitucional corresponde el grueso de las doctrinas constitucionales sobre el art. 24.1 CE relacionadas con la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que haya que anotar puntos de fricción con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tampoco en lo que atañe a determinadas realidades sociales o jurídicas más recientes como la inmigración o la integración del Derecho Comunitario Europeo. Recordaremos a continuación las doctrinas constitucionales relativas al art. 24.1 CE que tienen que ver específicamente con la Justicia Administrativa.

II. DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

1. El rechazo por los jueces contencioso-administrativos del examen del fondo de las pretensiones planteadas tiene que satisfacer —como en todo Orden Jurisdiccional— las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva; más intensas en su vertiente del derecho de acceso al proceso o a la jurisdicción, dada vigencia en este ámbito del principio *pro actione*, como se reitera en una doctrina evolucionada. A lo largo de su historia, el Tribunal Constitucional ha ido abordando problemas de variada índole relacionados con este tema, resultando la consolidación de un cuerpo doctrinal relativamente amplio al respecto, acomodado a las particularidades procesales contencioso-administrativas.

2. Algunas de estas doctrinas constitucionales trataron de **problemas específicos de la Ley Jurisdiccional de 1956**. Aunque promulgada en un contexto jurídico-político poco propicio, a la Ley de 1956 se la venera justamente por su flexibilidad y progresividad. Sin perjuicio de lo cual, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, devino necesaria la depuración constitucional de algunos de sus preceptos o de su interpretación. Esta tarea, ciertamente, no se acometió por el Tribunal Constitucional en solitario, pues en más de una ocasión sus sentencias no hicieron sino confirmar las aportaciones de la Jurisprudencia ordinaria. Dentro de tales problemas, hay que mencionar los que suscitaba su art. 40, precepto que contenía una relación de supuestos en que era inadmisibile el recurso contencioso-administrativo contra determinados actos. Algunos de tales supuestos, de evidente **inmunidad administrativa**, en cuanto impositivos del derecho al proceso manifestamente contrariaban los arts. 24.1 y 106 CE, por lo que debían considerarse sin vigencia por mor de la Disposición Derogatoria 3.^a CE. Así lo declaró el ATC 60/1980 respecto de las resoluciones en procedimientos del Código de Justicia Militar y otras de este ámbito; también en cuanto a la genérica previsión re-

lativa los «actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa», en el sentido precisado por la STC 39/1983, esto es, que tampoco admitan la tutela efectiva ante otro Orden Jurisdiccional (FJ 2). El Tribunal Supremo, por la misma época, ya había llegado a idénticas conclusiones. Es de reseñar aquí, igualmente, la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del art. 82.a) de la Ley de 1956, que contemplaba una causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, en trámite final de sentencia, consistente en la **falta de competencia** del propio órgano judicial (SSTC 22/1985, FJ 6; 90/1991, FF. JJ. 2 y 3; o 103/2003, FJ 8). Esta doctrina se ha traducido en el vigente art. 7.3 LJCA de 1998.

De época más cercana es otro problema constitucional que suscitó el requisito o carga de acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo la acreditación de haber cumplido con el deber de «**comunicación previa**», requisito que no fue tachado de inconstitucional (SSTC 76/1996, FJ 6; 178/1999, FJ 2; 160/2000, FJ 4; 175/2001, FJ 9) siempre que se tuviera de subsanable o de asimilable a otros medios de conocimiento del proceso por parte de la Administración. Antes el Tribunal Constitucional igualmente había admitido la constitucionalidad del requisito —previsto en el art. 38.1 de la Ley Jurisdiccional— de la **denuncia de la mora** en la resolución de una solicitud ante la Administración (STC 126/1984, FJ 4); incluso la de la consideración de tal requisito como insubsanable (STC 159/1990, FJ 2).

3. Otras **doctrinas elaboradas al hilo del escrutinio constitucional de la Ley Jurisdiccional de 1956 son aplicables asimismo en la interpretación y aplicación de la vigente Ley 29/1998**. Entre ellas destaca por su raigambre administrativista, pero también por su actualidad y trascendencia, la relativa al efecto del **silencio administrativo** negativo sobre el cómputo de los plazos de interposición del recurso contencioso-administrativo. La inicial doctrina al respecto se

ha mantenido prácticamente incólume, siendo objeto de una cuidada reconsideración en la cercana STC 14/2006, donde se repasan sus diversos hitos y los avatares legislativos a que se enfrentó. El primero de tales hitos es la STC 6/1986, que anula la Sentencia impugnada por haber inadmitido el recurso contencioso-administrativo so pretexto de que el acto impugnado era firme por consentido [art. 40.a) LJCA de 1956]. Allí se recoge la declaración —ya clásica— de que el silencio administrativo negativo «es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; de aquí que si bien en estos casos puede entenderse que el particular para poder optar por utilizar la vía de recurso ha de conocer el valor del silencio y el momento en que se produce la desestimación presunta, no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales» [FJ 3.c)]. Vigente la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en su redacción originaria de Ley 30/1992 —que parecía concebir el silencio negativo como un verdadero acto presunto—, y antes de su reforma parcial en el año 1999, el Tribunal Constitucional mantuvo idéntica doctrina, sosteniendo el carácter subsanable de la falta de solicitud de la entonces vigente certificación del acto presunto (SSTC 3/2001, FJ 7; 184/2004 FJ 4; y 73/2005, FJ único). En fin, el art. 46.1 de la vigente Ley Jurisdiccional ofrece un escollo de constitucionalidad que es dudoso pueda salvarse por vía interpretativa, si es que todavía se considera aplicable la doctrina de la STC 6/1986: este es el tema central de la STC 14/2006. En efecto, el referido precepto legal establece el plazo de caducidad de seis meses para la interposición en los supuestos de silencio negativo, plazo contado «a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto». Lo cierto es que la

citada STC 14/2006 declara la vigencia de la doctrina de la STC 6/1986, así como la posibilidad de salvar la constitucionalidad del precepto legal por vía interpretativa: con expresa advertencia de que «... no está patrocinando una determinada interpretación del mismo», el Tribunal Constitucional hace bascular su doctrina en el deber legal de información sobre los efectos que pueda producir el silencio negativo (art. 42 LRJAP y PAC). En fin, la más cercana STC 52/2014, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, declara que el art. 46.1 de la vigente LJCA no vulnera el art. 24.1 CE.

Tema muy relacionado con el anterior es el que suscitan las **notificaciones defectuosas** del acto impugnado: cuando el acto de comunicación no ilustra al interesado, en los términos legales, sobre los recursos pertinentes, plazo, órgano de interposición, etc., la eventual declaración judicial de caducidad del recurso debe ser tachada de irrazonable y por ende de contraria al art. 24.1 CE, al primar los defectos en la actuación de la Administración (SSTC 25/1982, FJ 4; 193/1992, FJ 4; recientemente, SSTC 158/2000, FJ 6; 179/2003, FJ 4).

Otra cuestión constitucional relacionada con los requisitos temporales del proceso ha surgido cuando los órganos judiciales, después de una declaración de falta de competencia objetiva o territorial y de remisión del proceso al competente (arts. 8.3 LJCA de 1956 y 7.3 Ley 29/1998), imponen al justiciable un **plazo de personación** ante el órgano destinatario, plazo, por lo demás, no previsto expresamente por los referidos preceptos legales ni por ningún otro. Con cita de otra Sentencia relativa a un asunto civil, la estimatoria STC 172/2002 sienta el criterio de que por razones de seguridad jurídica y agilidad procesal no vulnera el art. 24.1 CE la fijación judicial de un plazo de personación en tales supuestos (FJ 6). Por el contrario, la personación prematura o anticipada no contradice las necesidades de certidumbre, como recuerda la STC 27/2003 (FJ 8), desde la perspectiva del derecho de acceso al proceso.

La **promoción de recurso contencioso-administrativo ante un órgano judicial carente de competencia** puede dar lugar a otro tipo de consideraciones constitucionales, si es que el órgano que al final asume las actuaciones decide que el plazo legal de interposición ha caducado a la fecha en que la actora se persona ante él. Una interpretación que contraría el taxativo mandato del art. 8.3 LJCA de 1956 (7.3 Ley 29/1998) de que en tales casos el proceso continúe vulnera el art. 24.1 CE por manifiestamente irrazonable, aun cuando el interesado hubiera desatendido la indicación que, sobre cuál es el órgano judicial competente, ofrece la Administración en su notificación (STC 78/1991, FJ 3; en idéntico sentido, SSTC 44/2005, 147/2005 y 63/2006).

En el mismo orden de cosas —las relativas a los plazos de promoción del proceso—, el Tribunal Constitucional se ha encargado de confirmar la constitucionalidad de la causa de inadmisión del art. 40.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956 —idéntico al 28 de la vigente Ley de 1998—, consistente en la impugnabilidad de los actos que sean «reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma». El tema fue tratado por primera vez en la STC 126/1984, donde se dijo que el precepto tiene «... el sentido de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros» (FJ 3; también, SSTC 48/1998, FJ 4; 143/2002, FJ 2). Es problemática la aplicación de esta causa de inadmisibilidad en aquellos supuestos en que los actos impugnados resuelven una petición por la que el ciudadano ejerce un derecho al que el Ordenamiento Jurídico reconoce un plazo de ejercicio que no coincide con los plazos establecidos con carácter general para impugnar los actos administrativos, aunque con anterioridad haya pretendido ejercer el derecho de que se trate y la Administración se lo haya

denegado. Según el Tribunal Constitucional (STC 24/2003, FJ 5), la referida problemática y la posible aplicación judicial de la causa de inadmisión no suscitan sino cuestiones de legalidad infraconstitucional.

Por otro lado, a los responsables solidarios o subsidiarios de deudas tributarias o de Seguridad Social les cabe *ex art. 24.1 CE* el recurso contencioso-administrativo contra los actos determinantes de las deudas originarias, aunque tales actos se hubiesen consentido por los obligados principales (SSTC 85/2006, 39/2010 y 140/2010).

En el ámbito específico de los **procedimientos de acceso a la función pública** y de la impugnación de los actos resolutorios de las convocatorias correspondientes, es importante recordar que el Tribunal Constitucional tiene dicho que si bien desde la perspectiva del art. 24.1 CE no es irrazonable que el órgano judicial no entre a valorar las bases de la convocatoria que se hubieran consentido, sin embargo tal interpretación no es respetuosa con el derecho fundamental del art. 23.2 CE (STC 107/2003, FJ 2).

Otro tipo de problemas plantea el que la inadmisión judicial venga determinada por **falta de agotamiento** de la vía administrativa provocada por la omisión de interposición del recurso administrativo previo, agotamiento exigido por el art. 37.1 LJCA de 1956 y el art. 25.1 de la Ley 29/1998. El Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad de este requisito legal, «... en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas en el ordenamiento constitucional, por la finalidad que persigue ese presupuesto procesal, que permite poner en conocimiento de la propia Administración el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así acceder a la vía judicial y descargando por ello al recurrente de los costes derivados de acudir al proceso para obtener la satisfacción de su pretensión» (STC 275/2005, FJ 4, con cita de

otras relativas a procesos distintos del contencioso-administrativo). Este criterio, sin embargo, resulta cuestionable con relación a la previa vía económico-administrativa, dado su efecto retardante y disuasorio de la tutela judicial en materia tributaria.

Dificultades suscita asimismo la cuestión atinente a la posibilidad de subsanar el defecto de falta de agotamiento, lo cual ha dado lugar, dentro de la Jurisdicción ordinaria, a líneas doctrinales divergentes. En cuanto a si el art. 24.1 CE impone a los jueces dar la posibilidad subsanación ante tal defecto, en la STC 122/1999 se recuerda que «... la falta del recurso de reposición no es un requisito subsanable en todo caso, sino que los órganos judiciales deberán permitir la subsanación de este requisito en el caso de que este sea subsanable (ATC 461/1987), siendo competencia de los Órganos Judiciales determinar los supuestos en que esta omisión puede ser subsanada al ser esta una cuestión de estricta legalidad ordinaria» (FJ 4).

Es también causa legal de inadmisión el que el recurso contencioso-administrativo sea interpuesto por persona «no legitimada» [arts. 82.c) Ley de 1956 y 69.b) de la Ley de 1998]; la **legitimación procesal**, así, es requisito de una sentencia de fondo. Recordamos aquí que el «interés directo» legitimador a que se refería la redacción del art. 28.1.a) de la Ley de 1956 venía siendo interpretado en términos amplios por la Jurisprudencia ordinaria (STS de 1 de julio de 1985) desde la entrada en vigor de la Constitución y su art. 24.1, que, como es sabido, habla de «intereses legítimos». La reinterpretación constitucional del citado art. 28 quedó confirmada en la doctrina de las SSTC 160/1985 y 24/1987 hasta la STC 252/2000, doctrina según la cual el interés directo legitimador ha de entenderse como un interés legítimo del accionante, que es la expresión que emplea el vigente art. 19.1.a) de la Ley 29/1998.

El cercioramiento judicial sobre el interés legitimador del particular o de las entidades, asociaciones o corporaciones, por su evanes-

cencia, puede plantear dificultades en determinados supuestos, ciertamente. El Tribunal Constitucional, en época reciente, se ha atrevido con una definición del interés legitimador en el ámbito procesal que tratamos, acaso excediéndose de sus atribuciones, pero con un resultando feliz sin duda. Nos dice la STC 45/2004 que «... se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar esta. Luego, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso» (FJ 4).

La STC 220/2001 trata el tema de la **legitimación de las personas físicas, que sean titulares del órgano administrativo**, para impugnar los actos de este, ello con el fin defender sus derechos e intereses legítimos. Las Leyes Jurisdiccionales, con carácter general, niegan legitimación a los órganos de una entidad pública para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos y disposiciones emanados de aquella entidad, pero ello no significa que las personas físicas que forman parte de dichos órganos, esto es, sus titulares, no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o a sus intereses legítimos (FJ 5).

Hacemos alusión en este apartado, por último, a la doctrina sobre la **legitimación institucional de los sindicatos** en defensa de los intereses de los trabajadores, que cuenta como antecedentes las SSTC 210/1994 y 101/1996 —esta para el ámbito contencioso-administrativo—, y viene a consolidarse en otras tales como las SSTC 7/2001, 24/2001 o 84/2001. Es la doctrina que dice que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con su «función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores», pues debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se tra-

te. El canon de constitucionalidad a aplicar es reforzado, ya que el derecho del art. 24.1 CE se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental, la libertad sindical (STC 112/2004, FJ 4).

La regulación legal del proceso contencioso-administrativo ha evolucionado hacia un amplio control judicial de la actividad de la Administración, como ya hemos dicho, eliminando ámbitos de inmunidad y otros mecanismos procesales limitativos de dicho control. Las **actuaciones discrecionales** de la Administración, en concreto, no están exentas de la eventual revisión judicial, mas esta habrá de llevarse a cabo a través de técnicas específicas, como se ha reiterado la Jurisprudencia Ordinaria. La problemática que suscita una especie de las actuaciones discrecionales, la llamada «discrecionalidad técnica» de la Administración —ejercida por los órganos de selección de contratistas o de personal, la propia de las calificaciones académicas, etc.— en ocasiones ha merecido la atención del Tribunal Constitucional, teniendo dicho sobre este punto que «las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega» (SSTC 73/1998, FJ 5; 86/2004, FJ 3). Más recientemente se ha abordado el problema de las «**leyes autoaplicativas**» que no requieren de actos administrativos de concreción, las cuales, por su rango formal que excluye el control judicial, vulneran el art. 24.1 CE si no concurre una justificación razonable y proporcionada de dicho rango (SSTC 129/2013, 203/2013).

Un antiguo mecanismo procesal limitativo de la tutela judicial de los particulares ante la Administración consistía en la prohibición de esgrimir, en sede procesal, **motivos de impugnación que no se hubieran suscitado en la vía administrativa previa**. La Ley de 1956 supera esta rígida consecuencia de la «naturaleza revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»; su art. 69.1 admite expresamente que puedan alegarse cuantos motivos procedan en justificación de las pretensiones de los justiciables, «... aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a este». Como en su momento explicó la STC 98/1992 (FJ 2), desde la estricta óptica constitucional, una solución judicial que impidiera la alegación de nuevos motivos habría de tildarse de contraria al art. 24.1 CE. Advirtió entonces el Tribunal Constitucional que si bien no le corresponde «... terciar en la polémica mantenida a través de tanto tiempo sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ni sus límites», sí que es su obligación rechazar «... toda aplicación de las leyes que conduzca a negar el derecho a la tutela judicial» (en la misma línea, SSTC 160/2001 y 133/2005). Cosa distinta, en fin, es que durante el proceso se planteen «cuestiones nuevas», esto es, nuevas pretensiones, o pretensiones distintas de las suscitadas en la vía administrativa previa, dado el carácter esencialmente revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4. La declaración judicial de caducidad del recurso jurisdiccional puede derivar, además de la interpretación de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, de la combinada o supletoria de otras leyes procesales, como la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita o la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunas de estas interpretaciones han planteado una cuestión constitucional específicamente predicable dentro del ámbito contencioso-administrativo.

Una de dichas cuestiones está relacionada con la interrupción del cómputo del plazo

de interposición del recurso jurisdiccional cuando por el interesado se ha promovido el beneficio de justicia gratuita. El origen de la cuestión hay que buscarlo en las dificultades de interpretación del art. 16, párrafo tercero, de la **Ley de Asistencia Jurídica Gratuita** (Ley 1/1996, de 10 de enero). La STC 219/2003 estimó el recurso de amparo ante una decisión judicial de extemporaneidad que, según el Tribunal Constitucional, aplicó de forma «rigorista» y «desproporcionada» el citado art. 16 y el 58 de la LJCA de 1956, con violación del derecho a la tutela judicial de quien había solicitado el beneficio de justicia gratuita recogiendo como criterio general al respecto el de que la interpretación del art. 16 LAJG debe permitir disponer de los plazos procesales en su integridad al justiciable (FJ 4). En parecido sentido, aunque no idéntico, hemos de citar la STC 182/2006 (FJ 2).

Otra cuestión constitucional es la relacionada con el **art. 135 LEC (Ley 1/2000)**, precepto que prevé la posibilidad de presentar escritos hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo. El Tribunal Constitucional ha aclarado que la cuestión constitucional no se centra en precisar si un determinado plazo —el de interposición— es prorrogable o no, esto es, si es aplicable el mencionado art. 135, sino en la forma en que el justiciable puede disponer de tal plazo en su integridad —con independencia de su naturaleza—, en el supuesto de que el Registro de recepción de escritos procesales no permanezca abierto las veinticuatro horas del día, pues en tal supuesto, porque el justiciable no dispone de los plazos en su integridad, se vulnera el art. 24.1 CE si no se concede la posibilidad del art. 135 LEC (SSTC 64/2005, 239/2005, 335/2006, 343/2006 y 348/2006).

Para terminar este apartado, anotamos que no vulnera el art. 24.1 CE el cómputo judicial «fecha a fecha» de los **plazos procesales legalmente establecidos por meses** (STC 209/2013).

III. DERECHO A UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL JURÍDICAMENTE FUNDADA

Por la especial incidencia de la ejecutividad de los actos impugnados en el proceso contencioso-administrativo, y como contrapunto de aquella, nos centraremos en lo que se ha dado en denominar **tutela cautelar**. Algunos ámbitos doctrinales han asimilado la «tutela cautelar» a una faceta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Es lo cierto, sin embargo, que el Tribunal Constitucional tiene señalado en su STC 27/1997 el carácter meramente «... hipotético derecho fundamental “a la tutela cautelar” (FJ 3)»; si bien, asimismo parecía haber apuntado lo contrario en la STC 14/1992 (FJ 7). Determinadas Sentencias del Tribunal Supremo, en su momento, acogieron el criterio de que «... si el acto administrativo sancionador se ejecuta antes de su firmeza (judicial) entonces la tutela ya no es plena ni real» (SSTS 17 Jul. 1982 y 21 Jul. 1982). Ha sido que el Tribunal Constitucional sentó pronto otras bases, las que actualmente presiden esta trascendental cuestión: de la STC 66/1984 se colige que la Constitución no impone la suspensión automática de la ejecutividad de las sanciones administrativas impugnadas en vía judicial; tampoco el sentido estimatorio de la decisión judicial ante la petición de su suspensión cautelar, pues lo importante *ex* art. 24.1 CE es que los jueces ponderen, mediante la técnica preventiva, los intereses comprometidos por la ejecutividad o por la suspensión y adopten una razonable decisión al respecto. Es de reseñar también la doctrina constitucional de la STC 78/1996, según la cual la mera **solicitud de medidas cautelares** en vía contencioso-administrativa, y mientras no se resuelve sobre dicha solicitud, suspende la ejecutividad del acto administrativo sancionador, pues si la tutela efectiva se satisface en la fase cautelar mediante una decisión judicial que tenga en cuenta todos los intereses concurrentes «... es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto,

con lo cual la Administración se habría convertido en juez» (FJ 3). Esta doctrina, empero, no tuvo reflejo expreso en la letra de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998. En fin, la decisión judicial de no tramitar la pretensión cautelar por la vía del art. 135 LJCA —**medidas «provisionalísimas»**; esto es, sin oír a la parte contraria—, por no apreciarse en el caso la concurrencia de «circunstancias de especial urgencia», no vulnera el derecho del art. 24.1 CE en tanto en cuanto el órgano judicial dé una respuesta razonada y haya tenido en consideración todos los intereses concurrentes (ATC 48/2004).

Mención específica merece el tratamiento *ex* art. 24.1 CE del **Derecho Comunitario Europeo** y, en concreto, del planteamiento o no de cuestiones prejudiciales ante Tribunal de Justicia. La apreciación positiva o negativa del órgano judicial nacional al respecto —«acto claro»— se sujeta a los cánones generales de razonabilidad y motivación del art. 24.1 CE (*vid.* SSTC 27/2013, 212/2014, 90/2015), así que no plantearla irrazonablemente lo vulnera además del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 58/2004). E igualmente contraría los dos apartados del art. 24 CE la inaplicación judicial de una ley autonómica sin elevar la correspondiente **cuestión de inconstitucionalidad** (SSTC 66/2011, 187/2012, 177/2013 y 1/2017).

IV. DERECHO DE ACCESO A LOS RECURSOS LEGALES

En el ámbito contencioso-administrativo, pocas particularidades son destacables dentro de la doctrina general según la cual la configuración legal del derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta con especial intensidad en esta faceta suya del derecho a los recursos legales, de modo que el legislador es libre de establecer o no medios de impugnación contra las resoluciones de los jueces, y que estos, al interpretar los requisitos de admisión de los recursos, están sujetos al

«canon menos riguroso» de no incurrir en arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente. Podemos mencionar, quizás, que el particular rigor del Tribunal Supremo en la apreciación los requisitos de admisión de la casación contencioso-administrativa (preparación, forma, cuantía, etc.) ha sido examinado por parte del Tribunal Constitucional, llegándose a la conclusión de que algunas decisiones de inadmisión de la casación podrán tal vez discutirse desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, pero sin que se pueda afirmar que son patentemente arbitrarias, erróneas o irrazonables, si se parte de la función atribuida en nuestro Ordenamiento al recurso de casación, consistente en preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (STC 125/1997, entre otras). Más recientemente, sin embargo, el característico rigor de la admisión casacional, centrado en requisitos de preparación no expresamente recogidos en la ley ni previamente advertidos se ha declarado contrario al art. 24.1 CE (SSTC 7/2015, 17/2015, 20/2017 y otras).

A los órganos judiciales del Orden Contencioso-Administrativo corresponde igualmente la revisión de las resoluciones sancionadoras de la Administración y, aunque en este campo sean predicables con modulaciones las garantías del art. 24 CE, el Tribunal Constitucional descarta que sea exigible el derecho a que un tribunal superior revisara la sentencia judicial confirmatoria de la resolución administrativa sancionadora. En ese sentido recuerda que en nuestro Ordenamiento «... no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del art. 24 CE» (STC 89/1995, FJ 4).

V. DERECHO A LA EJECUCIÓN Y A LA INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La tutela judicial efectiva contiene también el derecho a que los fallos judiciales se cumplan «en sus propios términos» (STC 207/2003, por todas), ya que, en caso contrario, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. Por consiguiente, un sistema procesal que consagre prerrogativas de la Administración que la hagan inmune a obligatoriedad los pronunciamientos judiciales, o bien la ajurídica renuencia administrativa al cumplimiento de los fallos judiciales, comprometen el derecho del art. 24.1 CE. Por ello, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha advertido (STC 167/1987, FJ 2) que a los jueces son exigibles las medidas que deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa requerida por el pronunciamiento judicial, recabando para ello la colaboración precisa, incluso al margen del régimen ordinario de competencias. También les son exigibles con mayor razón cuantas medidas sean necesarias para impedir lo que expresivamente el Tribunal Supremo ha calificado como «la insinceridad de la desobediencia disimulada» por parte de los órganos administrativos (STS 21 Jun. 1977), que se traduce en cumplimientos defectuosos o puramente aparentes, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo. Por lo demás, en esta línea, ante posibles dificultades de ejecución de sentencias judiciales que condenen a la Administración al pago de una cantidad dineraria, recordamos la STC 166/1998, que declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «y bienes en general» del art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales por contrario al art. 24.1 CE, en la medida en que no excluye de la **inembargabilidad los bienes patrimoniales** no afectados a un uso o servicio público.

VI. DERECHO A NO PADECER INDEFENSIÓN

El Tribunal Constitucional ha establecido la distinción conceptual, dentro del art. 24.1 CE, del «derecho a no padecer indefensión» o «proscripción de la indefensión», que garantiza a los litigantes, en todo proceso y en todas sus instancias y recursos, un adecuado ejercicio del derecho de defensa que respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, asegurándoles la oportunidad de ser oídos y de hacer valer sus respectivos derechos e intereses legítimos. Además de la indefensión estrictamente procesal-judicial, la legislación y la jurisprudencia ordinarias admiten la eventualidad de una indefensión acaecida dentro de los procedimientos administrativos. Sobre su posible relevancia constitucional, el Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que la indefensión proscrita en el art. 24.1 CE, eventualmente acaecida en **procedimiento administrativo**, cabe que sea invocada en el recurso de amparo cuando se trate de un expediente administrativo sancionador. En los demás casos, dentro de la fase del control jurisdiccional, quien se sintiera agraviado le cabe utilizar cuantas alegaciones considere convenientes, sin limitación o condicionamiento alguno (SSTC 159/2002, FJ 2; 118/1999, FJ 1 y ATC 577/1988). Esta doctrina se ha completado extendiendo las exigencias del art. 24.1 CE a los actos administrativos que puedan afectar a derechos fundamentales, como ocurre con las resoluciones de **expulsión de extranjeros del territorio nacional**, las cuales deben ponderar su arraigo u otras circunstancias personales y familiares (SSTC 46/2014, 131/2016, 201/2016 y 14/2017).

El deber de los órganos judiciales de velar por la **convocatoria de todos los interesados en el resultado del proceso**, a fin de que puedan ejercer convenientemente su derecho a la defensa y a la contradicción, y la posible indefensión material que resulta del incumplimiento de dicho deber, han dado lugar a una larga serie de Sentencias del Tribunal Constitucional, consolidando una conocida doctrina al res-

pecto, que tiene como primer antecedente, en el ámbito que tratamos, la STC 63/1982. Sabido es también que esta responsabilidad, cumplida mediante citaciones y emplazamientos, no significa que los jueces tengan que desplegar una desmedida labor investigadora sobre posibles titulares de derechos o interesados. De ahí que interese conocer cuáles son los criterios del Tribunal Constitucional sobre hasta dónde alcanza el referido deber de indagación, en concreto, en el ámbito contencioso-administrativo. Tiene dicho a este respecto que la titularidad sobre el derecho o interés legítimo tiene que darse al tiempo del comienzo del proceso contencioso-administrativo; que el titular o interesado han de ser identificables; y, en fin, que el cumplimiento del deber de emplazamiento depende de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (SSTC 91/2001, FJ 4; 18/2002, FJ 6, y 102/2003, FJ 2, entre otras). Importante es la precisión de que la obligación judicial de emplazar no incluye a los que después de haberse resuelto el expediente administrativo, e iniciado el proceso contencioso, adquieren fuera de él la antedicha cualidad en virtud de actos posteriores y derivados del que es objeto del proceso (STC 65/1994, FJ 3). Por lo demás, el Tribunal Constitucional tiene señalada como prueba válida para acreditar el «**conocimiento extraprocesal**» del interesado, con el que se descarta su posible indefensión material por tener noticia de un proceso que le incumbe, la de presunciones, «... siendo la presunción de conocimiento especialmente intensa en relación con los funcionarios al servicio de la Administración pública demandada en el proceso» (STC 197/2001, FJ 3, y las que en ella se citan). El mismo tema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional fuera del ámbito procesal, en el **procedimiento administrativo-sancionador**. Es en la STC 52/2003 —con más claridad, a nuestro juicio, que en la STC 291/2000— donde se dice que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate de un acto administrativo-sancionador, revisiten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24 CE.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA CARANDE, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, 1992.

GIMENO SENDRA, V. y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, 1993.

SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Bosch, 2000, primer tomo.

VACAS GARCÍA-ALÓS, L., *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso-administrativo: quince años de jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa*, La Ley-Actualidad, 1996.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PROCESO DE TRABAJO

Sumario: I. Introducción. II. Derecho de acceso a la justicia y al proceso. 1. Subsanción de la demanda. 2. Legitimación y proceso de trabajo. 3. La conciliación previa. III. Derecho a una resolución fundada en Derecho congruente con las pretensiones de las partes. 1. Exigencias de congruencia y el control constitucional de la resolución de fondo. 2. Exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. IV. Derecho de acceso al recurso. V. Derecho a la ejecución de las sentencias. VI. Derecho a no padecer indefensión. VII. Garantía de indemnidad de los trabajadores.

CARMEN SÁEZ LARA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

I. INTRODUCCIÓN

El impacto de la doctrina constitucional sobre el art. 24.1 CE ha sido determinante en el ámbito laboral. En primer lugar, habría que recordar que uno de los ejes de la reforma procesal laboral protagonizada por la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 estuvo determinado justamente por la necesaria incorporación legal de las primeras declaraciones de la jurisprudencia constitucional sobre este precepto (VALDÉS DALRÉ, 1991, 123). En segundo lugar, es preciso destacar que hoy la jurisdicción social conoce de las lesiones de derechos fundamentales causadas por otros trabajadores u otros empresarios, vinculados por cualquier relación jurídica al empresario del trabajador titular del derecho lesionado. **La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 2011, al atribuir a la jurisdicción social las lesiones constitucionales imputables a terceros distintos del empresario, avala expresamente la doctrina constitucional** recogida en las SSTC 250/2007, 74/2007 y 126/1990, en relación con lesiones causadas por compañeros de trabajo y la doctrina de las SSTC 75-76 y 98 a 112/2010, en relación con lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores de una empresa

contratista causadas por el empresario principal o comitente. **Se avanza así en la efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores en los supuestos complejos de descentralización empresarial que hoy caracterizan nuestro modelo productivo.**

El art. 24.1 CE reconoce, como se sabe, un **derecho de prestación** frente a Jueces y Tribunales, **de configuración legal y contenido complejo**, que ha sido ampliamente delimitado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como se desprende de esta doctrina, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende esencialmente las vertientes de acceso al proceso, de defensa contradictoria, y la relativa a la efectividad de la sentencia. Por otra parte, también se ha entendido que lesiona este derecho fundamental aquella resolución judicial que no cumple unas exigencias mínimas de motivación, congruencia, razonabilidad, o que incurre en arbitrariedad o en un error patente. La jurisprudencia constitucional sobre este precepto, incluso la centrada en el orden social de la jurisdicción, ha sido muy amplia, aunque ciertamente se aprecia desde la década de los años noventa del pasado una evolución hacia la autocontención del control constitucional.

Precisamente, el estudio de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el ap. 1.º del art. 24, recaídos en relación con el proceso laboral, será el objeto de este trabajo, así como de la **garantía de indemnidad del trabajador** frente a eventuales decisiones empresariales causadas por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, la tutela constitucional *ex art.* 24.1 ha desplegado sus efectos en el ámbito laboral en una perspectiva distinta y que ha adquirido una especial relevancia la de aquellas conductas empresariales de represalia frente a reclamaciones judiciales y extrajudiciales formuladas en defensa de los derechos de los trabajadores y contra la empresa (CASAS BAAMONDE, 2006, 695).

II. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y AL PROCESO

El **derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener una respuesta que resuelva el conflicto** ante ellos suscitado es la facultad primera y esencial garantizada por el art. 24.1 CE. En esta primera fase, atendiendo a la doctrina constitucional, las exigencias que el art. 24.1 CE determina sobre la actividad judicial son básicamente dos. En primer lugar, **el Juez ha de intentar la subsanación de los defectos formales** o procesales que advierta. En segundo lugar, y en todo caso, si el órgano judicial adopta una **resolución meramente procesal**, ya sea auto o sentencia, la misma **ha de ser razonable y proporcionada**. Las dos exigencias señaladas constituyen la proyección básica del **principio *pro actione*** sobre el derecho de acceso al proceso, y ambas operan en cualquier momento procesal. Por tanto, las decisiones judiciales han de interpretar las normas procesales conforme a las exigencias del principio *pro actione*, que se aplica con toda su intensidad en el ámbito del derecho de acceso a la justicia.

Pues bien, esta doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al proceso rige en

todos aquellos supuestos en los que se impugna una resolución judicial (auto o sentencia), que no resuelve el fondo de la cuestión planteada (falta de jurisdicción o competencia del órgano judicial, defectos de capacidad, representación o postulación, inadecuación de procedimiento, falta de conciliación previa o incumplimiento de las exigencias de lugar o tiempo de presentación de los escritos) e incluso en aquellos supuestos donde la sentencia estima la falta de legitimación del actor (y resueltos, pues, por una sentencia de fondo). Sin embargo, aunque formalmente la doctrina constitucional no distinga atendiendo a las diferentes causas que impidan una respuesta judicial de fondo, lo cierto es que el juicio del Tribunal Constitucional pone su acento en diferentes cánones de control de constitucionalidad, en cada caso concreto, y atendiendo a la propia naturaleza de la causa de inadmisión (SÁEZ LARA, 2004, 246).

En este trabajo centraremos nuestra atención solo en aquellos **supuestos que contienen mayor interés por su especialidad**, así el trámite de subsanación de la demanda laboral, y entre las causas que impiden una resolución judicial de fondo, la falta de legitimación y la omisión del trámite de la conciliación previa a la demanda en el proceso de trabajo. Previamente, es necesario destacar el caso **de la inadmisión de una demanda laboral fundamentada en la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva, que había sido pactada en un acuerdo sindical**. El Tribunal no ha rechazado la posibilidad de considerar constitucionalmente legítima, una renuncia al ejercicio de acciones, de manera excepcional y mediante la concurrencia de estrictos requisitos (de forma explícita, clara, terminante e inequívoca) y cuando ello redunde en beneficio del interesado (SSTC 51/2003 y 65/2009, de 9 de marzo). **Esta doctrina es especialmente interesante a los efectos de reforzar el arbitraje laboral sobre ciertas cuestiones, en el seno de la negociación colectiva.**

1. Subsanación de la demanda

La actividad judicial desarrollada sobre la subsanación de la demanda ha estado sometida a un **intenso control constitucional** desde la perspectiva del art. 24.1 CE, y así el Tribunal ha precisado que no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica **obligación legal del órgano judicial**, que la atribución de tal facultad al órgano judicial es constitucionalmente inobjetable (incluso en relación con la brevedad del plazo de subsanación establecido) y que, desde esta perspectiva, la finalidad del trámite de subsanación debe ser la garantía de la admisión de la demanda, asegurando que concurren todos los requisitos esenciales para poder proceder al debate de la cuestión, y a su resolución sobre el fondo.

Una cuestión relevante ha sido por tanto la relativa al **ámbito de «lo subsanable»** a través de este trámite, que no se refiere solo a los requisitos de la demanda, sino que el Tribunal Constitucional ha extendido a la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo (STC 335/1994, de 19 de diciembre). Ahora bien, desde esta perspectiva, debe destacarse la **falta de identidad** en el terreno de los requisitos procesales, **entre «lo subsanable»**, en virtud de la legislación procesal laboral y lo que constituyen, en palabras del Tribunal Constitucional, **los elementos esenciales para la tramitación de una demanda**, y cuya falta podrá justificar constitucionalmente una decisión de archivo.

Por ello, el cumplimiento por el órgano judicial del trámite de subsanación no impide un control sobre el ajuste al art. 24.1 CE de la decisión inadmisoria, fundada en el incumplimiento del requerimiento judicial y así vulnera el art. 24.1 CE la decisión judicial de inadmisión de una demanda laboral tras el requerimiento de subsanación de su contenido en términos minuciosos o jurídicos de fondo (STC 203/2004, de 16 de noviembre). Y por ello **el control constitucional habrá de**

proyectarse sobre la exigibilidad misma de ciertos requisitos en la demanda por parte del órgano judicial, al margen y con independencia del trámite de subsanación, es decir, de su importancia o entidad para justificar la drástica decisión de inadmitir la demanda (SSTC 113/1997, de 3 de junio; 52/2009, de 23 de febrero; 187/2009, de 7 de septiembre, y 231/2012, de 10 de diciembre).

Igualmente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de una demanda social por no haber subsanado unos defectos advertidos por el órgano judicial pero que carecen de fundamento legal, o son indeterminados o contradictorios (SSTC 289/2005, de 7 de noviembre, y 19/2006, de 30 de enero).

El control constitucional también se ha desarrollado en relación con la **forma y contenido del requerimiento judicial de subsanación**, pues el Tribunal Constitucional ha establecido que la advertencia judicial habrá de especificar con claridad el defecto advertido (STC 8/1998, de 13 de enero). Por último, en relación con el **momento** en el cual ha de tener lugar el **requerimiento de subsanación**, si bien la regla general es que este debe realizarse en la fase de admisión de la demanda, la jurisprudencia constitucional no lo configura como un trámite procesal preclusivo, toda vez que la inadvertencia inicial no precluye la obligación judicial de advertir a la parte de los defectos que haya observado con posterioridad.

2. Legitimación y proceso de trabajo

Especial importancia en el ámbito del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social han tenido los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la legitimación procesal de los trabajadores, de los empresarios y de sus respectivas organizaciones representativas.

Una cuestión que tempranamente resolvería el Tribunal Constitucional sería la relativa a la **falta de legitimación del trabajador para**

impugnar un convenio colectivo (desde la STC 47/1988, de 2 de marzo, hasta la STC 56/2000, de 28 de febrero) afirmando que la misma no vulnera el art. 24.1 CE. E igualmente el Tribunal Constitucional ha entendido que la falta de legitimación de antiguos trabajadores de la empresa beneficiarios de un sistema de pensiones, que ha sido modificado por un nuevo convenio colectivo, para impugnar este último no vulnera su derecho a la tutela judicial (SSTC 88/2001, de 2 de abril, y 90/2001, de 2 de abril). También carece de falta de legitimación activa el trabajador víctima de un accidente laboral para obtener en vía judicial que la Administración sancione a la empresa en que lo sufrió (STC 48/2009, de 23 de febrero).

De otra parte, en relación con la legitimación procesal de los **empresarios**, el Tribunal Constitucional ha declarado que el empresario no está legitimado para impugnar la resolución administrativa que deniegue el registro de las **actas relativas a las elecciones sindicales** (STC 93/1990, de 23 de mayo), e igualmente en los procesos sobre **Seguridad Social** ha afirmado que no lesiona el derecho del empresario a la tutela judicial efectiva, **la omisión de su citación** (STC 207/1989, de 14 de diciembre) o la negativa judicial de legitimación activa al empresario para iniciar dicho proceso (AATC 250/1993 y 251/1993, de 19 de julio).

En reiteradas ocasiones, el Tribunal ha estudiado la cuestión relativa a la legitimación de los **comités de empresa** para iniciar el procedimiento de tutela de la libertad sindical (SSTC 74/1983, de 30 de junio; 95/1996, de 29 de mayo, y 74/1996, de 30 de abril), y en relación con la legitimación procesal de las **asociaciones empresariales**, el Tribunal Constitucional ha declarado que están legitimadas para la impugnación de una Orden sobre establecimiento de servicios mínimos en una huelga (STC 73/2006, de 13 de marzo). Finalmente, el Tribunal Constitucional también ha afirmado que no lesiona el art. 24.1 CE la falta de legitimación de los sujetos firmantes de un

acuerdo de fin de conflicto para la defensa de los derechos fundamentales eventualmente lesionados durante ese conflicto (STC 51/2003, de 17 de marzo).

Una especial atención merece la cuestión relativa a la **legitimación procesal de las asociaciones sindicales** en los procesos en los que están en juego intereses laborales. La doctrina constitucional ha afirmado que el **sindicato está legitimado** (atendiendo a su configuración constitucional) **para accionar cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores**. Ahora bien, esa **capacidad abstracta** del sindicato tiene que concretarse, en cada caso, mediante un **vínculo o conexión** entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, un vínculo o nexo que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero, y 183/2009, de 7 de septiembre). De esta forma, se avanza en una línea de interpretación de la legitimación sindical, que, en cierta medida, **matiza** el presupuesto del que partía la **legitimación sindical fundada en la configuración del sindicato como representante institucional de los trabajadores**.

Ahora bien, atendiendo a la doctrina constitucional es posible argumentar a favor de entender que la legitimación procesal del sindicato **no se limita a los supuestos legalmente previstos**. Así, el Tribunal Constitucional, en la STC 257/2000, de 30 de octubre, dictada en un caso de denegación a un sindicato más representativo de la posibilidad de personarse como coadyuvante en el procedimiento por despido de su delegado sindical, entendió que la ausencia de norma legal que hubiera previsto expresamente aquella intervención no impedía al órgano judicial atender a los derechos del Sindicato en este tipo de procesos (FJ 6). En esta ocasión, el Tribunal Constitucional declaró la lesión del derecho del Sindicato

a intervenir en el proceso y criticó que el Juzgado no hubiera discutido el interés del sindicato a estar presente en el procedimiento, ni la existencia de cualquiera de los requisitos subjetivos de legitimación. En la misma línea se sitúa la STC 215/2001, de 29 de octubre.

Concretamente, sobre la legitimación activa de los sindicatos para actuar en el **orden contencioso-administrativo**, el Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada doctrina que interpreta con gran **amplitud y «generosidad»** la concurrencia del **interés legítimo** del sindicato y que, consecuentemente, ha venido considerando lesionado su derecho fundamental de acceso al proceso en todos los supuestos suscitados (SSTC 101/1996, de 11 de junio; 7/2001, de 15 de enero; 24/2001, de 29 de enero; 203/2002, de 28 de octubre; 89/2003, de 19 de mayo; 112/2004, de 12 de julio; 4/2009, de 12 de enero; 33/2009, de 9 de febrero; 58/2011, de 3 de mayo; 165/2011, de 2 de noviembre, y 148/2014, de 22 de septiembre.). Ese mismo canon interpretativo ha seguido el Tribunal en relación con la legitimación sindical en el procedimiento en materia electoral (STC 164/2003, de 29 de septiembre) y en los procesos de oficio (STC 215/2001, de 29 de octubre).

Finalmente, es preciso destacar que esta doctrina general tiene su campo de aplicación en relación con el derecho de acceso al proceso, **sin que pueda ser trasladable en iguales términos en relación con el derecho de acceso al recurso** (STC 121/1999, de 28 de junio) o en la fase de ejecución, o en el proceso de revisión de sentencias firmes, donde los sindicatos, como el resto de las partes, estarán o no legitimados atendiendo al tenor literal de la normativa procesal aplicable (STC 171/2002, de 30 de septiembre).

3. La conciliación previa

Otra de las causas que pueden impedir una respuesta judicial de fondo es la falta de con-

ciliación previa a la interposición de la demanda laboral, requisito sobre cuyo cumplimiento la doctrina constitucional se ha manifestado muy flexible, hasta el punto que podría afirmarse que su exigencia es hoy relativa (STC 119/2007, de 21 de mayo).

El Tribunal Constitucional entiende que es **subsancionable tanto la falta de acreditación de la celebración del acto de conciliación como la misma omisión de la realización de este trámite**, admitiendo pues la subsanación no solo formal sino también material (SSTC 69/1997, de 8 de abril, y 185/2013, de 4 de noviembre). Además, cumplido el trámite de subsanación, la decisión de inadmisión fundada en la falta de este requisito también puede ser lesiva del art. 24.1 CE, por aplicación del canon de **proporcionalidad**. Atendiendo, de un lado, a la finalidad de este requisito, que es prioritariamente la evitación del proceso y, de otro, a las consecuencias derivadas de la decisión judicial de inadmisión, la balanza se inclina a favor de la admisión de la demanda, es decir, a favor de la efectividad de la tutela judicial. En definitiva, solo en supuestos extremos donde en puridad no se observara una voluntad de demandar en el actor, esto es, de inactividad o dejación de su derecho por parte del demandante, podría estar justificada una decisión de archivo de actuaciones, fundada en esta causa, así como en aquellos casos en que concurriera una injustificada voluntad contraria a cumplir este trámite, pues la inactividad procesal de la demandante impide imputar lesión del art. 24.1 CE al órgano judicial (STC 122/2006, de 24 de abril).

Finalmente, también en relación con la omisión del trámite de la conciliación previa, el Tribunal ha matizado que cuando una decisión de archivo se proyecta sobre una causa en la que se invocaban lesiones de derechos fundamentales el canon de constitucionalidad aplicable a las decisiones judiciales que impiden una respuesta de fondo se refuerza todavía más y se convierte en un control material (STC 10/2001, de 29 de enero).

III. DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO CONGRUENTE CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

1. Exigencias de congruencia y el control constitucional de la resolución de fondo

Aunque, como acabamos de ver, el derecho a la tutela judicial no integra siempre el derecho a una respuesta judicial de fondo, si esta existe, el art. 24.1 CE garantiza una respuesta a **todas y cada una de las pretensiones ejercitadas** (pues la falta de respuesta se entendería como una denegación de tutela, proscrita por el art. 24.1 CE), y **también garantiza que el órgano judicial no se pronuncie en la sentencia sobre una cuestión que no haya sido objeto de un debate contradictorio entre las partes. La incongruencia (omisiva y *extra petita*)** es, sin embargo, un vicio procesal cuyo concepto legal y constitucional no coinciden, toda vez que la necesaria congruencia de la Sentencia, como exigencia constitucional derivada del art. 24.1 CE, se justifica por la falta de respuesta, la falta de tutela que pueda conllevar la incongruencia omisiva y por la indefensión que, en su caso, determine la incongruencia *extra petita*.

En este terreno, la doctrina constitucional ha ido progresivamente evolucionando hacia la declaración de la imposibilidad de soluciones genéricas, y hacia la adopción de soluciones adaptadas a las características de cada caso (STC 9/2009, de 12 de enero). En líneas generales, la doctrina constitucional relativa a la **incongruencia por omisión** en el ámbito laboral es bastante **restrictiva** en cuanto a admitir una lesión del derecho a la tutela judicial, con alguna excepción (STC 146/2008, de 10 de noviembre). El Tribunal Constitucional admite una **respuesta genérica** a las pretensiones de las partes, aunque no se pronuncie sobre todas las alegaciones concretas, o más concretamente sobre las alegaciones concretas no sustanciales, e incluso admite una falta

de respuesta, siempre que el **silencio** judicial pueda razonablemente ser entendido como una «**desestimación tácita**». Concretamente, en relación con las sentencias de suplicación, la doctrina constitucional ha afirmado que la falta de respuesta a uno de los motivos del recurso constituye una incongruencia con relevancia constitucional. La desestimación tácita de una pretensión para ser admisible requerirá que del conjunto de los razonamientos de la resolución judicial se deduzca razonablemente que el órgano judicial ha valorado la pretensión que se afirma sin respuesta, así como los motivos que sustentan o fundamentan una tácita respuesta de la misma.

En relación con la **incongruencia *extra petita***, la doctrina constitucional ha establecido que no incurre en incongruencia el órgano judicial que se pronuncia sobre cuestiones procesales, o que determina de oficio la norma aplicable. La congruencia es **compatible** con la utilización por el órgano judicial del principio del cambio del punto de vista jurídico (*iura novit curia*). Ahora bien, el tradicional mayor juego del anterior principio en el ámbito laboral parece haber quedado atrás, como puede comprobarse en modernas sentencias constitucionales (SSTC 56/2007, de 12 de marzo, y 53/2005, de 14 de marzo). Finalmente, es posible que una sentencia incurra en ambos tipos de incongruencia, es decir, incurra en la denominada «incongruencia por error», cuando deja sin respuesta la pretensión articulada en la demanda o el motivo del recurso, razonando sobre otra cuestión absolutamente ajena al debate procesal planteado (STC 169/2013, de 7 de octubre).

2. Exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales y el control constitucional de la resolución de fondo

La doctrina constitucional ha extendido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la exigencia constitucional de **motivación** de las sentencias que establece el art. 120.3 CE,

con fundamento en el Estado de Derecho, donde los órganos judiciales **«han de dar razón del Derecho» interpretado y aplicado**. Atendiendo a que aquel derecho fundamental no se satisface con una resolución inadmisoria o de fondo cualquiera, sino que precisa en ambos casos una resolución «fundada en Derecho» el contenido de aquel derecho fundamental, se afirma, integra también la exigencia de motivación de las sentencias. La exigencia de motivación, no solo se refiere a su **existencia y suficiencia**, sino en muchas ocasiones a su propia **racionalidad**.

El Tribunal Constitucional ha venido afirmando que resulta **indiferente la extensión** de la motivación, y, en relación con la resolución de un Tribunal Superior, admite la suficiencia de la motivación **por remisión** a la sentencia de instancia impugnada. Para el Tribunal, al igual que la exigencia de congruencia de la sentencia, la cuestión relativa a la suficiencia de motivación ha de resolverse en cada caso. Concretamente, se ha llegado a admitir una respuesta de plantilla, válida para resolver cualquier tipo de pretensión (sobre todo útiles para resolver recursos), sin ningún tipo de concreción o individualización relativa al supuesto de hecho que resuelven, y sin que en la fundamentación jurídica existan referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento como referido específicamente al caso enjuiciado.

En relación con la exigencia de **racionalidad** de la motivación judicial, es preciso señalar que el control constitucional también se ha extendido en ocasiones a un control de fondo de la fundamentación jurídica de la resolución judicial. En términos generales, el Tribunal ha afirmado que la tutela judicial solo puede satisfacer las exigencias constitucionales si aparece revestida de **«caracteres mínimamente razonables»**. Ello permite comprobar si la respuesta contenida en la sentencia cumple con las exigencias mínimas de ausencia de irrazonabilidad (STC 164/2002, de 17 de septiembre) y de arbitrariedad, inherentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión. De

forma que el derecho a la tutela judicial efectiva **pueda quedar afectado también en atención al resultado producido**, a pesar de que las resoluciones judiciales estén formalmente razonadas (STC 227/2002, de 9 de diciembre), siempre que no hayan sido ocasionadas por la conducta imperita o negligente de la propia parte en el proceso.

En este ámbito se aprecia una creciente intervención del Tribunal sobre las sentencias relativas a cuestiones laborales y de Seguridad Social (SSTC 105/2008, de 15 de septiembre; 89/2009, de 23 de marzo; 216/2009, de 14 de diciembre, y 66/2010, de 18 de octubre). Así, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con una resolución judicial que había interpretado la Directiva europea sobre el trabajo de duración determinada no conforme con la seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de 9 de febrero de 2012 (asunto *Lorenzo Martínez*).

Además, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha sostenido que existe un **deber específico y reforzado** de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que deber derivado directamente de la CE, en ciertos supuestos, y en concreto cuando **se vean afectados otros derechos fundamentales**. En estos casos, se afirma, el canon aplicable al examen constitucional de las resoluciones judiciales desde la perspectiva del art. 24.1 CE se encuentra sujeto a un mayor rigor al estar afectado otro derecho reconocido por la Constitución (como son los casos de despido de un trabajador, en cuanto podría afectar a la libertad de trabajo comprendida en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE). En situaciones como esta, el canon propio del art. 24.1 CE no se ciñe únicamente a la comprobación negativa de que la decisión judicial no es infundada, manifiestamente irrazonable o arbitraria ni incurre en error patente, sino que añade a ese **control el positivo sobre la ponderación y adecuación** de la motivación de tal decisión judicial, que necesariamente

ha de exteriorizarse, **a los derechos concernidos** (STC 192/2003, de 27 de octubre). Según esta doctrina, en definitiva, el control de la racionalidad de la motivación de la sentencia adquiere mayor rigor e importancia cuando la sentencia se pronuncia sobre derechos reconocidos por la Constitución.

En diversas sentencias se constata que los órganos judiciales no satisficieron este deber de motivación reforzada, así en asuntos relativos a la prohibición de discriminación de las trabajadoras embarazadas (SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de marzo), la prohibición de discriminación por razón de sexo (SSTC 24/2011, de 14 de mayo, y 250/2007, de 17 de diciembre) o el principio de igualdad salarial por igual trabajo (STC 112/2017, de 16 de octubre).

En otros casos la vulneración del art. 24.1 CE por la resolución judicial de fondo se deriva de supuestos de hechos complejos en los que se han dictados sentencias por diversas jurisdicciones (SSTC 164/2008, de 15 de diciembre, y 21/2011, de 11 de abril).

Sin embargo, fuera de estos casos una Sentencia de fondo será lesiva del art. 24.1 CE solo «cuando el razonamiento que la funda incurra **en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves** los argumentos que para **cualquier observador** resulte **patente** que la resolución, de hecho, **carece de toda motivación o razonamiento**» (STC 226/2000, de 2 de octubre; 82/2009, de 23 de marzo, y 44/2013, de 25 de febrero).

En definitiva, más allá de los casos de motivación reforzada, o de aquellos otros de manifiesta irracionalidad de la motivación judicial, la relevancia constitucional no siempre se alcanzará, pues el Tribunal Constitucional, cuando controla la racionalidad de la motivación de una sentencia, desarrolla una labor de revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por los Jueces y Tribuna-

les que puede ser ajena a su función y al objeto del recurso de amparo. No puede en efecto desconocer el carácter netamente procesal de este contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (BORRAJO INIESTA, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, 1995, 71).

IV. DERECHO DE ACCESO AL RECURSO

La configuración legal del sistema de recursos, que sería establecida desde la **STC 3/1983**, de 25 de enero, precisamente en el orden social resultaría modificada como se sabe por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 37/1995, de 7 de febrero, que afirmaría que el llamado **principio pro actione** actúa solo **matizadamente** en el ámbito del acceso al recurso (de forma que las decisiones inadmisorias de recursos pueden ser lesivas del art. 24.1 CE solo en el caso de que sean irrazonables, arbitrarias o fruto de un error patente).

Desde la STC 3/1983 hasta la STC 37/1995 convivirían **dos líneas de interpretación de este derecho, si bien la línea que impone un control constitucional más intenso se expandirá, a partir de 1989** en el ámbito del derecho al recurso laboral, e impondrá a los órganos judiciales una **interpretación favorable a la admisión del mismo (línea interpretativa del derecho de acceso al recurso que finalmente resultaría expresamente rechazada por el Pleno, en la citada STC 37/1995)**.

Aunque durante algún tiempo no falten algunas sentencias constitucionales sobre el derecho de acceso al recurso donde se mantiene el canon constitucional que prohíbe el **rigorismo excesivo** de la interpretación judicial, el referido **cambio de orientación de la doctrina constitucional** en el ámbito del acceso al recurso encuentra **una formulación rotunda** en lo referente al **recurso** laboral de **suplicación**, por ejemplo, ya en la **STC 258/2000**, de 30 de octubre, pues se afirma

«que no resulta de aplicación como canon de constitucionalidad el principio *pro actione* entendido como interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican».

Esta doctrina constitucional sobre el derecho al recurso va a sufrir **algunas matizaciones tras la STC 90/2002, de 22 de abril**, y que han resultado **obligadas**, en gran medida, **por la jurisprudencia del TEDH**. En la citada STC 90/2002 se aplica de nuevo el canon de la **proporcionalidad** en el control judicial de decisiones judiciales sobre inadmisión de recursos. Según esta sentencia, en situaciones excepcionales, y en las que no concurre negligencia alguna de parte, la inadmisión de un recurso por llegada extemporánea al órgano judicial —aunque presentado en tiempo y con certeza en otro registro público— puede ser tachada de desproporcionadamente rigurosa e irrazonable y, por tanto, contraria al art. 24.1 CE.

La referida sentencia determina la introducción de alguna matización en la doctrina constitucional sobre el acceso al recurso, que no se está traduciendo sin embargo en una «recuperación» del canon de proporcionalidad, pues la doctrina constitucional en los casos en los que, por aplicación de la doctrina de la citada STC 90/2002, ha admitido la lesión del art. 24.1, esta se ha fundamentado en la irrazonabilidad de la decisión judicial impugnada (SSTC 20/2005, de 1 de febrero, y 283/2005, de 7 de noviembre).

Por lo que respecta ya concretamente a la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso al **recurso de suplicación**, la doctrina constitucional ha reconocido un **amplio margen a la competencia de la Sala**, si bien le ha impuesto **exigencias de motivación**. Así, en relación con la decisión judicial de inadmisión fundada en que las resoluciones no eran recurribles en suplicación, hemos de re-

cordar que la determinación de la **cuantía litigiosa** mínima exigida a estos efectos corresponde al Tribunal ordinario, sin que quepa un control del Tribunal Constitucional sobre los criterios que hayan de utilizarse para su cálculo (STC 143/1987, de 25 de septiembre). E igualmente, en los abundantes pronunciamientos sobre la exigencia de la **afectación general** de la cuestión debatida, el TC ha declarado que la apreciación de esta exigencia corresponde al órgano judicial, si bien de forma motivada (STC 329/2006, de 20 de noviembre).

En el terreno de los depósitos y consignaciones para recurrir, el Tribunal Constitucional, que exigiría *ex art. 24.1 CE* una interpretación judicial favorable a la admisión del recurso (SSTC 3/1983 y 30/1994), posteriormente en la STC 64/2000 declaró que no lesiona el art. 24.1 CE la inadmisión del recurso, basada en la no aceptación de una garantía alternativa a la legal, siguiendo así la línea interpretativa del derecho de acceso al recurso fijada por el Pleno en la referida STC 37/1995. En la misma línea las SSTC 166/2016, de 6 de octubre, dictada por el Pleno, y 173/2016, de 17 de octubre, admiten la inadmisión del recurso cuando la falta de consignación se pretenda justificar en la situación concursal de la empresa obligada (causa de exención no prevista en la ley procesal) y cuando se utilice un medio para el cumplimiento de la obligación (la constitución de una hipoteca inmobiliaria en favor del trabajador) manifiestamente inapropiado. La STC 176/2016, de 17 de octubre, otorgó el amparo respecto de una inadmisión también fundada en la falta de consignación de los salarios de tramitación, pese a que la sentencia había declarado el despido improcedente, optando la empresa por el pago de la indemnización, de modo que no procedía el abono de los salarios de tramitación.

Más recientemente hemos de destacar la doctrina constitucional que ha declarado la vulneración del derecho de acceso al recurso la inadmisión del recurso de suplicación, basa-

da en una interpretación de la ley procesal que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales. **Son recurribles en suplicación las sentencias que conozcan de vulneraciones de derechos fundamentales, cualquiera que sea la modalidad procesal utilizada** y, por tanto, aunque en su configuración legal no exista previsión de recurso. En efecto, aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que ha sido prevista la suplicación por la norma «en todo caso» contra sentencias dictadas en procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas [art. 191.3.f) LJS], no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental (SSTC 149/2016, de 19 de septiembre, y 42/2017, de 24 de abril).

Finalmente, por lo que se refiere al derecho de acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, un buen número de sentencias constitucionales han ido reiteradamente afirmando que la interpretación de los requisitos de acceso a este excepcional recurso corresponde al Tribunal Supremo. Lo anterior también se ha afirmado en relación con requisitos de acceso a este recurso que no se encuentran establecidos en la legislación procesal, sino que son una construcción esencialmente jurisprudencial. Así, la exigencia de firmeza de la sentencia de contraste, y cuya razonabilidad y ajuste al art. 24.1 CE ha sido avalada, correspondiendo también al Tribunal Supremo determinar el momento temporal relevante a efectos de exigir la firmeza de la sentencia, la exigencia relativa a la expresión en el escrito de preparación del recurso del núcleo básico de la contradicción alegada, o la exigencia de selección de una sentencia a los efectos de acreditar la contradicción doctrinal, y la necesidad de aportar una sentencia de contraste (STC 181/2007, de 10 de septiembre).

Pues bien, en los últimos años, un número importante de sentencias constitucionales han declarado la violación del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho de acceso al recurso de casación en un supuesto complejo, donde también se alegaba la incongruencia de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo. Se trataba de un supuesto de despido (colectivo) de empleados públicos, en aplicación de un acuerdo de amortización de plazas, en el que la sentencia de casación que finalmente desestimó la pretensión de los empleados no entró a examinar el extremo de la incompetencia de la junta de gobierno de la corporación local para adoptar el referido acuerdo, al realizar una interpretación de los términos del recurso que había de resolver que, según concluyó el TC, no fue respetuosa con la vertiente del derecho a la tutela judicial (SSTC 136/2017, de 27 de noviembre; 126/2017, de 13 de noviembre; 115/2017, de 19 de octubre, y 147/2016, de 31 de octubre).

V. DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

En numerosas ocasiones, la doctrina constitucional ha resuelto sobre eventuales lesiones del derecho a la ejecución de sentencias laborales. Nos ocuparemos solo de aquellas que han delimitado los cánones de control constitucional sobre tal obligación constitucional.

En relación con esta cuestión hemos de señalar que las decisiones judiciales dictadas en ejecución de sentencia son objeto de lo que el Tribunal Constitucional denomina un «**control externo**» de constitucionalidad, desde la perspectiva del art. 24.1 CE y que **se supera si la resolución judicial no es errónea en su apreciación de los hechos, irrazonable ni arbitraria**. Si se analiza, en términos generales, la doctrina constitucional, puede afirmarse que este es un tema «viciado», donde el Tribunal Constitucional actúa limitadamente desarrollando un «control externo» de las decisiones judiciales dicta-

das en ejecución de sentencias. Lo anterior contrasta con la integración del derecho a la ejecución en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. A mi juicio, **la intensidad del control constitucional decae inexplicablemente en el momento de dotar de efectividad a la tutela judicial** dispensada por los Jueces, ante las resistencias al cumplimiento voluntario de las sentencias, o ante las reacciones de la Administración demandada, pues este control de constitucionalidad debería incluir la exigencia de la interpretación más favorable para alcanzar este fin.

Centrando ya nuestra atención en los pronunciamientos más importantes en el ámbito del proceso laboral, una especial atención merece la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la **ejecución provisional de las sentencias de despido**. Según esta doctrina, el derecho a la ejecución provisional de las sentencias no deriva directamente del art. 24.1 CE, sino que es un derecho de configuración legal establecido por el legislador sometiendo a determinados requisitos y garantías. La ejecución provisional tiene el carácter de **procedimiento autónomo** dentro de un único proceso de índole laboral, y, como tal, es inmune al resultado definitivo de aquel, sin que tal resultado pueda servir para privar de efectividad a los derechos y situaciones reconocidos en la ejecución provisional. Así se afirmó inicialmente en la STC 234/1992, de 14 de diciembre, en relación con una ejecución provisional de sentencia sobre despido (posteriormente anulada en casación al declararse por el Tribunal Supremo la incompetencia de la Jurisdicción Social), y posteriormente en relación a la ejecución provisional de sentencias de modificación de condiciones de trabajo y de tutela de la libertad sindical (SSTC 87/1996, de 21 de mayo, y 105/1997, de 2 de junio).

Ahora bien, la cuestión que se planteó fue si esta doctrina era aplicable no solo en el supuesto de revocación de la sentencia de instancia, sino también en el caso de anulación

de la misma, fundada en la vulneración de un derecho fundamental de carácter procesal (en concreto, fundada en la vulneración del derecho a no padecer indefensión de la empresa demandada). Fue el Pleno del Tribunal Constitucional el que ratificó la continuidad de la doctrina constitucional sobre la autonomía de la ejecución provisional de las sentencias de despido o, si se quiere, su aplicación en todos los supuestos de revocación o anulación de la sentencia de cuya ejecución provisional se trate. La STC 191/2000, de 13 de julio, tuvo así una importancia decisiva al ser fruto de abocar al Pleno un asunto sobre el que existía alguna discrepancia en cuanto a la continuidad o no de la doctrina constitucional. Sin embargo, a mi juicio, determinar el ámbito de aplicación de la ejecución provisional «autónoma» es un debate constitucional sobre una cuestión de estricta legalidad ordinaria.

En ocasiones la inexecución de la sentencia laboral deriva de un pronunciamiento por ejemplo de la jurisdicción civil, que en consecuencia lesiona el art. 24.1 CE en la vertiente de derecho a la ejecución de sentencias (STC 62/2010, de 18 de octubre).

Finalmente, en la doctrina constitucional presentan interés los supuestos de **inejecución indirecta**, esto es, el de eventuales decisiones empresariales dirigidas a inexecutar o privar de eficacia a una resolución judicial (SSTC 87/1996, de 21 de mayo, y 196-197-199/2000, de 24 de julio). Según esta doctrina, la decisión empresarial que impidiera la eficacia de lo judicialmente decidido, porque del contenido del fallo o de la fundamentación jurídica de la sentencia se dedujera razonablemente la imposibilidad de que el empresario adoptara aquella decisión, identifica un supuesto de inexecución indirecta, frente a la cual el órgano judicial por imperativo del art. 24.1 CE debe adoptar las medidas oportunas de reacción, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional ejecutiva. Ahora bien, no es posible realizar una interpretación extensiva de esta posibilidad, de forma que cualquier deci-

sión empresarial motivada por una decisión judicial sea contraria a la garantía constitucional de eficacia de la misma, siendo preciso, según la doctrina citada, que de la sentencia se deduzca razonablemente que esta decisión resultaba vedada al empresario, es decir, en otras palabras, es necesario que la decisión empresarial contradiga frontalmente lo judicialmente decidido.

VI. DERECHO A NO PADECER INDEFENSIÓN

El art. 24 CE tutela, junto con el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales garantizados por el art. 24.2, el derecho a no padecer indefensión como derecho autónomo (BORRAJO INIESTA, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, 1995, 102).

Sin embargo, la doctrina constitucional prefiere hablar del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que es el derecho lesionado en los supuestos en los que la parte ha sufrido una indefensión con relevancia constitucional, **derivada de una actuación u omisión del órgano judicial, que ha limitado los derechos de alegación y defensa del litigante a lo largo del proceso**. Así, el Tribunal Constitucional afirmarí­a que el derecho a la tutela judicial incorpora como contenido esencial la prohibición de indefensión, es decir, que «en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses». Un órgano judicial que impide a una parte en el curso del proceso alegar cuanto crea oportuno en su defensa, o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, incurre en una vulneración del principio de contradicción y, por ende, en denegación de tutela judicial sin indefensión (SSTC 107/1999, de 14 de junio, y 13/1999, de 22 de febrero).

La doctrina constitucional exige que la **indefensión**, además de ser **cierta**, e **imputable**

al órgano judicial, para ser constitucionalmente relevante **ha de determinar un perjuicio para el que la afirma, y no ser imputable al mismo**. La indefensión, en términos constitucionales, es solo la **indefensión material** y no la meramente formal o procesal, de forma que es preciso que la misma haya tenido incidencia en el fallo. Carece de relevancia constitucional la indefensión que deriva de la propia actuación negligente del que la padece.

Finalmente, es preciso destacar (SANTIAGO REDONDO, 2002, 44) que en el ámbito del proceso laboral las quejas por indefensión que en mayor medida determinan la concesión del amparo se conectan a **irregularidades** en los **actos de comunicación procesal** y, en concreto, muchas de ellas se plantean en supuestos de resoluciones dictadas en procesos desarrollados *inaudita parte*, así como en relación con el emplazamiento por edictos (SSTC 210/2007, de 24 de septiembre; 2/2008, de 14 de enero, y 6/2009, de 12 de enero).

VII. GARANTÍA DE INDEMNIDAD DE LOS TRABAJADORES

El art. 24.1 CE puede verse lesionado también cuando el ejercicio del mismo produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. El derecho a la tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 140/1995, de 28 de septiembre, y 168/1999, de 27 de septiembre).

La doctrina constitucional sobre esta garantía de indemnidad ha encontrado además apoyo en el art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (*BOE* de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye de las causas válidas de extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes».

Pues bien, la garantía de indemnidad que otorga el art. 24.1 CE se extiende asimismo a los actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial, pues de otro modo se dificultaría la plena efectividad del derecho (STC 14/1993, de 18 de enero), así se extiende al acto de conciliación previa (STC 140/1999, de 22 de julio) o incluso a las cartas dirigidas por el Abogado de un trabajador a su empresa (STC 55/2004, de 19 de abril). Por el contrario, la garantía de indemnidad de los trabajadores, cuando son testigos en el proceso judicial seguido frente al empresario, no está amparada por el art. 24.1 CE, sino por el derecho a comunicar información veraz en el procedimiento, por lo que la

represalia empresarial constituye una lesión del art. 20.1.d) CE (STC 197/1998, de 16 de noviembre).

La mayor parte de las sentencias constitucionales han conocido de decisiones empresariales adoptadas en represalia al previo ejercicio de acciones judiciales y relativas a la exclusión de la contratación (SSTC 87/2004, de 10 de mayo; 144/2005, de 6 de junio; 65/2006, de 27 de febrero, y 6/2011, de 14 de febrero) o al cese o despido de trabajadores (SSTC 138/2006, de 8 de mayo; 125/2008, de 10 de octubre; 92/2009, de 20 de abril; 75 y 76/2010, de 19 de octubre, y 10/2011, de 28 de febrero). En todo caso, también vulnera esta garantía la decisión de suprimir una mejora salarial como represalia por reclamaciones judiciales y extrajudiciales contra la empresa (STC 120/2006, de 24 de abril).

Por el contrario, no constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, la decisión empresarial que responda a un fundamento objetivo de carácter económico, incluso aunque la trabajadora aporte pruebas indiciarias suficientes para hacer dudar de la legitimidad de la reacción empresarial (STC 183/2015, de 10 de septiembre).

BIBLIOGRAFÍA

BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995.

CASAS BAAMONDE, M. E., «Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (El derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)», en AA. VV., *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Madrid, 2006.

SÁEZ LARA, C., *La Tutela Judicial Efectiva y el Proceso Laboral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

SANTIAGO REDONDO, K. M., «Impugnación del recurso de suplicación y derecho de defensa», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Las claves de la reforma laboral procesal», en AA. VV., *Lecturas sobre la Reforma Laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO PENAL

Sumario: I. Introducción. II. Derecho de acceso al proceso. 1. El contenido del derecho a la acción penal. 2. Competencia del órgano jurisdiccional. El principio de justicia universal. 3. Las acusaciones particulares. 4. Acusación popular. 5. Acceso al proceso de quien no está a disposición del Tribunal. III. Derecho a una resolución fundada en Derecho congruente con las pretensiones de las partes. IV. Derecho a la doble instancia penal. 1. Su naturaleza de derecho de configuración legal. 2. El derecho a un doble grado de jurisdicción y su enlace con las garantías del proceso. 3. La cuestión del recurso de casación. 4. Garantías de la prueba. V. Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales. VI. Derecho a no padecer indefensión.

AURELIO BLANCO PEÑALVER

FISCAL SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar sin género de dudas que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex art. 24.1 CE* ha sido, probablemente, el derecho fundamental más invocado como vulnerado en la historia del Tribunal Constitucional español y el que ha generado un mayor número de pronunciamientos de su jurisprudencia. Y así sigue siendo en la actualidad en lo que a los recursos de amparo concierne. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, el número de resoluciones sobre la materia ha disminuido sustancialmente en los últimos años. Esta circunstancia viene motivada por el amplio cuerpo de doctrina constitucional existente hasta entonces sobre el art. 24.1 CE, que ha determinado una importante restricción del número de resoluciones en la aplicación del requisito de especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo del recurso. De aquí que los pronunciamientos habidos desde la anterior edición de esta obra sean en su mayor parte insistentes

en la aplicación de la anterior doctrina sobre la materia, ya suficientemente elaborada, si exceptuamos algunas cuestiones novedosas a las que nos referiremos a continuación.

II. DERECHO DE ACCESO AL PROCESO

El derecho a la tutela judicial efectiva se concibe en la jurisprudencia constitucional como un derecho prestacional y de configuración legal que opera, frente al legislador, proscribiendo la aprobación de «normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución» (STC 251/2007, de 17 de diciembre, FJ 4) y, frente a los órganos judiciales, como exigencia de que la selección, interpretación y aplicación de los preceptos que regulan el acceso a la jurisdicción se lleven a cabo mediante resoluciones motivadas, razonables, no arbitrarias, no incurasas

en error patente y, sobre todo, conformes con el principio hermenéutico *pro actione*. Comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho al acceso a la jurisdicción constituye el «núcleo», la «vertiente primaria» o «el primero de los contenidos» del derecho a la tutela judicial efectiva —por hacer uso de algunas de las expresiones utilizadas para referirse a él—, pero al tratarse de un **derecho prestacional y de configuración legal** su ejercicio y actuación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador; razón por la cual también se satisface el derecho cuando se obtiene una resolución que deja imprejuzgada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso si está fundada en la falta de algún requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto, y no son revisables en amparo salvo que carezcan de la debida motivación, se funden en una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o manifiestamente irrazonable, sean el resultado de un error patente, se apoyen en una causa legal inexistente o en la exigencia de unos requisitos formales excesivamente rigurosos (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 122/1999, de 28 de junio; 63/1992, de 19 de abril; 113/2000, de 16 de mayo; 230/2000, de 2 de octubre; 134/2001, de 13 de junio, y 65/2016, de 11 de abril, FJ 5, entre otras muchas).

1. El contenido del derecho a la acción penal

Como hemos dicho, el primer contenido del derecho a obtener una tutela judicial efectiva es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4; 267/2006, de 11

de septiembre, FJ 3; 9/2008, de 21 de enero, FJ 3; 209/2013, de 16 de diciembre, FJ 3). El Tribunal Constitucional ha configurado este derecho a la acción penal no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino como manifestación específica del derecho a la jurisdicción o *ius ut procedatur* (art. 24.1 CE), que viene dada por las peculiares características del proceso penal, en el que confluyen dos elementos que no cabe confundir: el derecho de acción y el derecho material de penar. La acción penal se entabla para que el Estado, a través de la jurisdicción, ejerza la potestad punitiva, lo cual otorga al *ius ut procedatur* penal una configuración muy especial. Al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en las libertades del imputado (hoy, investigado) y en el núcleo de sus derechos fundamentales. El particular no ostenta ningún derecho a castigar: por disposición de la Ley, puede ejercitar la acción penal y obtener una respuesta jurídicamente fundada; pero carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, ya que el *ius puniendi* es de exclusiva titularidad estatal (entre muchas otras, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 163/2001, de 11 de junio, FJ 2; 190/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 3; o 26/2018, de 5 de marzo, FJ 7).

Esto es lo que explica que las partes acusadoras carezcan de un derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada y que, una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no sea agotar las posibilidades de investigación para procurar otorgar un pronunciamiento motivado sobre el fondo de la pretensión, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos del posible implicado (SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 3; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 8; 232/1998, de 1 de diciembre,

FF. JJ. 2 y 3, y 26/2018, de 25 de marzo, FJ 3). De lo dicho resulta que el objetivo que se persigue con la instrucción de los delitos se limite a establecer si los hechos que se investigan pueden ser o no constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales.

En cualquier caso, una decisión de sobreseimiento o archivo del proceso penal que impida el acceso a este ha de estar necesaria y suficientemente motivada. Así lo ha repetido hasta la saciedad el Tribunal Constitucional al afirmar que la decisión judicial de archivar unas diligencias previas porque los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un **pronunciamiento motivado** del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la LECrim., siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por citar algunos de tales pronunciamientos pueden verse las SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2, y 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4).

Sobre la extensión y el contenido que haya de tener tal motivación, basta con que la cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que esta responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del tipo o tipos penales por los que se formula una querrela (SSTC 150/1988, de 15

de julio, FJ 3; 238/1988, de 13 de diciembre, FJ 2; 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 3; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 2, y 176/2006, de 5 de junio, FJ 3). La suficiencia de una concreta motivación solo puede ser examinada y enjuiciada casuísticamente a la luz de las circunstancias concurrentes.

2. Competencia del órgano jurisdiccional. El principio de justicia universal

El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito penal ha sido conectado, en primer lugar, con el órgano judicial que resulta competente para conocer del proceso y, más concretamente, con la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento de los delitos cometidos en el extranjero. Las SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, y 227/2007, de 22 de octubre, abordaron la interpretación que cabe realizar constitucionalmente del art. 23.4 de la LOPJ desde la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, que también está incluido en el art. 24.1 de la CE. Desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la perspectiva de la voluntad del legislador, la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un **principio de jurisdicción universal absoluto**, es decir, sin sometimiento a criterios de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Esto no quiere decir que dicho criterio no pueda concurrir con otras interpretaciones que puedan restringir el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, pero cuando esta restricción conlleva la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva. «Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actio-*

ne y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el art. 24.1 CE».

Como consecuencia de lo dicho, la competencia judicial universal de los Tribunales españoles para conocer de delitos cometidos en el extranjero queda sujeta a las siguientes reglas:

A) La presencia del presunto autor en el territorio español es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena, dada la inexistencia de juicios *in absentia* en nuestra legislación (exceptuando supuestos no relevantes en el caso). Debido a ello, institutos como la extradición son piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal, que no es otra que la persecución y sanción de crímenes que, por sus características, afectan a toda la comunidad internacional. Pero tal conclusión no puede llevar a erigir la presencia en nuestro territorio del presunto autor en requisito *sine qua non* para establecer la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de ser así la jurisdicción universal quedaría sometida a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución.

B) El Tribunal también ha rechazado que la competencia universal pueda hacerse depender de la nacionalidad española de las víctimas, así como del criterio de la vinculación de los delitos cometidos con otros intereses españoles relevantes. Tal interpretación es calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), que desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se mues-

tran contrarios a la finalidad que inspira la institución, con el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ.

C) La restricción basada en la nacionalidad de las víctimas también incorpora un requisito añadido que no está contemplado en la ley. Tampoco puede afirmarse que esté teleológicamente fundado, por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración compartida de su persecución universal.

D) Y lo mismo debe concluirse en relación con el criterio del interés nacional. Su exigencia haría que el núm. 4 del art. 23 LOPJ quede prácticamente huérfano de contenido, al ser reconducido a la regla de competencia jurisdiccional contemplada en el número anterior. La cuestión determinante es que el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales, no es conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen un interés compartido por todos los Estados, cuya legitimidad no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos.

E) Por último, la imposibilidad de acceso de los perjudicados a la Corte Penal Internacional es un requisito exigible en todo caso.

3. Las acusaciones particulares

En nuestro proceso penal, el acceso a la jurisdicción, y en lo que a la constitución de las partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 CE), pero no existe una exigencia constitucional, derivada del art. 24.1 CE, que obligue al establecimiento de una acusación particular, toda vez que la función acusatoria aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (por todas STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3), en atención a la

exclusiva naturaleza pública y titularidad estatal del ejercicio del *ius puniendi* (STC 162/2001, de 11 de junio, FJ 2). Así, el Tribunal ha concluido que la posibilidad de participación de la víctima del delito en el proceso penal a través del ejercicio de la acusación particular, al suponer la atribución del reconocimiento de un **derecho de configuración legal**, solo resulta posible en los términos en que aparezca regulado por el legislador, y en la medida en que el legislador ha optado por reconocer el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares y, más concretamente, al perjudicado por el delito o falta, dicho derecho entra a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3, y 190/2011, de 12 de diciembre, FJ 3). De tal manera que le corresponde al Tribunal revisar aquellas decisiones en que tales presupuestos se hayan interpretado de manera arbitraria, irrazonable o que incurran en un error patente, dando lugar a una clara desproporción entre los fines que los requisitos de acceso al proceso de la víctima del delito preservan y los intereses que se sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable (SSTC 237/2005, de 25 de septiembre, FJ 2, y 190/2011, de 12 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4).

Incoada una instrucción penal, el Juez ha de otorgar al ofendido por el delito la posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela mediante el denominado **ofrecimiento de acciones**, para que pueda comparecer y mostrarse parte en la causa ya incoada, todo ello en orden a que pueda deducir y sostener la pretensión penal (SSTC 94/2001, de 2 de abril, FJ 3; 37/1993, de 8 de febrero, y 140/1997, de 22 de julio). No cabe negar, pues, la posibilidad de que en determinados supuestos la falta de ofrecimiento de acciones al ofendido o al interesado, que no conozca la existencia del proceso (SSTC 98/1993, de 22 de marzo, FJ 5, 278/1994, de 17 de octubre, FJ 3, 140/1997, de 22 de julio, FJ 2, y 9/2008, de 29 de enero,

FJ 3), o la información judicial defectuosa (por todas, SSTC 66/1992, de 29 de abril, y 94/2001, de 2 de abril, FJ 3), conviertan el incumplimiento del deber de información al que se refiere el art. 109 LECrim. en auténtica denegación de tutela, con frustración del derecho del ofendido a erigirse en acusador particular en el proceso.

Sobre esta materia hay que tener en cuenta las disposiciones contenidas en el Estatuto de la Víctima del delito de la Ley 4/2015, de 27 de abril, que se refieren a aspectos de interés sobre el acceso de estas al proceso.

4. Acusación popular

Desde la STC 62/1983, de 11 de julio (FJ 2), el Tribunal Constitucional ha reconocido la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), afirmando con posterioridad que una interpretación restrictiva de «las condiciones constitucionales y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular» puede reputarse contraria al art. 24.1 CE, dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 2; reiterado entre otras en STC 326/1994, de 12 de diciembre, FJ 2).

Sin embargo, ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3, y 67/2011, de 16 de mayo, FJ 2), sino que esta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley respalda el ejercicio de la acción popular en un determinado proceso, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio puede resultar lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio *pro actione*, que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción «para resolver, precisamente, los problemas

del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas» del mismo (por todas, STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

La posibilidad de que las **Administraciones Públicas** actúen como **acusación popular** fue abordada, entre otras, en las SSTC 311/2006, de 23 de octubre, 8/2008, de 21 de enero, y 67/2011, de 16 de mayo. En ellas, se planteó la posibilidad de personación como acusación popular de la Generalidad Valenciana y del Gobierno de Cantabria en un proceso de Jurado seguido por delitos enmarcados en el ámbito de la violencia sobre la mujer. Partiendo de la excepcional posibilidad de que las personas jurídico-públicas fuesen titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando se trata del derecho de acceder al proceso corresponde a la ley procesal determinar los casos en que tales personas poseen acción para la defensa del interés general. Retomando el hilo conductor de la STC 175/2001, de 26 de julio (FJ 9), recuerda que cuando se trata de la denegación del acceso a la jurisdicción, los sujetos jurídico-públicos pueden, por excepción, invocar el art. 24.1 de la CE. Puesto que el art. 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Valenciana, y el art. 18 de la Ley autonómica 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, establecen que los órganos autonómicos respectivos pueden ejercitar la acción popular en estos supuestos, y al no haberlo entendido así los órganos judiciales, y no haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad de las respectivas leyes autonómicas, la interpretación restrictiva llevada a cabo por los mismos resulta contraria al principio *pro actione* y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

A lo anterior hay que unir que, como dice la STC 67/2011 antes citada, aunque el art. 29.2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, no contenga una habilitación expresa al delegado especial del Gobierno con-

tra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acción popular, y descartada su personación como acusación particular, puesto que esta figura se reserva por el legislador para aquellos perjudicados por el delito, no es posible desconocer que el legislador orgánico atribuye al citado delegado una habilitación *ex lege* para personarse ante los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica. Es una legitimación que puede ser calificada como acción popular, aunque, como tiene declarado este Tribunal en la STC 311/2006, de 23 de octubre, «no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas» (FJ 5). La protección integral que otorga el legislador a las víctimas de violencia de género abarca el ámbito de los procesos penales, la defensa de sus derechos laborales o en el ámbito de la relación funcional, así como de sus derechos económicos, que pueden ser hechos valer a través de procesos judiciales en los que cabrá la intervención de la Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer merced a la habilitación contenida en el citado art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004.

5. Acceso al proceso de quien no está a disposición del Tribunal

La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone, no un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El requisito de la comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal no es «irrazonable o desproporcionado», de un lado, porque el acusado debe estar a disposición de la justicia para sufrir en su caso el cumplimiento coactivo de la pena; y de otro, su propia presencia puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Por último, si la situación persiste concluido el sumario, no puede celebrarse la vista oral ni haber sentencia, respecto del rebelde, con lo que se paraliza el procedimiento, al menos

parcialmente, con daño para los particulares afectados y para los intereses públicos.

La STC 149/1986, de acuerdo con la doctrina expuesta en la STC 87/1984, reitera que el derecho de defensa se ha de ejercer dentro del proceso legalmente establecido y con cumplimiento de sus requisitos, concluyendo, en consecuencia, que la negativa a que el rebelde se persone en el sumario por medio de Procurador no vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa. Y aunque estas sentencias se refieren a supuestos planteados en el proceso penal ordinario por delito, la conclusión que se alcanza en ellas en cuanto al principio de sujeción del acusado al procedimiento y el consiguiente deber de comparecencia personal en el proceso resulta perfectamente trasladable a los casos en que el proceso penal se sustancie por los cauces del procedimiento abreviado (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 7).

No obstante, esta doctrina constitucional se vio modulada a partir de la STC 91/2000, de 30 de marzo, y en la STC 198/2003, de 10 de noviembre, que introdujeron el juicio de proporcionalidad como criterio de control de las consecuencias procesales atribuidas a la incomparecencia voluntaria del acusado en el proceso penal, atendiendo así a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de defensa, en el marco del derecho a un proceso equitativo (STEDH caso *Quaranta c. Suiza*, 24 de mayo de 1991, § 30). De acuerdo con ella, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada puede adoptar diversas formas, entre las que puede encontrarse la representación ante el órgano judicial, pero se aplica en cualquier caso a todo el proceso penal, e incluso a la fase previa de detención policial (SSTEDH caso *Salduz c. Turquía*, de 27 de noviembre de 2008, §§ 50 a 55; y caso *Yevgeniy Petrenko c. Ucrania*, de 29 de enero de 2015, § 89). Por este motivo, la incomparecencia voluntaria del acusado no justifica la limitación absoluta del derecho de defensa (por todas, SSTEDH casos *Poitrinol c. Francia*, de 23 de noviem-

bre de 1993, § 38; *Omar c. Francia*, de 29 de julio de 1998, §§ 40 a 44; *Van Geyselgem c. Bélgica*, de 21 de enero de 1999, §§ 33-35; *Krombach c. Francia*, de 13 de febrero de 2001, §§ 85-90; y *Neziraj c. Alemania*, de 8 de noviembre de 2012, §§ 55-56).

De aquí que la necesidad de defensa y/o representación, aun en ausencia del reclamado, será precisa en los siguientes supuestos:

a) Extradición: en aquellos en los que el acusado está sujeto a un proceso de extradición para el cumplimiento de sentencias dictadas en ausencia, el mismo tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención. Por este motivo, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 15).

b) Personación mediante procurador de quien se halla huido de la justicia, en expediente de revocación de la libertad condicional: la STC 198/2003, de 11 de diciembre, abordó el recurso planteado por la representación procesal del penado huido al que se había revocado la libertad condicional sin ser oído. Considera el Tribunal que es preciso evaluar la modulación de los derechos a no padecer indefensión y a la defensa letrada desde el principio general de sujeción del acusado al procedimiento y del deber de comparecer de quien ha sido condenado penalmente, vinculado al interés subyacente de que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos. Aquí, el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia del reo «no

viene impuesta por la literalidad de la norma legal» ni tampoco se infiere de las reglas esenciales que disciplinan la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional, en la que se dilucida el mantenimiento de los beneficios penitenciarios de quien ya no está amparado por la presunción de inocencia y sufrió la reprobación que implica la condena penal. No queda, pues, justificada la estricta necesidad de la medida (juicio de necesidad) en su relación con el derecho de defensa, por lo que la negativa judicial a admitir la personación mediante Procurador, a la vista de las circunstancias concurrentes, se estima como «una reacción desproporcionada ante la propia conducta procesal» del penado (FJ 7).

c) Negativa judicial a conocer de la impugnación de la resolución que acuerda la prisión provisional, al no hallarse a disposición del órgano judicial el reclamado en el procedimiento de orden europea de detención y entrega (STC 132/2011, de 18 de julio): aquí el canon de enjuiciamiento es el propio del derecho de acceso al recurso (FJ 3), y en tal caso la circunstancia de no estar el reclamado a disposición del órgano judicial no podía fundar legítimamente la decisión judicial de no conocer de los recursos y escritos presentados por la representación del reclamado, ya que tal exigencia carece de cobertura legal y porque la cuestión jurídica controvertida no exigía para su resolución que el reclamado se hallase a disposición del órgano judicial; máxime cuando el cumplimiento de esa exigencia de sujeción conllevaría la privación de libertad durante el período de tiempo empleado en la sustanciación del recurso.

III. DERECHO A UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO CONGRUENTE CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

Si, con carácter general, la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva exige que una resolución sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni irrazo-

nable o incurso en un error patente como dijimos al principio (*vid.* a título de ejemplo STC 5/2010, de 7 de abril y las que allí se citan), la trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal requiere de una **motivación «reforzada»** —por usar las palabras empleadas por las SSTC 63/2001, de 17 de marzo (FJ 7), 164/2003, de 29 de septiembre (FJ5), 63/2005, de 14 de marzo (FJ 3), o 31/2013, de 11 de febrero—.

De esta manera, aun cuando la decisión judicial no tenga como objetivo directo preservar o determinar los contornos de un derecho fundamental distinto al de tutela judicial efectiva, en el caso de que uno de estos derechos fundamentales se encuentre afectado, la prescripción de la misma en tales supuestos exige, además de que la resolución esté motivada y fundada en Derecho, que sea coherente con el derecho fundamental que se encuentre en juego (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2). Esto quiere decir que ha de haber una relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su fundamentación jurídica (STC 15/2003, de 16 de junio, FJ 3) y que en la propia resolución se evidencie que su razón de ser responde a una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (STC 186/2003, de 27 de octubre, FJ 5), pero sobre todo que **la resolución judicial sea respetuosa con el contenido del derecho fundamental** (STC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4).

En el ámbito del Derecho penal, este *plus* de motivación es prácticamente exigible en todas sus facetas, ya que en la mayor parte de los supuestos estará implicado en la resolución un derecho fundamental además del propio de la tutela judicial efectiva, bien sea porque el pronunciamiento jurisdiccional deba de resolver sobre la existencia o no de un delito sancionado con pena privativa de libertad, o bien porque se trate de una resolución que limite derechos fundamentales tales como la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones.

Pero, en concreto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha exigido esta motivación reforzada principalmente en los siguientes supuestos:

A) En aquellos de confluencia del derecho a la tutela judicial efectiva con el concepto de «investigación oficial eficaz» en supuestos de denuncia o querrela interpuestos por quien dice haber sufrido **torturas y malos tratos**. La cuestión fue abordada en las SSTC 224/2007, de 22 de octubre (FJ 3), 34/2008, de 25 de febrero (FF. JJ. 7, 8 y 9), 199/2009, de 28 de septiembre, 42/2010, de 19 de julio, 131/2012, de 18 de julio, FJ 2, 12/2013, de 28 de enero, y 153/2013, de 9 de septiembre. La exigencia de motivación reforzada aquí trata de agotar aquellas posibilidades razonables de indagación que resulten útiles para aclarar los hechos cuando existan sospechas razonables de que se haya podido cometer un delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes, debiendo analizarse la existencia de sospechas razonables de aquellas prácticas con respeto a los acuerdos internacionales suscritos por España y al propio tenor del art. 15 CE, de los que se desprende un mandato de agotar cuantas posibilidades de indagación resulten útiles. Para entender satisfechas las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva no basta con que se respete el límite impuesto por la racionalidad, interdicción de arbitrariedad y el error patente de la resolución judicial, sino que esta es conforme constitucionalmente con el contenido del derecho del art. 15 CE y con la prohibición absoluta de tortura y de tratos inhumanos, que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial (*supra* comentario al art. 15 CE).

B) En conexión con este derecho fundamental a no sufrir torturas ni malos tratos inhumanos o degradantes se insertan otro grupo de pronunciamientos recaídos en supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha conocido de procesos de **extradición**, cuando el *extraditurus* funda su oposición en el hecho

de que puede ser objeto de tratos degradantes o vejatorios en el lugar al que va a ser extraditado. Una motivación que no sopesa adecuadamente esta posibilidad, y su posible incidencia en los derechos fundamentales reconocidos en el **art. 15 de la CE** o en el derecho a la libertad personal o de residencia (arts. 17 y 19 CE), no resultarían compatibles con el derecho reconocido por el art. 24.1 CE. En tal sentido pueden consultarse las SSTC 91/2000, de 30 de marzo (FJ 6); 32/2003, de 5 de marzo (FJ 2); 49/2006, de 13 de febrero (FJ 3); 140/2007, de 4 de junio (FJ 2), y 50/2014, de 7 de abril (*supra* comentario al art. 13).

C) En los casos de cumplimiento de una orden europea de detención y entrega, la queja por posible vulneración del principio *non bis in ídem* (art. 25.1 CE), cuando exista en España un procedimiento penal por los mismo hechos, es encauzada por el Tribunal Constitucional dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 191/2009, de 28 de septiembre), analizando la suficiencia y racionalidad de la motivación, en el sentido de si esta satisface las exigencias de la referida motivación reforzada que, en el caso de la extradición y el procedimiento equivalente de euroorden, son aplicables cuando quedan concernidos otros derechos fundamentales distintos a la tutela judicial efectiva.

D) La prohibición de extraditar nacionales, dado el tenor taxativo del art. 3.1 de la Ley de Extradición Pasiva, hace necesario un control riguroso del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que permiten la entrega de una persona que tiene la condición de nacional español. Por eso, partiendo del canon constitucional de control reforzado sobre la argumentación de resoluciones judiciales por estar implicados los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la libertad de residencia (art. 19 CE), el Tribunal Constitucional ha exigido también aquí una motivación judicial reforzada en las SSTC 205/2012 y 206/2012, de 12 de noviembre, y 232/2012, de 10 de diciembre.

En otras ocasiones, la necesidad de actuar con una motivación reforzada se ha conectado con el derecho a un proceso con todas las **garantías** que reconoce el art. 24.2 de la CE. La conexión ha tenido lugar en un supuesto de extradición que el Tribunal examinó en su STC 292/2005, de 10 de noviembre. Se trataba de aclarar aquí si la extradición de nacionales del Estado español a Francia se encontraba amparada por el Tratado de Extradición entre ambos países o, por el contrario, al no haber sido publicada la reserva, había que entender que la entrega carecía de sustento legal. La sentencia concluyó que la falta de publicación oficial en España, en el momento de la decisión de extradición, de las normas que se invocan para proceder a la misma ha supuesto la vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que la concesión de la extradición solo puede tener lugar «en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad» (art. 13.3 CE), lo que exige que tenga su fundamento en una ley o en un convenio que formen parte del ordenamiento interno y que haya sido objeto de publicación oficial en España.

E) También las resoluciones que **declaran prescrita** la acción penal por el transcurso del tiempo, exigen también una motivación reforzada. Véase comentario al art. 25.1 CE. Ahora bien, desde la perspectiva de la motivación, la decisión que desestima una pretensión de prescripción de una infracción penal debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas, de manera que es exigible una argumentación que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal (SSTC 37/2010, FJ 2, 97/2010, de 15 de noviembre, 187/2013, de 4 de noviembre, 49/2014, de 7 de abril, 81/2014, de 18 de mayo, y 25/2018, de 5 de marzo, FJ 1).

F) Aquellas decisiones judiciales relativas a la **individualización de la pena en concreto**. La razón por la que se requiere aquí una motivación reforzada se encuentra en el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez para imponer la pena. De este modo, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión y que estas no sean incoherentes con los elementos objetivos y subjetivos cuya valoración exigen los preceptos legales relativos a la individualización de la pena. Esta obligación cobra especial relieve cuando la pena impuesta sea mayor a la solicitada por las acusaciones, como reflejo del principio acusatorio implícito en el art. 24 CE (SSTC 59/2000, de 2 de marzo, FJ 4; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6, y 136/2003, de 30 de junio, FJ 3) y en aquellos casos en que se imponga la máxima pena legalmente prevista (SSTC 170/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 148/2005, de 6 de junio, FJ 4, y 21/2008, FJ 4).

G) Cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el derecho a la libertad, surge más si cabe la necesidad de una motivación reforzada en aquellos supuestos en los que se acuerde o deniegue la **suspensión de una pena privativa de libertad**. Tales resoluciones deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad (reeducación y la reinserción social), como las otras finalidades de prevención general que las legitiman (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4). Especialmente, cuando nos hallamos ante la negativa a suspender la pena privativa de libertad impuesta a individuos que hayan cometido el delito por razón a su adicción de determinadas sustancias. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecu-

ción de las penas se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión, el cual, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella. Por este motivo, una resolución fundada en Derecho será, de acuerdo con lo que resulta del FJ 4 de la STC 222/2007, de 8 de octubre, y del FJ 3 de la STC 57/2010, de 4 de octubre, aquella que, por una parte, exteriorice las razones por las cuales entiende que concurre o no el presupuesto habilitante de esta suspensión específica (que se trate de hechos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.1 CP y que el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto) y, por otra, justificará que resultaría impropio de la suspensión en atención a las circunstancias individuales del penado y del caso en virtud de una ponderación de los bienes e intereses en conflicto.

H) Cuando se trate de resoluciones contradictorias de un mismo Tribunal en supuestos idénticos, el Tribunal Constitucional examinó la motivación de las decisiones judiciales desde la perspectiva del juicio de igualdad, exigiendo una motivación reforzada que exprese las razones del cambio de orientación que motive y justifique el cambio de criterio (STC 113/2014, de 7 de julio).

I) **Veredicto del Jurado.** Desde la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 169/2004, de 6 de octubre, este ha venido declarando que «la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el art. 61.1.d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el art. 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integran en el derecho a la tutela

judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho [...], cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad y garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan».

Aún más, aunque sea cierto que esta obligación de motivar debe de ser exigida con menos rigor cuando se trata de una sentencia absolutoria, la STC, también del Pleno, 169/2004, de 6 de octubre, concluyó que estas, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que en las condenatorias, se mueven en el plano general de cualesquiera otras sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues esta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida «siempre». No cabe por ello entender que una sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (en el mismo sentido, SSTC 192/2005, de 18 de agosto, FF. JJ. 5 y 6, 115/2006, de 24 de abril, FJ 5, y 112/2015, de 8 de junio, FJ 5).

IV. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA PENAL

El derecho de acceso a los recursos es un auténtico derecho fundamental integrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien —especialmente en materia penal— posee una naturaleza que, además, enlaza directamente con el derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 de la Constitución.

La razón de ser de su integración dentro del derecho a la tutela judicial efectiva no es otra que entender —el Tribunal Constitucional—

que el recurso no es más que una prosecución del proceso y, al mismo tiempo, una revisión de lo realizado en él por otro órgano superior, que ha de decidir de acuerdo con lo alegado contradictoriamente por las partes. Los principios de contradicción y audiencia bilateral permanecen, pues, vivos, integrando la tutela judicial efectiva (STC 112/1987, de 2 de julio, FJ 2). Por este motivo, al igual que ocurre con el acceso a la justicia, el derecho al recurso no se agota con el simple acceso al mismo, sino que comprende también el derecho a obtener una resolución fundada, que dé respuesta a las pretensiones de las partes, sin perjuicio de que «la respuesta judicial ante un recurso, si bien “generalmente y en principio debe recaer sobre el fondo de la cuestión planteada, también puede consistir en la apreciación motivada de las causas de inadmisibilidad legalmente previstas que impidan ese conocimiento sobre el fondo”» (SSTC 46/1995, de 14 de febrero, FJ 6, 128/1998, de 16 de junio, FJ 4, y 122/2007, de 21 de mayo, FJ 4).

1. Su naturaleza de derecho de configuración legal

A diferencia de otros derechos fundamentales, cuyo reconocimiento y eficacia solo requiere que la Constitución los proclame como tales, el derecho al recurso, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho de configuración legal, y por lo tanto es preciso que el legislador haya desarrollado legalmente la posibilidad de recurrir una resolución para que el mismo quede constitucionalizado. De esta manera, el derecho de acceso a los recursos se integra con la específica regulación legal del concreto medio de impugnación al que se quiere acceder, lo que implica otorgar al legislador un cierto poder de configuración del derecho, que, con independencia del marco en el que pueda ser ejercido de forma constitucionalmente legítima por el Parlamento, no debe ser interpretado en el sentido de facultar o habilitar a los Tribunales, de forma paralela

y con los mismos límites que al legislador, para la configuración última del derecho. Como se advierte en la STC 99/1985, de 30 de septiembre (FJ 4), «ni el legislador podría poner cualquier obstáculo [...] —al derecho a la tutela judicial efectiva—, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo ejercicio “solo por ley” puede regularse (art. 53.1 CE)». Lo anterior supone que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, tanto para determinar los casos en que considera necesario establecerlos como en lo relativo a los plazos y demás requisitos de interposición. Y de aquí que, en principio, tan constitucional sea un sistema procesal de instancia única como uno de doble o de varias instancias.

2. El derecho a un doble grado de jurisdicción y su enlace con las garantías del proceso

En el ámbito del proceso penal, el control de la jurisdicción constitucional respecto a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva es, sin embargo, diferente y más intenso que el que realiza respecto de otros órdenes jurisdiccionales cuando de lo que se trata es del derecho de acceder al recurso de una persona que haya sido penalmente condenada. En tales casos, dicho control no se limita a analizar si la inadmisión o denegación del recurso es arbitraria, fruto de un error patente o consecuencia de una interpretación manifiestamente irrazonable de las normas que regulan tal acceso, sino si por su propio rigorismo o formalismo excesivo, o por cualquier otra causa, revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión del recurso preservan y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 11/2003, de 27 de enero, FJ 3; 43/1997, de 26 de febrero, FJ 2; 48/2008, de 11 de marzo, FJ 2, y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 3).

Pero es que además **el legislador viene obligado por la propia Constitución a prever la posibilidad de que la persona declarada culpable de un delito someta el fallo condenatorio y la pena que le ha sido impuesta a un Tribunal Superior. Este derecho no nace directamente de nuestro Texto Fundamental, pero sí indirectamente** a través de la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE). Desde esta perspectiva, la revisión de una sentencia penal condenatoria constituye una garantía del condenado que engarza directamente con el derecho fundamental del mismo a un proceso con todas las garantías, al que se refiere el art. 24.2 de la CE. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en diferentes resoluciones, entre la que cabe citar las SSTC 121/1999, de 28 de junio (FJ 3), 48/2008, de 11 de marzo (FJ 1), y 194/2015, de 21 de septiembre (FJ 5), que hacen una relación de todas las anteriores que abordan el tema.

En efecto, **el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de 19 de diciembre de 1995, suscrito por España sin reserva alguna, dice que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo previsto en la Ley». Por su parte, el art. 2.º del Protocolo 7.º al Convenio Europeo para Protección los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1984, indica que «1.º) Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinada por un Tribunal Superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ejercerse, ha de estar regulado por la ley. 2.º) Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter

menor definidas por la ley, como también en los casos en que la persona haya sido juzgada en primera instancia por un Tribunal Superior o haya sido declarada culpable después de un recurso contra su absolución».

Es curioso observar cómo el reconocimiento de este derecho del condenado a someter la declaración de su culpabilidad y la pena a un Tribunal superior aparece en los albores de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, pese a ello, no fue hasta el año 2002, tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, cuando se acometió la construcción jurisprudencial del derecho. Hasta ese momento, la doctrina del Tribunal Constitucional había venido estableciendo que de la lectura del art. 14.5 del PIDCP se desprendería que este no establecía propiamente una doble instancia, sino la sumisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un Tribunal superior; sumisión que habría de realizarse conforme a lo previsto en la ley, por lo que cada país podría determinar sus propias modalidades de cumplimiento del Pacto. Por tanto, sin duda alguna, consideró que **el recurso de casación cumplía con las exigencias de aquel Tratado Internacional** al prever la sumisión del fallo condenatorio a un Tribunal superior, que era el Tribunal Supremo. Esta jurisprudencia, que vino recogida por las SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5, y 106/1988, de 8 de junio, FF. JJ. 3 y 4, únicamente contenía la precisión de que «la casación penal debe cumplir, en nuestro sistema procesal, entre otras finalidades, la de constituir esa doble instancia penal».

La reforma de la LECrim. llevada a cabo por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha generalizado la doble instancia en nuestro sistema procesal, añadiendo a los recursos de apelación previstos contra sentencias recaídas en juicios por delitos leves, contra las del Juzgado de lo Penal en procedimientos abreviados y contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, un recurso de apelación contra

las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (art. 846 ter LECrim.), en procedimientos abreviados y sumarios, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Ha de advertirse, no obstante, que, como resulta de los tratados y de lo declarado por la jurisprudencia constitucional, el derecho a someter a revisión una declaración de culpabilidad es un **derecho específico del condenado**, pero **no un derecho de las partes acusadoras**, bien sea el Ministerio Fiscal o las acusaciones particulares o populares en nuestro sistema procesal. La diferencia fundamental entre el derecho al recurso, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a someter la declaración de culpabilidad y la pena ante un Tribunal superior, que forma parte de las garantías del proceso justo, radica en que si del primero no deriva una obligación concreta para el legislador, más allá de su obligación de respetar el contenido esencial como hemos dicho, del segundo nace una específica obligación para el legislador de establecer algún recurso en el proceso penal que permita al condenado una revisión de la pena que le ha sido impuesta y del pronunciamiento judicial que lo declara culpable (en este sentido se manifiesta el FJ 2 de la STC 48/2008, de 11 de marzo y la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 3). Así pues, cuando hablamos del condenado, el legislador tiene que prever algún recurso que permita revisar la declaración de culpabilidad y la pena, y además esta revisión ha de hacerla un Tribunal superior al que ha dictado el pronunciamiento condenatorio.

3. La cuestión del recurso de casación

El Tribunal abordó en la STC 70/2002, de 3 de abril, el problema relativo al derecho al doble grado de jurisdicción, que el recurrente consideraba vulnerado porque, pese a que su inicial Sentencia condenatoria pudo ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, el recurso no garantizaba el derecho reconoci-

do por el Pacto. En su opinión, el sistema casacional español sería inidóneo para ello, dado que la prueba solo puede ser revisada en el estrecho cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. Argumentaba el demandante de amparo que el derecho a un doble grado de jurisdicción constituye una de las garantías inherentes al derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, así como en el art. 14.5 del PIDCP y en el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del CEDH. Citó en apoyo de su recurso el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, que —según el recurrente— declaraba contrario a este derecho y al art. 14.5 del Pacto el sistema casacional español.

Las conclusiones alcanzadas en la citada sentencia constitucional y en otras que le siguieron, tales como las SSTC 80/2003 (FJ 2), 105/2003 (FF. JJ. 2 y 3), 123/2005 (FJ 2), 296/2005 (FJ 3) y 104/2006 (FJ 8), pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Las «observaciones» que en forma de dictamen emite el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no son resoluciones judiciales, puesto que dicho Comité no tiene facultades jurisdiccionales (arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir una interpretación auténtica, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia.

b) De la lectura del art. 14.5 PIDCP «se desprende claramente que no se establece propiamente una “doble instancia”, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un “Tribunal Superior”, sumisión que habrá de ser conforme “a lo prescrito por la Ley”, por lo que esta en cada país fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 7)».

c) Es asimilable funcionalmente el recurso de casación y el derecho de revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el art. 14.5 del PIDCP, **siempre que se**

realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio realizado en la primera, sino como el derecho a que el Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en la instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de una pena. Entre tales reglas se encuentran todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo y con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales se puede inferir un hecho como probado.

d) El uso de la facultad prevista en el art. 885.1 de la LECrim. —que permite declarar inadmisibles un recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento— no vulnera el contenido del art. 24.1 de la CE, en relación con el art. 14.5 del PIDCP, pues lo único que estos preceptos garantizan es que, de acuerdo con la regulación establecida por el legislador, se arbitre un sistema efectivo para que el Tribunal superior pueda revisar, con poderes reales de revocación, las sentencias penales condenatorias dictadas por los Tribunales inferiores, sin que el Pacto internacional imponga que esa revisión se realice mediante un tipo determinado de procedimiento. La vulneración del derecho fundamental y de lo dispuesto en el Pacto solo puede aparecer vinculada al análisis concreto de la resolución de inadmisión desde la perspectiva de su racionalidad y proporcionalidad.

e) Ninguna vulneración comporta *per se* un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia (tras haber resultado absuelto el condenado en la primera). Tal circunstancia no hace que resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una cadena de nuevas instancias que podría no tener fin (SSTC 120/1999, de 28

de junio, FJ 4, y 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; en similar sentido, STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 11).

4. Garantías de la prueba

Naturalmente, la prueba que haya o deba de practicarse en ese proceso de revisión de la culpabilidad y de la pena está directamente condicionada por la amplitud con que el legislador haya querido configurar el concreto recurso contra la sentencia condenatoria, es decir, de que se incline bien por un modelo de doble instancia con una *cognitio plena* de lo hecho por el primer Juez o bien por un modelo de revisión limitada de la sentencia recurrida. En el primero de los supuestos, habrá de plantearse la apelación como un modelo de «doble convencimiento» en el que el órgano de segunda instancia ha de situarse ante el objeto del proceso en la misma situación que el de primera instancia. Habrán de repetirse, por tanto, ante él las pruebas que se practicaron por el órgano sentenciador y reproducirlas en las mismas condiciones de oralidad, publicidad e inmediatez. Por el contrario, si nos inclinamos por un modelo de apelación limitada, será suficiente con la existencia de un segundo grado de jurisdicción que revise las reglas de juzgar o, lo que es lo mismo, el «procedimiento» que ha seguido al Juez para llegar a una declaración de culpabilidad. Ahora bien, cualquiera que sea el modelo de recurso por el que haya de optar el legislador, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio Tribunal Constitucional han resaltado algunas de las condiciones que ha de reunir ese doble grado jurisdiccional para que el Tribunal del recurso pueda revocar una sentencia absolutoria en primera instancia como consecuencia del recurso interpuesto contra la misma por las acusaciones.

La tesis tradicional en la jurisprudencia constitucional había venido considerando que el recurso de **apelación** en nuestro sistema procesal penal es un recurso ordinario, de co-

nocimiento pleno por el órgano de apelación al que no le está impedido valorar de nuevo todos los medios de prueba empleados en la instancia, **sin necesidad de reproducir los mismos** ante el órgano de apelación para revocar una sentencia absolutoria, ni siquiera aquellos medios de prueba de naturaleza «personal», precisados de inmediación y publicidad para poder ser valorados. Pero, como resultado de la Sentencia de 26 de mayo de 1988 del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ekkbatani*, y otras posteriores, la **STC 167/2002**, de 18 de septiembre, modificó aquella doctrina tradicional inspirándose en esa jurisprudencia del Tribunal europeo, si bien advirtiendo que no siempre que un Tribunal esté conociendo de un recurso de apelación contra una sentencia condenatoria será necesaria la celebración de vista en segunda instancia. Esto dependerá de las características del procedimiento de que se trate, por lo que solo cuando el recurso de apelación —en el caso abordado en un procedimiento abreviado— esté relacionado con la apreciación de la prueba, y no con cualesquiera otro de los motivos en que se pueda fundamentar el recurso de acuerdo con lo que dispone el art. 795 de la LECrim. (quebrantamiento de normas y garantías procesales o infracción de precepto constitucional), será preciso la celebración de vista en segunda instancia.

Como hemos señalado más arriba, la STC 167/2002 no fue más que el principio de una larga «saga» de pronunciamientos que han venido a matizar la materia. No se trata de hacer una relación exhaustiva de todos los que encuentran su punto partida en la sentencia citada, pero sí mencionar las líneas de jurisprudencia esenciales que han surgido desde el momento de su publicación.

En primer lugar, **no cabrá efectuar reproche** constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación) **no altera el sustrato fáctico** sobre el

que se asienta la sentencia del órgano *a quo* (ver, en este sentido, las SSTC 75/2006, de 13 de marzo, FJ 6, o, con cita textual del FJ 3, la STC 80/2006, de 13 de marzo). Y es que lo que la Constitución veda *ex art. 24.2* es que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido (en este sentido se manifiestan las SSTC 112/2005, de 9 de mayo, FJ 2, y 182/2007, de 10 de septiembre, FJ 3).

En segundo lugar, no es condición *sine qua non* para que el Tribunal de apelación pueda revocar una sentencia absolutoria el que oiga previamente al acusado que niegue haber cometido el hecho punible. La exigencia no es concebida por la STC 167/2002 como un medio de prueba más, sino como una garantía del acusado, que tiene **derecho a volver a ser oído** (STC 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 3).

No es necesaria la vista en apelación cuando la **controversia** que se lleva ante el órgano de segunda instancia es **estrictamente jurídica**, principio este que resulta tanto de la jurisprudencia del TEDH como de las SSTC 170/2002, de 30 de septiembre (FJ 15); 113/2005, de 9 de mayo (FJ 4); 74/2006, de 13 de marzo (FJ 3), y 2/2013, de 14 de enero.

Solo **requieren inmediación** las que han sido denominadas **«pruebas personales»**, es decir, las declaraciones de testigos, acusados y, en determinados casos, peritos. En consecuencia, cuando la prueba tenida en cuenta por el órgano de apelación es de carácter documental, no será preciso el señalamiento de nueva vista para fundar en ella, en su caso, un cambio de criterio que permita la condena del absuelto en primera instancia.

Pese a lo dicho, el Tribunal Constitucional **no ha cuestionado ni cuestiona la constitucionalidad de la regulación del recurso de apelación** en nuestro ordenamiento jurídico. Simplemente se ha limitado a exigir que en el desarrollo del recurso se observen las garantías constitucionales, de manera que infringe

el art. 24.2 CE el órgano judicial que modifique el *factum* de sentido absolutorio por otro de sentido condenatorio (ATC 467/2006, de 20 de diciembre, FJ 3) valorando pruebas sin la garantía de inmediación, cosa que sucederá si el órgano valora una prueba personal a la que no ha asistido o que, por la ausencia de otra que se solicitaba en contraposición a la misma, no posibilitaba su adecuada contradicción. En definitiva, como señala la STC 223/2015, de 2 de noviembre (FJ 2), es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el art. 902 de la LECrim. para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, FJ 7; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 200/2000, de 24 de julio, FJ 2; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5).

Con ello, se destaca también en nuestra doctrina, se agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2; 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

Con vistas en lo dicho, el legislador modificó la redacción dada al art. 792.2 de la LECrim. por Ley 41/2015, de 8 de octubre, estableciendo que «la sentencia de apelación no podrá

condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del art. 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa». Y a esta regulación se remiten los arts. 803 y 846.3 LECrim. para los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en el trámite de diligencias urgentes y contra las dictadas, en primera instancia, por las Audiencias Provinciales y el Tribunal del Jurado.

V. DERECHO A LA INTANGIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El derecho a la tutela judicial efectiva actúa también como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad. Así lo ha proclamado el Tribunal en numerosos pronunciamientos, entre los que cabe citar las SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 193/2009, de 28 de septiembre. Esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva actúa como un derecho subje-

tivo de quienes han sido parte en un proceso a que las resoluciones judiciales firmes no sean alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello.

La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme se proyecta a aquellos extremos que constituyen su *ratio decidendi* y a los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes o decisivos para la decisión adoptada. Los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior, ni justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella (SSTC 39/2012, de 29 de marzo, y 57/2012 y 113/2012).

El principio de invariabilidad es, no obstante, compatible con el mecanismo excepcional previsto por el legislador para aclarar un concepto oscuro, suplir cualquier omisión o corregir un error material deslizado en la resolución, si bien la vía de la **aclaración** no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica de la resolución, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, como tampoco resulta adecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial [por todas, ver STC 286/2006, de 9 de octubre, FJ 6.c), y las allí citadas]. Se trata en estos casos de la utilización de un criterio de legalidad para controlar la selección, interpretación y aplicación de los preceptos legales —art. 267 LOPJ y correlativos— que regulan la posibilidad de modificar o aclarar una resolución judicial.

De otro lado, el desconocimiento de la **cosa juzgada** priva de eficacia a la decisión firme que pone fin al proceso, lesionando también la

paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior (SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 59/1996, de 15 de abril, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 3; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 6; 55/2000, de 28 de febrero, FJ 4; 207/2000, de 24 de julio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3, y 17/2008, de 31 de enero, FJ 3). Esta vertiente del derecho otorga una protección y garantía de la cosa juzgada material tanto en su aspecto positivo o prejudicial —impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una resolución que haya adquirido firmeza—, como en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya decidido en resolución firme.

En el primero de los aspectos —el positivo— se ha reiterado por el Tribunal que la prohibición de incurrir en *bis in idem* procesal o **doble enjuiciamiento** penal se encuentra también en el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE. Se trata aquí de la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada. Ahora bien, téngase en cuenta que, en rigor, no cabe entender concurrente un doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado en virtud del régimen de recursos legalmente previsto (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 218/2007, de 8 de octubre, FJ 4, o 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3). Esta posibilidad tendrá lugar cuando se haya producido la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que, en tal caso, propiamente no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable. La jurisprudencia, concretando tal posibilidad, ha desmenuzado los siguientes supuestos citados en la STC 4/2004, de 16 de

enero (FJ 4): haberse inadmitido una prueba de la acusación relevante y decisiva cerrándose la causa sin practicarla; haberse negado el acceso a los recursos contra el archivo de la causa, habiendo mostrado el recurrente su voluntad inequívoca de personarse en el proceso penal; haber sustanciado un recurso de queja dando lugar al auto de sobreseimiento libre sin contradicción del querellante, por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración; haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la sentencia un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio, o por haber admitido el órgano de apelación la pretensión de legitimación del actor y entrar en el fondo sin juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo. A los anteriores han de añadirse aquellos casos de defectuosa motivación en las actas de votación de los Tribunales de Jurado con orden de celebración de nuevo juicio (SSTC 169/2004, de 6 de octubre; 246/2004, de 20 de diciembre; 192/2005, de 18 de julio; 115/2006, de 24 de abril, y 112/2015, de 8 de junio, FF. JJ. 4 y 5).

Sobre la cuestión de si las resoluciones dictadas en materia de **extradición y euroorden** tienen efecto de cosa juzgada, véase el comentario al art. 13.3 CE.

VI. DERECHO A NO PADECER INDEFENSIÓN

El derecho a no padecer indefensión suele concebirse en la jurisprudencia constitucional como un derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses y de replicar dialécticamente las posiciones contrarias. En varias sentencias se afirma que ese derecho del art. 24.1 CE no solo exige que los órganos judiciales no impidan u obstaculicen la facultad de las partes de alegar y justificar sus pretensio-

nes (STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5), sino que está **materialmente dirigido a garantizar la posibilidad de ambas partes procesales de alegar y probar cuanto consideren preciso para la defensa de sus intereses y derechos, en posición de igualdad recíproca** (STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 8). Con todo, se insiste en que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales, sino que requiere, en primer lugar, que la imposibilidad de alegar y probar los propios derechos e intereses y rebatir las alegaciones de contrario haya producido un real y **efectivo menoscabo del derecho de defensa** de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida defender sus derechos e intereses, es decir, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente **perjuicio real y efectivo** para los intereses afectados. No existe indefensión material si, a pesar de haberse producido quebrantamientos procesales, las partes han podido defender sus derechos e intereses y rebatir los de la contraparte (SSTC 27/2001, de 29 de enero, FJ 10, y 220/2009, de 21 de diciembre). Finalmente, suele requerirse que la indefensión sea causada por el órgano judicial, de modo que no cabría hablar de indefensión, por ejemplo, en supuestos de falta de emplazamiento personal, cuando ni el escrito de interposición del recurso, ni la demanda o el expediente administrativo ofrecen datos al juez para identificar al interesado.

Sin embargo, el derecho a no sufrir indefensión **viene en la mayor parte de ocasiones ligado a otros derechos reconocidos en el art. 24.2 de la CE, de manera tal que resulta muy difícil diferenciarlo con el derecho a la asistencia letrada, con el principio acusatorio o con principios que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, como el de contradicción**. Así, podemos arriesgarnos a afirmar que la vulneración del derecho a no sufrir indefensión queda en la doctrina del Tribunal Consti-

tucional como una **cláusula general** que, en algunos casos, incluye «indefensiones» que no pueden encuadrarse en otros derechos reconocidos en el párr. 2 del art. 24 CE (tales como la producida por defectuosos actos de comunicación) o, incluso, concurrentes con estos derechos (como es el caso de las producidas con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa).

Con el objeto de no reiterar aspectos abordados y comunes a todo tipo de procesos, en el ámbito penal podemos encontrarnos algunos supuestos determinados de indefensión más propios de una vulneración del principio de contradicción entre partes. Este es el caso de la especial regulación del **recurso de queja** en nuestra LECrim., que no prevé expresamente el traslado del recurso —cuando se interponga— a las restantes partes del proceso.

El problema ha sido abordado reiteradamente por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias —relacionamos, entre otras muchas, y sin ánimo exhaustivo, las SSTC 66/1989, de 17 de abril (FJ 12); 53/1987, de 7 de mayo (FJ 3); 162/1997, de 3 de octubre (FJ 3); 16/2000, de 31 de enero (FF. JJ. 6 y 7); 79/2000, de 27 de marzo (FJ 3); 93/2000, de 10 de abril (FJ 4); 101/2001, de 23 de abril (FJ 3); 179/2002; 8/2003, de 20 de enero (FJ 4); 143/2004, de 13 de septiembre (FJ 3); 190/2006, de 19 de junio (FJ 6), y 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 3. Según la doctrina que resulta de las mismas, los preceptos que regulan el recurso de queja, si bien no prevén el trámite de dar traslado a las partes personadas, tampoco lo prohíben. La necesidad de hacerlo resulta de una interpretación de la normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que han de integrarse los preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 de la LECrim.) con las garantías que impone el art. 24.1 CE, el cual incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, que se les haya dado traslado a las demás

del recurso de queja al objeto de que puedan contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuvieran por conveniente en defensa de sus derechos e intereses.

La necesidad de tal intervención, además, aparece reforzada en aquellos casos como los del recurso de queja en el procedimiento penal abreviado, en el que este ha perdido su caracterización inicial de medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218, 862 y ss. LECrim.), y se ha convertido en un recurso ordinario más. Esta característica y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, impone, de acuerdo con los arts. 24 CE y 5.1 y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas.

A igual objetivo responde la doctrina elaborada en relación con la **adhesión al recurso** de apelación, pues si bien es cierto que la configuración del contenido y alcance de la apelación adhesiva es cuestión que pertenece al ámbito de la interpretación de la legalidad, la adecuación al derecho a la tutela judicial efectiva de la admisión de la adhesión a la apelación está condicionada a que exista la posibilidad de debatir y contradecir las pretensiones en ella formuladas, de modo que las partes tengan oportunidad de defenderse con posibilidad de rebatir las pretensiones y fundamentaciones de quienes se adhieren a la apelación principal (así se ha manifestado reiteradamente el Tribunal en sus SSTC 162/1997, de 30 de octubre, FF. JJ. 3 y 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FJ 6; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 2, y 46/2005, de 28 de febrero, FJ 3). Haciendo una aplicación directa de la Constitución, la antes mencionada STC 56/1999 (FJ 4) indica que no es óbice para ello

la circunstancia de que la LECrim. no prevea que se dé traslado del escrito de adhesión al recurso, pues «la necesidad de tal trámite resulta de una interpretación de la norma a la luz de los preceptos y principios constitucionales», al ser obligado, en todo caso, preservar el principio de defensa en el proceso según lo dispuesto en el art. 24.1 CE. La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva no se manifiesta aquí por el hecho de haber admitido la adhesión a la apelación, ni por haberse dictado una sentencia acogiendo las pretensiones de dicha adhesión, ni siquiera porque con ello se empeore la situación del apelado, sino simplemente porque **dicho empeoramiento haya tenido lugar sin que este**, que ve su situación jurídica modificada negativamente respecto del pronunciamiento judicial apelado, **haya tenido oportunidad de defenderse frente a las pretensiones de la adhesión** con base en las cuales el Tribunal de apelación vio ampliadas sus facultades de cognición y con estimación de las cuales se produjo tal empeoramiento.

Por el contrario, a indefensiones relacionadas con el derecho a la asistencia de Letrado se refieren, entre otras, la STC 191/2002, de 28 de octubre (FJ 4), de la que deriva la necesidad de designar un nuevo Abogado y Procurador de oficio al condenado que solicita su asistencia en un procedimiento de acumulación de condenas, sin que sea acorde con tal derecho el nombramiento de los Abogados y Procurador de oficio que lo asistieron en un proceso distinto. Las SSTC 215/2002, de 25 de noviembre, y 199/2003, de 10 de noviembre (FJ 5), que califican como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a la producida a quien quiso recurrir de una sentencia condenatoria recaída en un juicio de faltas sin que le fuese designado Abogado de oficio para interponer dicho recurso, pese a haberlo solicitado expresamente el condenado, y, en fin, la STC 60/2003, de 24 de marzo, en un supuesto en que se celebró la vista del recurso de casación sin estar presente el Letrado que asistía a la parte que había recurrido.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, E., «Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (notas sobre la STC 63/2005)», *Diario La Ley*, núm. 6265, 2006.

BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La prescripción del delito en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, UNED, Madrid, 2008, págs. 585-603.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación», en *Constitución y Garantías Penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, págs. 15 y ss.

— «Doble instancia y recurso de casación», en *Juezas y Jueces para la Democracia. 14 Ponencias y Congresos*, 2017.

DE URBANO CASTRILLO, E., «Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista del Poder Judicial*, núm. XIX, 2006.

ESTRELLA RUIZ, M., «La doble instancia penal. Crisis permanente», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 3, 2005.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Madrid, 2008.

GARCÍA CALVO MONTIEL, R., «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», en *Constitución y Garantías Penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, págs. 289 y ss.

GILI PASCUAL, A., «La interrupción de la prescripción penal, diez años después de la STC 63/2005», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, Santiago de Compostela, 2015, págs. 291-358.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2012.

LÓPEZ COIG, J. C., «La proyectada generalización de la doble instancia penal ¿Cumple los requisitos exigidos por los Tratados Internacionales?», *Diario La Ley*, núm. 6565, 2006.

MARTÍN PASTOR, J., «Imprecisión legislativa y polémica jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción penal. Proyecto de reforma», *Diario La Ley*, núm. 6844, 2007.

MORENILLA ALLARD, P., «El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (desde la STC 136/2004, de 13 de septiembre, a la STC 213/2005, de 21 de julio)», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 8, 2006.

MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, 2014.

ORTIZ ÚRCULO, J. C., «La doble instancia penal: estado actual y perspectivas de futuro. STC 70/2002, de 3 de abril. Veinticinco años de jurisprudencia constitucional», *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006.

PÉREZ MANZANO, M., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*, La Ley, Madrid, 2006.

— «Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 19, 2006.

SÁNCHEZ YLLERA, I., «Facultades de valoración del Tribunal *ad quem* (especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002)», en *Los recursos de casación y apelación en el orden penal*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, núm. 101, 2007.

VALLINES GARCÍA, E., «Sobre la posibilidad de revisar la valoración de las pruebas mediante el recurso de casación penal: estado de la cuestión a la luz del derecho del condenado a la revisión de su sentencia y del principio de inmediación», *La Ley Penal*, núm. 23, enero 2006.

EL DERECHO AL JUEZ LEGAL

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley...*

Sumario: I. El derecho al juez legal. 1. Juez legal y reserva de ley orgánica. 2. Juez legal y jurisdicción penal ordinaria. 3. Juez legal y principio de «igualdad». 4. Juez legal e «independencia»: la doctrina constitucional sobre el «juez legal imparcial». A) La subsunción en la CE del derecho al juez imparcial. B) Imparcialidad objetiva y subjetiva. C) La abstención y la recusación. D) La notificación a las partes de la composición de las Salas. E) La carga y preclusión de la recusación. 5. Juez legal y competencia.

VICENTE GIMENO SENDRA

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

I. EL DERECHO AL JUEZ LEGAL

El derecho al «juez legal o natural» se encuentra previsto en nuestra Constitución, y a diferencia de otros ordenamientos (cfr. art. 101 de la *Grundgesetz* alemana), en dos preceptos diferenciados: positivamente se recoge en el artículo 24.2, que consagra el derecho que todos tienen *al juez ordinario predeterminado por la ley* y negativamente en el artículo 117.6 que viene a declarar la prohibición de los *Tribunales de excepción*.

Aun cuando la determinación del referido concepto constituya una cuestión nada pacífica, podemos definir al juez legal penal como el derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del Derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional, creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia e imparcialidad y sumisión a la Ley y consti-

tuido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

1. Juez legal y reserva de ley orgánica

A diferencia de algún otro precepto constitucional (*v. gr.*: el art. 25.1, que remite a la «legislación vigente» para configurar el «principio de legalidad»), el art. 24.2 no impone régimen especial alguno para la regulación del ejercicio de este derecho fundamental, por lo que ha de resultar de aplicación lo dispuesto en los arts. 53.1 y 81.1, conforme a los cuales han de revestir forma de Ley Orgánica las *relativas al desarrollo de los derechos fundamentales* (cfr. art. 122.1 CE cuando afirma que «la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución de los Juzgados y Tribunales»). Esta es la razón, por ejemplo, por la cual la LO 7/1988 de creación de los Juzgados de lo Penal o la LO 5/1995 de instauración del Jurado revistieron la forma de Ley Orgánica.

Dicha tesis, sin embargo, no ha sido totalmente suscrita por el Tribunal Constitucional, para quien, si bien la referencia del art. 24.2 de la CE a la Ley, coherente con lo también dispuesto en el art. 53.1 y 86.1 de la Constitución, «exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el Juez del caso, es la *Ley en sentido estricto* y no el Decreto Ley, no las disposiciones emanadas del ejecutivo» (STC 101/1984, de 8 de noviembre), en su Sentencia 95/1988 por la que declaró inconstitucional el art. 1 del RDL 19/1979, negó la necesidad de que «se requiera rango de Ley Orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos Tribunales ordinarios». Sin embargo, posteriormente ha evolucionado y, así, en la STC 65/1994, de 28 de febrero, exige la Ley Orgánica para «configurar los límites de la jurisdicción y de la competencia de los órganos judiciales, el estatuto personal de la judicatura, la imparcialidad o idoneidad concreta para un asunto determinado, y la composición del órgano judicial, en un sentido abstracto».

Por esta razón, la Audiencia Nacional conculcaba el referido principio, puesto que fue creada mediante el RD 4/1977, de 4 de enero, el mismo día en que se suprimió el Tribunal de Orden Público (RDL 2/1977, de 4 de enero) y respondiendo a la idea (de «Oriol y Urquijo») de creación del *non nato* Tribunal Central a través del cual se pretendía disfrazar a aquella ilegítima jurisdicción de «orden público».

La promulgación, sin embargo, de la vigente LOPJ de 1985 y el encuadramiento en ella de la Audiencia Nacional (arts. 62-69) legitimó, por esta causa, a este órgano jurisdiccional ordinario y especializado¹.

2. Juez legal y jurisdicción penal ordinaria

El juez legal, en segundo lugar, no solo ha de ser formalmente instaurado mediante Ley Orgánica, sino que ha de quedar encuadrado dentro del Poder Judicial o Jurisdicción Ordinaria.

El principio del **monopolio jurisdiccional de imposición de penas** (arts. 117.3 en relación con el art. 25.3) y el derecho de acceso a la jurisdicción o a ser juzgado por un *Tribunal independiente e imparcial* (art. 6.1 CEDH) ha de conllevar la ilegitimidad de cualquier órgano administrativo, que pudiera estar habilitado para la imposición de sanciones penales, o de cualquier jurisdicción especial que, con extralimitación de su competencia, pretendiera imponerlas.

El primer supuesto se encuentra expresamente proscrito por el artículo 26 CE, al establecer la prohibición de los *Tribunales de Honor*. Si alguno de los tales órganos actuara una norma de carácter penal, se infringiría también el principio del juez legal². Lo mismo cabría entender si la Administración, con clara infracción del *non bis in idem* y de lo dispuesto en el art. 29.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y con independencia de la adopción de medidas cautelares, impusiera a un funcionario, por la única causa de haber cometido un delito, una sanción de suspensión definitiva de funciones (inhabilitación), sin que hubiera todavía recaído sentencia penal³.

El segundo está asimismo desterrado por el artículo 117.5 CE, que consagra el principio de **unidad jurisdiccional**, cuya infracción ha de abrir las puertas al recurso de amparo por vulneración del artículo 24.2, puesto que

¹ STEDH de 6 de diciembre 1988, caso *Barberá, Messegué y Jabardo*; SSTC 199/1987, 153/1988 y 56/1990 y ATC 115/1983; SSTC de 15 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 2001 y 20 de marzo de 2002.

² SSTEDH *Le Compte, Van Leuven y De Meyère*, de 28 de junio de 1981 y *Albert y Le Compte*, de 10 de febrero de 1983, *R. C. de Ministros* (87) 11, *Van Lierde* y (87) 10, *Honart*...

³ SSTC 2/1981, 50/1983, de 14 de junio, 77/1983, de 3 de octubre, 30/1990, 234/1991, 289/1994, de 27 de octubre y 177/1999, de 11 de octubre...

«el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley resultaría violado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria»⁴.

Lo mismo sucedería si la única jurisdicción especial que constitucionalmente legitima su subsistencia, esto es, la *militar* (art. 117.5) extralimitara su competencia, que, con arreglo al referido precepto y al artículo 3.2 de la LOPJ, ha de quedar ceñida al «ámbito estrictamente castrense»⁵. En tal supuesto, y con independencia de la infracción de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad⁶, nos encontraríamos también ante un supuesto de «Tribunal de excepción».

Por consiguiente, por «juez ordinario», en materia procesal penal y a los efectos de artículo 24.2, tan solo cabe entender *el juez o Tribunal de lo penal, integrante de la Jurisdicción Ordinaria* o Poder Judicial.

3. Juez legal y principio de «igualdad»

Conforme a lo dispuesto en el artículo 24.2 el juez legal no solo ha de ser *ordinario*, sino que ha de estar *predeterminado por la Ley*. Por *Ley* aquí hay que entender naturalmente a la Constitución, que es la primera que ha de ser cumplida y a la que están vinculados todos los poderes públicos (art. 9.1). Pues bien, dentro del modelo constitucional del juez legal el primer requisito que han de cumplir todos los órganos jurisdiccionales es el de constituirse sin atender a criterio discriminatorio alguno o, lo que es lo mismo, con absoluto respeto al principio constitucional de *igualdad* (art. 14), en tanto que valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, que la Constitución proclama (art. 1.1).

Esta exigencia constitucional conlleva la necesidad de reputar inconstitucionales aquellos órganos jurisdiccionales que pudieran constituirse atendiendo a criterios discriminatorios, expresamente prohibidos por la Constitución, tales como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Conforme al referido criterio hubieran sido calificados (de haber existido un sistema democrático y un Tribunal Constitucional) como «Tribunales de excepción», en materia penal, los Tribunales de responsabilidades políticas (creados por «Ley» de 1 febrero 1939 fueron derogados por el D de 13 abril 1945), el tribunal de represión de la masonería y el comunismo (instaurado por la «Ley» de 1 de marzo de 1940 fue derogado por la disposición final 4.^a de la ley creadora del Tribunal de Orden Público) y el Tribunal de Orden Público.

Del mismo modo hay que entender incluido dentro de esta calificación el clásico supuesto de creación de órganos *ad hoc* o *ad personam* con derogación de las normas generales de las atribuciones y competencia: «... la garantía a la que se refiere el art. 24.2 de la Constitución —derecho al juez ordinario predeterminado por la ley—, supone la inexistencia de jueces *ad hoc*, es decir, no establecidos y previstos con carácter de generalidad con las pertinentes reglas de competencia, y también la imposibilidad legal de designación *ex post facto*, no con anterioridad, no «predeterminado...» (ATC 652/1986, FJ 2; SSTC 47/1983, 23/1986, 39/1994, 6/1997, 64/1997 y 35/2000).

Más discutible puede parecer determinar si la figura del juez instructor *especial* o la de los *aforamientos* conculcan o no el juez legal.

⁴ SSTC 75/1982, de 13 de diciembre; 111/1984, de 28 de noviembre; 66/1986, de 23 de mayo; 4/1990, de 18 de enero; 60/1991, de 14 de marzo y 177/1996, de 10 de junio...

⁵ SSTC 75/1982, de 13 de diciembre; 204/1994, de 11 de julio; 113/1995, de 6 de julio y ATC 382/1984, de 27 de junio.

⁶ Vide SSTEDH *Duinhof Duijf*, de 22 de mayo de 1984; *Van der Sluijs, Zuivderveld y Klappe*, de 22 de mayo de 1984.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 304 de la LECrim., *las Salas de gobierno de las Audiencias Territoriales podrán nombrar también un Juez Instructor especial cuando las causas versen sobre delitos cuyas extraordinarias circunstancias, o las de lugar y tiempo de su ejecución, o de las personas que en ellos hubiesen intervenido como ofensores u ofendidos, motivaran fundadamente el nombramiento de aquel para la más acertada investigación o para la más segura comprobación de los hechos.*

Esta disposición, cuyo precedente histórico en el Derecho comparado hay que encontrarlo en los artículos 50 y 84 del *Code d'instruction criminelle* napoleónico, puede conllevar una discriminación, si el nombramiento del Juez especial se efectuara atendiendo a una «circunstancia personal o social» y resultar, por ende, atentatoria al principio del juez legal (STC 101/1984). Por lo demás, el artículo 152 de la LOPJ expresamente no consagra dicha facultad.

Asimismo, los «aforamientos» de autoridades y funcionarios (que han proliferado con exceso en estos últimos años), no previstos expresamente en la LOPJ (cfr. art. 303.2.º de la LECrim.) y que no gocen de justificación «objetiva y razonable» alguna, pueden poner en entredicho el principio de «igualdad de todos los españoles ante la Ley» y, por consiguiente, infringir la garantía constitucional del juez legal (cfr. *a sensu contrario* STC 33/1989 y *vide* también las SSTC 55/1990, 159/1991 y 22/1997).

4. Juez legal e «independencia»: la doctrina constitucional sobre el «juez legal imparcial»

A) La subsunción en la CE del derecho al juez imparcial

Dentro del concepto del *juez predeterminado por la ley* hay que entender también incluida la **independencia judicial**, pues la propia

Constitución requiere que los titulares de la potestad jurisdiccional sean jueces y magistrados *independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

En idéntico sentido se pronuncian también los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando establecen el derecho que, a todos asiste, a ser juzgados por un *tribunal independiente e imparcial.*

De aquí que la denuncia de la infracción del derecho al juez legal imparcial pueda efectuarse, de conformidad con la jurisprudencia del TC, bien por vulneración del derecho al «juez predeterminado por la Ley» (SSTC 38/2003, de 27 de febrero, 154/2001, de 2 de julio), bien también a través del derecho, asimismo contemplado en el art. 24.2 CE, a un *proceso con todas las garantías*, ya que la imparcialidad se erige en una garantía esencial del Poder Judicial inserto en una sociedad democrática (SSTC 140/2004, de 13 de septiembre; 39/2004, de 22 de marzo; 5/2004, de 16 de enero; 229/2003, de 18 de diciembre, 231/2002, de 9 de diciembre).

B) Imparcialidad objetiva y subjetiva

La imparcialidad que exige el art. 24.2 CE no es solo la «subjetiva» del Juez o Magistrado, la cual se presume siempre, sino sobre todo la «objetiva», «referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi*, sin haber tomado postura en relación con él» (STC 5/2004), lo que acontece cuando el Juez ha podido tener «antes y fuera del ámbito estricto del enjuiciamiento, un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser de prueba» (STS, Sala de lo Penal, 1260/2003, de 3 de octubre).

Y es que, tal y como reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «el sujeto investido

de poder judicial para resolver un determinado asunto **ha de ser ajeno a ese asunto, pues un contacto anterior con el mismo**, siempre que sea relevante, **puede deteriorar la confianza de los ciudadanos** respecto de esa actuación de ese juez en ese caso concreto, porque, como ha dicho esta sala en su Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (núm. 2181), **«en este aspecto incluso las apariencias pueden tener importancia, ya que de ellas depende la confianza que los tribunales, en una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y, en especial, a los procesados»**⁷.

C) *La abstención y la recusación*

Precisamente para garantizar la imparcialidad objetiva surge, en la esfera del proceso, la **abstención y recusación**, cuyas correspondientes normas ordinarias, si son ilegítimamente infringidas, pueden ser restablecidas a través del amparo constitucional. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, al declarar que «el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime concurren las causas legítimamente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad»⁸.

Esta es la razón por la cual, tal y como indicó la STC 6/1998 y recuerda la STS 207/2004 (Sala de lo Penal), de 18 de febrero, «será tan solo la privación a la parte de su derecho a formular la recusación del Magistrado en quien concurra causa legal, la que convertirá la simple irregularidad procesal en lesión del derecho fundamental a un proceso público

con todas las garantías, y entre ellas, la esencial de que sea decidido por un juzgador imparcial».

El problema surgía, sin embargo, cuando una determinada disposición impedía el ejercicio del derecho de recusación. Ello es lo que ocurría con el art. 2.2.º de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, que, consecuente con el otorgamiento de la instrucción y fallo de los delitos de su ámbito de aplicación al Juez de Instrucción, prohibía el ejercicio de la recusación, por la causa 12.ª del art. 54 de la LECrim. («haber sido instructor de la causa»).

Con razón pudo el TC declarar la inconstitucionalidad del referido precepto, en su S 145/1988, de 12 de julio, en la que, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, caso *Piersack*, de 1 de octubre de 1982 y *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984) sobre la imparcialidad «subjetiva» y «objetiva» del órgano decisor (art. 6.1.º CEDH), vino a cuestionar indirectamente la inconstitucionalidad del referido procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, así como el procedimiento de urgencia para los delitos leves.

La referida doctrina obligó al poder legislativo a promulgar la LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se crearon los Juzgados de lo Penal y se instauró un nuevo procedimiento penal, en el que se dio cumplida satisfacción al principio del Juez legal «imparcial».

Dentro de tales causas de recusación adquiere singular relieve la prevista en el art. 219.11 LOPJ, en cuya virtud es legítima causa de recusación *haber sido instructor de la causa*, situación que, como después veremos, con-

⁷ SSTS 614/2017, de 14 de septiembre, 187/2017, de 23 de marzo, 53/2016, de 3 de febrero; 70/2004, de 20 de enero; 1431/2003, de 1 de noviembre; 871/2003, de 17 de junio; 1015/2003, de 11 de julio; 1084/2003, de 18 de julio; 331/2003, de 5 de marzo; 23/2003, de 21 de enero; 736/2002, de 25 de abril; 2181/2001, de 22 de noviembre...

⁸ SSTC 47/1982, de 12 de julio; 44/1985, de 22 de marzo (FJ 4); 148/1987, de 28 de septiembre (FJ 1); 138/1991, de 20 de junio; 137/1994, de 9 de mayo; 65/1994, de 28 de febrero (FJ 2); 142/1997, de 15 de septiembre; 132/1996, de 22 de julio; 69/2001, de 17 de marzo; y 39/2004, de 22 de marzo y ATC 148/1999, de 14 de junio...

traviene también el principio acusatorio que se encuentra implícito en el derecho a un «proceso con todas las garantías» del art. 24.2 CE. De conformidad con la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad objetiva (que obliga a los jueces no solo a ser imparciales, sino también a parecerlo a los ojos de la sociedad, de manera que nadie pueda dudar de este atributo esencial de la Jurisdicción), sustentada en los referidos casos *De Cubber* y *Piersack*, y de las que son exponentes, entre otras, las SSTEDH de 24 de mayo de 1989 (caso *Hauschildt contra Dinamarca*), de 28 de octubre de 1998 (caso *Castillo Algar contra España*) y 8 de febrero de 2000 (caso *McGonnell contra Reino Unido*), dicha causa de abstención reviste singular importancia a la hora de interpretar este derecho fundamental, prohibiendo expresamente que ningún órgano judicial pueda conocer de la fase de juicio oral contra un acusado, si alguno de sus miembros ha asumido contra él previamente funciones instructoras, como lo sería, por ejemplo, conocer de un recurso de apelación contra un auto de procesamiento (supuesto contemplado por la STC 156/2007, de 2 de julio o la STS 53/2016, de 3 de febrero) o de inculpación (como lo es el auto de transformación del proceso penal abreviado: STC 149/2013, de 9 de octubre) y apertura del juicio (STEDH de 22 de julio de 2008, caso *Gómez de Liaño*) o dictar un Auto de admisión de una querrela y/o Autos desestimatorios de peticiones de sobreseimiento (ATS, Sala especial del art. 61 LOPJ, de 20 de junio de 2011, caso *Garzón*) o la revocación de un auto de archivo (STC 149/2013).

Pero dicha jurisprudencia⁹ no puede ser exagerada hasta el punto de reputar contrario al Juez legal la asunción por parte del órgano decisor de cualquier actividad instructora. En este sentido, la anterior doctrina fue matizada por la STEDH de 8 junio de 1989, en la que,

aplicando la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Hauschildt* (resolución de 16 de julio de 1987 y STEDH de 24 de mayo de 1989), sentó la doctrina según la cual se hace obligado determinar, en cada caso concreto, la naturaleza del acto investigador asumido por el órgano jurisdiccional, y si su realización pudo o no comprometer su imparcialidad. De este modo, la declaración «para ser oído» de los arts. 486-488 de la LECrim. no supone merma alguna a la imparcialidad del Juez, en tanto que necesariamente la compromete la declaración indagatoria del art. 386. Tampoco compromete la imparcialidad haber dictado un acto de admisión de querrela (ATS de 4 de octubre de 2011, Sala especial del art. 61 LOPJ, con 4 votos particulares).

Aun cuando el fallo de la STEDH en el caso *Hauschildt* fuera estimatorio de la violación del derecho al «juez legal imparcial», su doctrina es fuertemente restrictiva (y en cierta medida revisora de la sentada en los casos *Piersack* y *De Cubber*) en la interpretación del art. 6.1 del CEDH. A partir de esta Sentencia, esta última doctrina le ha sido de una gran utilidad al TEDH para estimar que no existe violación del derecho al juez imparcial en los siguientes supuestos: a) En la «justicia correccional» (o juicios de faltas), con respecto a la cual en el asunto *Fey contra Austria* (STEDH 24 de febrero de 1993) no apreció la violación del art. 6.1 del CEDH, aun cuando el Juez de Distrito hubiera efectuado determinados actos de investigación contra el acusado, ya que «el simple hecho, para un juez, de haber adoptado ciertas decisiones con anterioridad al juicio no puede servir para justificar en sí mismo prejuicios acerca de su imparcialidad... Lo que interesa es la extensión y naturaleza de las medidas adoptadas por el Juez antes del juicio»; b) En los procesos penales simplificados como

⁹ Reiterada en las SSTC 148/1987, de 28 de septiembre; 145/1988, de 12 de julio; 164/1988, de 26 de septiembre; 11/1989, de 24 de enero; 157/1993, de 6 de mayo; 138/1994, de 9 de mayo; 60/1995, de 17 de marzo; 98/1997, de 20 de mayo; 142/1997, de 15 de septiembre; 47/1998, de 2 de marzo; 188/2000, de 10 de julio; 52/2001, de 26 de febrero y 39/2004, de 22 de marzo.

el *diretissimo* italiano (similar a nuestro proceso especial de «juicios rápidos», pero con conocimiento por el «Pretor» de la «mini-instrucción», juicio y fallo), afirmó, en los casos *Padovani y otros* (STEDH 26 de febrero de 1993), que dicho procedimiento, aunque conlleve actos instructorios como el interrogatorio del investigado previo al juicio oral, no provoca la pérdida de imparcialidad objetiva del Juez, máxime si se repara en que el *procedimiento diretissimo* tiene por objeto satisfacer el derecho al proceso dentro de «un plazo razonable» también consagrado en el art. 6.1 del CEDH; c) En la fase intermedia y en el conocimiento de los recursos devolutivos contra el auto de prisión por la Cámara francesa de acusación declaró, en el caso *Sainte-Marie contra Francia* (STEDH 16 de diciembre de 1992), que «el simple hecho de que un Magistrado haya adoptado decisiones antes del juicio sobre la prisión provisional no puede justificar en sí mismo prejuicios en cuanto a su imparcialidad», por lo que tampoco estimó la violación del art. 6.1 del CEDH.

D) La notificación a las partes de la composición de las Salas

Ahora bien, a fin de posibilitar a las partes el ejercicio de su derecho de recusación, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo son exigentes a la hora de reclamar la aplicación de lo dispuesto en los arts. 202 y 203 LOPJ, conforme a los cuales **ha de ponerse en su previo conocimiento la determinación del Magistrado Ponente y la de los demás Magistrados** «que no constituyan plantilla de la Sala»¹⁰, prescripciones que en la actualidad hay que extender a la **totalidad de los Ma-**

gistrados componentes de la Sala, pues no solo el Ponente o los que no sean de plantilla pueden ser recusados (STC 231/2002, cit.), sino todos ellos. De aquí que, al nivel de la legalidad ordinaria, este deber de comunicar a las partes (y con carácter previo a la celebración de la vista) la composición de todos y cada uno de los Magistrados integrantes de la Sala haya sido extendido a todos ellos por obra de lo dispuesto en el art. 190 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de aplicación directa en el proceso penal (arts. 54 LECrim. y 4 LEC).

De aquí que, tratándose de órganos colegiados, deba notificarse a las partes la composición y constitución de todos y cada uno de sus miembros a fin de comprobar la imparcialidad de todos ellos, de manera que, sobre cada uno de los Magistrados que lo componen, no pueda existir duda alguna sobre su *auctoritas*¹¹, por lo que **«para poder apreciar esta infracción constitucional es suficiente con que uno de los Magistrados integrantes del órgano no hubiera debido formar parte del mismo»**¹².

E) La carga y preclusión de la recusación

Siendo el ejercicio de la recusación el remedio que las partes tienen para restablecer puntualmente las infracciones al derecho al juez imparcial, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 223.1 LOPJ, 107.1 LEC y 56 LECrim., *la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde*, y de aquí que, siempre que sea posible, tratándose de la fase declarativa, ha de suscitarse la recusación en la fase intermedia, con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral y en la de apelación,

¹⁰ SSTC 210/2001, de 29 de octubre; 4/2001, de 15 de enero; 6/1998, Sala Primera, de 13 de enero; 180/1991; 230/1992; STS 207/2004, Sala de lo Penal, de 18 de febrero...

¹¹ Cfr. STEDH, de 4 de marzo de 2003 —caso *Posokhov contra Rusia*—, de 2 de septiembre de 1998 —caso *Kadubec contra Eslovaquia*—, de 22 de junio de 1989 —caso *Langborger contra Suecia*—...

¹² SSTC 231/2002, Sala Segunda, de 9 de diciembre; 51/2002, Sala Segunda, de 25 de febrero; STS 2472/2001, Sala de lo Penal, de 19 de diciembre...

tan pronto como se conozca la composición de la Sala. De lo contrario, podría, en un futuro, inadmitirse el recurso de amparo por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 44.1.c) LOTC (ausencia de invocación formal, en el proceso ordinario, del derecho fundamental vulnerado).

Pero la anterior regla no puede ser objeto de una rígida interpretación y ello porque, en ocasiones, la existencia de la causa de recusación tan solo puede ser conocida en el momento de la resolución definitiva (supuesto contemplado por la STC 154/2001, Sala Segunda, de 2 de julio, lo que justificó el amparo *per saltum* ante este Tribunal), en cuyo caso tan solo puede ser evidenciada a través de los medios de impugnación contra la Sentencia¹³ y, sobre todo, debido a la dimensión objetiva de las causas de recusación, que se convierten simultáneamente en causas de abstención, por lo que, siempre y cuando no sea temeraria o no se aprecie una falta de diligencia de la parte tendente a generar dilaciones indebidas, la puesta en conocimiento, aunque sea intempestiva, de una causa de abstención, debiera obligar al Magistrado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217 LOPJ, a examinarla y pronunciarse acerca de la misma (STC 231/2002, de 9 de diciembre).

La anterior conclusión acerca de la existencia, en esta materia, de una preclusión elástica **se infiere de la doctrina de la STEDH 2003/27, Sección 4.ª, de 17 de junio de 2003, emanada en el caso «Pescador Valero» contra España**, en la que, no obstante constatar este alto Tribunal Europeo que el demandante solicitó la recusación del Juez unos dos años después del inicio del procedimiento, cuando dicho magistrado ya había intervenido en la instrucción del litigio que oponía al demandante a la Universidad, estimó este recurso individual, entre otras razones, porque su desestimación por la

sola falta de inmediatez en la denuncia de la abstención hubiera supuesto imponer al demandante una prueba diabólica acerca de un hecho negativo (el desconocimiento de la causa de recusación durante esos dos años). Similar doctrina contempla la STEDH de 1 de diciembre de 2015, caso *Blesa Rodríguez c. España*.

5. Juez legal y competencia

Finalmente, el *juez ordinario predeterminado por ley* no puede ser otro sino el juez **territorial, objetiva y funcionalmente competente**, de tal suerte que las normas relativas a la competencia penal, y a diferencia de la civil, en la que la territorial puede ser dispositiva, en virtud del art. 24.2, adquieren una gran relevancia constitucional, al integrar el concepto del «juez legal».

Por esta razón, las normas de la competencia objetiva, al integrar el concepto del *juez predeterminado por la Ley*, son de *ius cogens* o de orden público, erigiéndose en un auténtico **presupuesto procesal**, cuyo cumplimiento ha de ser vigilado de oficio por los órganos jurisdiccionales en todas y cada una de las instancias¹⁴, por lo que **su infracción acarrea una nulidad radical e insanable** (art. 238.1 LOPJ) y, de aquí que el art. 1 LECrim. configure el derecho a ser juzgado por el Juez competente como ínsito en el principio de «legalidad procesal» y el art. 8 LECrim. disponga que la *jurisdicción criminal es siempre improrrogable*.

Si las vulneraciones de la competencia objetiva se hubieran producido como consecuencia de la obstinación de un determinado órgano jurisdiccional en conocer interesadamente de un determinado asunto por razones ajenas a la causa o legitimación de su oficio, esto es, la aplicación imparcial del Derecho, se ocasionaría además una segunda vulneración del

¹³ STC 310/2000; SSTS 1260/2003, Sala de lo Penal, de 3 de octubre, 1084/2003, de 18 de julio...

¹⁴ SSTS, 1.ª, de 21 de diciembre de 2001, 15 de mayo de 2001, 12 de septiembre de 2000, 30 de mayo de 2002...

derecho fundamental al juez legal, quien, como se ha visto, es el predeterminado por la propia Constitución, es decir, por el art. 117.1 CE: el Juez independiente y únicamente sometido al imperio de la Ley¹⁵.

Ahora bien, no toda infracción de una norma de atribución de la competencia ha de originar necesariamente una vulneración del principio del juez legal, sino tan solo aquellas que por expreso mandato constitucional o porque infrinjan la independencia judicial o el derecho a un proceso con todas las garantías, sean susceptibles de violentar el criterio del juez legal¹⁶. El derecho al Juez predeterminado por la ley puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad (STC 35/2000, de 14 de febrero y ATC 262/1994, de 30 de octubre). Por esta razón, el TS, en su sentencia de 10 de diciembre de 2014, a fin de evitar las auténticas manipulaciones del juez legal que pudieran cometer los aforados, ha podido declarar que, una vez abierto el juicio oral, el TSJ, como consecuencia de la *perpetuatio iurisdictionis*, no pierde su competencia por el hecho de la renuncia al acta de diputado.

Lo mismo ha de afirmarse con respecto a la competencia objetiva y territorial (así, un supuesto conflicto entre un Juzgado de Instrucción y un Juzgado Central: SSTS de 5 de junio de 2006, 3335/2008, de 10 de junio) y el

procedimiento aplicable (cfr. *BVerfGE*, 9, 223), salvo que la infracción de las normas de la competencia pudiera entrañar la vulneración del juez constitucionalmente competente (*v. gr.*: ante el sobreseimiento de un delito contra la salud pública por el Juez de Instrucción territorialmente competente, en vez de recurrir en apelación dicho auto, la policía vuelve a interponer la misma denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción, quien incoa diligencias, supuesto contemplado por la STS 6/2007, de 10 de enero) o que dicha vulneración pudiera al propio tiempo conculcar el derecho a la tutela (*v. gr.*: una infracción penal, manifiestamente constitutiva de delito, se remite al conocimiento de un Juzgado de Paz) o el derecho a un proceso con todas las garantías (por ejemplo, un Juez de lo Penal entiende del juicio oral de un delito de la competencia de las Audiencias o una AP, haciendo caso omiso de la afirmación de hechos efectuada en el escrito de acusación pretende reenviar el asunto al Juez de lo Penal, supuesto contemplado por la STS 484/2010, de 26 de mayo).

Más problemática resulta la vulneración de las normas relativas a la competencia funcional y, dentro de ellas, las referentes al «reparto» de los asuntos¹⁷ y a la constitución de los órganos jurisdiccionales colegiados. Si tales irregularidades encerraran auténticas manipulaciones con el objeto de mediatizar las futuras decisiones del órgano jurisdiccional, si, en definitiva, a través de ellas se violara la independencia judicial, constituirían un claro atentado al juez legal.

¹⁵ SSTC 47/1982, de 12 de julio; 44/1985, de 22 de marzo (FJ 4); 148/1987, de 28 de septiembre (FJ 1); 138/1991, de 20 de junio; 137/1994, de 9 de mayo; 65/1994, de 28 de febrero (FJ 2); 142/1997, de 15 de septiembre; 132/1996, de 22 de julio; 69/2001, de 17 de marzo; 47/1998, de 2 de marzo; 188/2000, de 10 de julio y 52/2001, de 26 de febrero, y ATC 148/99, de 14 de junio...

¹⁶ Cfr. SSTC 8/1998, de 13 de enero; 93/1998, de 4 de mayo; 35/2000, de 14 de febrero y SSTS 18 de marzo de 2002; 11 de julio de 2001; 25 de enero de 2001; 6 de febrero de 2001; AATC 141/1984, 101/1984 y 205/1984; STS 3335/2008, de 10 de junio.

¹⁷ SSTC 205/1994, de 11 de julio (FJ 4); 193/1996 (FJ 2); 238/1998, de 15 de diciembre (FJ 4); AATC 113/1999, de 28 de abril (FJ 3); 13/1989, de 16 de enero (FJ 2); 652/1986, de 23 de julio (FJ 2); 147/1986, de 11 de junio; 500/1986; SSTS 10 de septiembre de 1997, 20 de febrero de 1995 y 26 de mayo de 1984...

De este modo, el TC tiene declarado que el juez ordinario predeterminado por la ley «exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de consti-

tuir el órgano correspondiente. De esta forma, se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes»¹⁸.

¹⁸ SSTC 31/1983, de 27 de abril; 47/1983, de 31 de mayo; 65/1994, de 28 de febrero; 206/1994, de 11 de julio; 97/1987, de 10 de junio; 307/1993, de 25 de octubre; 193/1996, de 26 noviembre; 64/1997, de 7 de abril; 238/1998, de 15 de diciembre; 162/2000, de 12 de junio; 69/2001, de 17 de marzo; 120/2001, de 4 de junio y AATC 381/1992, de 14 de diciembre; 108/1984, de 22 de febrero; 343/1984, de 6 de junio; 332/1985, de 22 de mayo; 138/1989, de 13 de marzo; 419/1990, de 28 de noviembre; 42/1996, de 14 de febrero; 113/1999, de 28 de abril y 102/2004, de 13 abril.

EL DERECHO DE DEFENSA Y A LA ASISTENCIA LETRADA

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

MAGISTRADO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En todo tipo de procesos, muy especialmente en el orden penal, la defensa se materializa a través de dos vías: reconociendo al interesado, el imputado en el proceso penal, el derecho a realizar por sí mismo determinadas actuaciones defensivas (autodefensa o defensa privada); reconociéndole, además, el derecho a estar asistido por un abogado que se encargue de defender sus intereses ante los tribunales (defensa técnica). Esta concepción dual del derecho de defensa aparece expresada con toda nitidez en el art. 6.3.c) CEDH, que reconoce al acusado el derecho a defenderse por sí mismo, a ser asistido por un abogado de su elección y, en determinadas condiciones (insuficiencia de medios para litigar o cuando lo impongan los intereses de la justicia), a ser asistido gratuitamente por un defensor.

A diferencia del CEDH, el art. 24.2 CE no contempla expresamente la **autodefensa** como un derecho fundamental de contenido procesal. Esta circunstancia, sin embargo, no ha impedido que el Tribunal Constitucional haya reconocido su existencia como un derecho fundamental autónomo, estableciendo que la Constitución no solo reconoce un derecho a la asistencia técnica a través de abogado, sino también un derecho a la autodefensa o defensa privada, del que por lo demás existen múltiples manifestaciones en la legislación procesal: participar en las diligencias de inspección ocular (art. 333 LECrim.); asistir personalmente a las diligencias de investigación (art. 302 LECrim.); solicitar ser reconocido por quienes vierten cargos contra él (art. 368 LECrim.); declarar cuantas veces tenga

por conveniente (arts. 396 y 400 LECrim.); pedir la reposición del auto que dispone la prisión (art. 501 LECrim.); prestar la conformidad con la acusación más grave (arts. 655 y 688 LECrim.), y decir la última palabra en el juicio oral (art. 739 LECrim.).

Sumamente explícita ha sido a este respecto la STC 29/1995, que no ha dudado en configurar la autodefensa como un derecho fundamental: «El derecho a la defensa privada o a defenderse por sí mismo, aun en el contexto de una cultura jurídica como la nuestra caracterizada por el predominio de la defensa técnica, forma parte, ciertamente, del derecho más genérico, reconocido en el art. 24.2 CE, “a la defensa”, alguna de cuyas manifestaciones instrumentales aparecen expresamente en el propio precepto: así los derechos a ser informados de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismos, o el derecho a no confesarse culpable».

Reconocida por el Tribunal Constitucional la autonomía del derecho a la autodefensa, la cuestión a dilucidar es si el contenido de este derecho fundamental incluye a favor de su titular la facultad de excluir del proceso la defensa técnica obligatoria. Tal cuestión ha sido abordada directamente por la STC 29/1995, negando la existencia *ex Constitutione* de un derecho que permita excluir al defensor de oficio en aquellos casos en que el legislador ha optado por configurar el ejercicio del derecho de defensa en el proceso, imponiendo al imputado la exigencia de postulación, tal y como sucede en el proceso penal cuando se

dilucidan responsabilidades por delito: «El contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado, de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica».

Una manifestación concreta de la defensa privada o autodefensa es el **derecho a la última palabra**, que se reconoce al acusado en todo tipo de procesos, incluso en los procedimientos más simplificados como el antiguo juicio de faltas, hoy proceso por delitos leves (por todas, la STC 258/2007), o el previsto en la Ley Penal del Menor (STC 13/2006). En esta última, el Tribunal Constitucional ha profundizado en el fundamento de la «última palabra», configurándola como una garantía específica del derecho de defensa que va más allá del derecho a ser oído, con el que tradicionalmente se ha venido confundiendo, pues entroncado en el principio de contradicción «posee un contenido y cometido propio bien definido». La última palabra es, subraya el Tribunal Constitucional, el momento en el que se le ofrece al acusado «la oportunidad de contradecir y someter a contraste el proceso probatorio, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, por lo que ha de tener la oportunidad de ser el último en intervenir en el proceso, de modo que esta facultad se encuadra dentro del derecho de defensa que, en estas circunstancias, ha de realizarse de manera personal y directa por el interesado». Y concluye: «Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o

compendio de todo lo que ha sucedido en el debate público y contradictorio, que constituye la esencia del juicio oral» (STC 13/2006).

Junto a la autodefensa, el principal contenido del derecho de defensa consiste en el **derecho a estar asistido por un abogado**. La defensa técnica constituye, de acuerdo con lo expuesto, un medio complementario del ejercicio de las facultades de la defensa que en principio corresponden al acusado. Su fundamento reside en la necesidad de asegurar la plena igualdad de armas y la vigencia efectiva del principio de contradicción: «asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y contradicción que imponen a los tribunales el deber positivo de eliminar desequilibrios en la posición procesal de las partes» (STC 188/1991). Por ello, especialmente en el proceso penal, asegurar la efectividad del derecho de defensa trasciende a la mera tutela de los intereses de las partes para convertirse en una exigencia estructural del proceso. De este modo, la garantía de defensa en juicio de forma general y específicamente el derecho a estar asistido por un abogado, como garantía instrumental que asegura la efectividad del derecho de defensa, se convierte en condición de validez del proceso, en garantía de su correcto desenvolvimiento y opera como un factor que otorga legitimidad al proceso penal en su conjunto, a la pretensión punitiva que en el mismo se actúa y eventualmente a la sanción que en él se impone.

Así pues, la asistencia letrada cumple una doble función: como derecho subjetivo y como regla estructural del proceso. Desde la STC 42/1982, el Tribunal Constitucional viene insistiendo en la conexión entre el derecho a la asistencia de letrado y la institución misma del proceso y, por ello, más recientemente no ha dudado en afirmar que «el mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra su propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal» (SSTC 29/1995 y 229/1999), produciéndose de esta forma una

paulatina transformación del fundamento de la defensa técnica para convertirse en muchas ocasiones en una auténtica exigencia de orden público indisponible por su titular.

Aclarado cuál es el fundamento del derecho a estar asistido por un abogado, su connotación pública que le hace trascender del mero interés de parte, es necesario adentrarse en el examen del contenido de este derecho fundamental. Al respecto, hemos de advertir que nuestra Constitución carece de una concepción unitaria del derecho a la asistencia de letrado que se reconoce, aunque con diferente alcance, en los arts. 17.3 y 24.2 CE, con más amplitud en este último precepto.

Se distingue, al igual que en otros tratados y acuerdos sobre derechos humanos, como sucede con los arts. 5 y 6 CEDH, entre el derecho a la asistencia letrada que se reconoce al detenido y el derecho a estar asistido por un abogado que se reconoce al acusado o imputado o, con mayor exactitud, al sujeto pasivo del proceso penal. La STC 196/1987 se ha ocupado de aclarar la diferente configuración de estos derechos, pues mientras el primero constituye una garantía instrumental del derecho a la libertad personal, el segundo se configura como una garantía de eficacia del proceso debido que se desenvuelve en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para el **detenido**, el derecho a la asistencia letrada cumple la función de «asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma» (STC 196/1987).

Para el **acusado**, el derecho a la asistencia letrada tiene un contenido más amplio, pues se

extiende al conjunto de facultades defensivas que se realizan en el proceso penal, las cuales, a su vez, se concretan en otros derechos instrumentales al de defensa, como la facultad que se reconoce al imputado y a su defensor de realizar alegaciones, controlar la prueba de cargo, proponer la de descargo, interponer recursos, verificar el adecuado desarrollo del procedimiento e impugnar la decisión del Tribunal que le pone fin.

De acuerdo con ello, el derecho a la asistencia letrada que se reconoce a favor del acusado o imputado tiene un contenido más amplio que el que corresponde al detenido, aunque hay que reconocer que con frecuencia ambos derechos se solapan. La STC 339/2005, reiterada posteriormente por la STC 21/2018, lo ha advertido, refiriéndose a la estrecha conexión entre las garantías jurídicas de la detención y el derecho de defensa penal. La relación entre ambos se manifiesta de un modo especialmente intenso al permitir a los funcionarios policiales practicar diligencias investigadoras tendentes al esclarecimiento de los hechos, de entre las que destaca la declaración del detenido. No debe extrañar, por tanto, que los derechos que resultan de la imputación (art. 118 LECrim.) coincidan sustancialmente con los que se reconocen al detenido (art. 520 LECrim.). En todo caso, lo importante es advertir que el derecho a la asistencia letrada se tiene desde el momento mismo en que adquiere la condición de sujeto pasivo del proceso, es decir, de investigado, pues cualquier acto material de imputación recogido en el art. 118 LECrim., la detención entre ellos, determina el nacimiento del derecho de defensa.

Desde ese preciso momento, la Constitución garantiza la asistencia del abogado en todas las diligencias policiales y judiciales. Esto, sin embargo, no quiere decir que se exija su efectiva realización como requisito de validez en todas las diligencias de la instrucción. En realidad, el Tribunal Constitucional solo ha considerado imprescindible su intervención en la detención y en la prueba sumarial anticipada.

Como ha establecido la STC 206/1991, y posteriormente ha reiterado la STC 229/1999, «si bien la Constitución no prohíbe, sino que garantiza la asistencia del abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios. En particular este Tribunal ha reclamado dicha intervención solo en la detención (SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987, 66/1989) y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991, 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes. En consecuencia, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de abogado al preso y de que el abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del abogado defensor».

De otro lado, la regla general que permite al imputado intervenir asistido de un abogado en todas las diligencias de la instrucción, salvo que se haya acordado el secreto (art. 302 LECrim.), sufre una importante excepción en el caso del **procesado en rebeldía**. El Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia antigua hoy ya superada o al menos muy matizada, ha sancionado la validez de la decisión de impedirle intervenir a través de abogado y procurador, en las diligencias instructoras e impugnar las decisiones que se adopten en la fase preliminar. Parte la STC 87/1984 del deber jurídico que se impone al procesado de comparecer personalmente, como condición para ejercer el derecho de defensa. De acuerdo con ello, para el Tribunal Constitucional, estas decisiones «no suponen una negativa a la comparecencia del procesado y a que ejer-

cite los medios pertinentes para su defensa, sino la imposición de un requisito previo para admitir la comparecencia, como es el de que esta se realice personalmente presentándose ante el juez que instruye el sumario».

Y añade, en cuanto al alcance de la limitación, teniendo en cuenta la imposibilidad de abrir el juicio oral en el proceso común por delitos contra el procesado en rebeldía: «sin negar trascendencia a la fase sumarial, es sabido que en ella se realizan sobre todo actos de investigación y que solo las diligencias que no pueden reproducirse en el juicio tienen la consideración de actos de prueba. Respecto a los primeros, es decir, a los actos de investigación, no existe problema, pues la convicción del Tribunal se formará sobre la práctica de la prueba celebrada en el juicio oral, y este no puede celebrarse respecto al rebelde como tantas veces se ha dicho. Respecto a lo que sean actos de prueba, aparte de que la LECrim., en su art. 299, ordena que en el sumario se hagan constar todas las circunstancias que pueden influir en la calificación del delito y la culpabilidad de los delincuentes, entendiéndose tanto presentes como ausentes, es lo cierto que su valoración corresponderá en último término al Tribunal, que apreciará todas las particularidades de la prueba realizada, incluida la ausencia del rebelde. No resulta, pues, tampoco que la admisión de la comparecencia por Procurador al procesado rebelde cercene sustancialmente su derecho de defensa en el proceso» (STC 87/1984).

Esta doctrina, reiterada por la STC 149/1986, ha sido modulada a partir de la STC 198/2003, aplicando a la restricción de este derecho los mismos estándares que, con carácter general, sirven para legitimar la limitación de cualquier derecho fundamental, de entre los que destaca la exigencia de que exista una previsión legal suficiente de la limitación del derecho de defensa y que la restricción sea una respuesta proporcionada a la incomparecencia del encausado. Como ha venido a recordar la STC 24/2018, «para que pueda entenderse compatible con el derecho de defensa

(art. 24.2 CE y art. 118 LECrim.) una decisión judicial de rechazo de la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, con fundamento en que aquel se encuentra sustraído a la acción de la justicia, resulta necesario: i) que el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia personal del investigado o acusado venga impuesto por la norma legal reguladora del concreto proceso de que se trate o se infiera razonablemente de las reglas generales que disciplinan la tramitación del proceso; y ii) que la negativa judicial a la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, por no hallarse aquel a disposición del tribunal, supere las exigencias del juicio de proporcionalidad».

Como regla general, el imputado tiene derecho a elegir la persona que ha de encargarse de defender sus intereses en el proceso. Puede decirse, por tanto, que forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada «*ex* art. 24.2 CE» el **derecho a un abogado de libre elección**, de tal modo que se puede afirmar con total rotundidad que el derecho a la asistencia letrada no se refiere a cualquier abogado, sino al designado por la parte. Entre ambos se establece una relación basada en el principio de confianza que el Estado se encuentra obligado a respetar. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar que «el derecho a la asistencia de letrado es en principio, como puntualiza el art. 6 CEDH, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable y a su cargo» (STC 216/1988); y, en un sentido equivalente, ha señalado que «comporta de forma esencial que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa» (STC 30/1981).

Solo excepcionalmente se admite que puedan imponerse limitaciones al derecho a la libre elección de abogado, como sucede cuando se impone a varias partes procesales la obligación de actuar bajo una misma representa-

ción y asistencia letrada (art. 113 LECrim.) y al imputado en situación de detención incommunicada, a quien se le designa un defensor de oficio [art. 527.a) LECrim.]. El Tribunal Constitucional ha examinado la constitucionalidad de estas dos limitaciones, admitiendo la validez de la primera para evitar dilaciones injustificadas del procedimiento por la reiteración de actuaciones de idéntica finalidad y significado (STC 30/1981); y también de la segunda, por la necesidad de evitar que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se oculten o destruyan pruebas de su comisión (STC 196/1987).

Respecto de la **obligación de actuar bajo una misma representación y asistencia letrada**, es decir, en relación con el litisconsorcio necesario impropio establecido en el art. 113 LECrim., el Tribunal Constitucional, tras reconocer que este precepto «viene a reforzar un derecho constitucionalmente reconocido —el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas— evitando una dilación injustificada del procedimiento por la reiteración de actuaciones con idéntica finalidad y significado», ha subrayado la necesidad de ponderar adecuadamente otros intereses constitucionales, pues la imposición de la obligación de actuar bajo una misma representación puede «afectar negativamente al derecho a la defensa y asistencia de letrado también constitucionalizado en el art. 24.2»; por ello, continúa diciendo el Tribunal Constitucional, «habrá de tener presentes los dos principios constitucionales que han de ser conciliados: el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que el presupuesto jurídico indeterminado “si fuere posible” haya de traducirse en algo más que en una ausencia de incompatibilidad entre las distintas partes que ejercen la acción penal o civil derivada del delito —requisito mínimo—; es preciso una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligen-

cias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas. En otro caso, es forzoso reconocer que se produciría una merma del derecho de defensa ante los tribunales, que difícilmente se justificaría en aras de una economía procesal, lógicamente de inferior rango en la escala axiológica de los principios procesales, a la que, por otra parte, puede atenderse por medios de menor trascendencia, como son la valoración en cada caso concreto de la pertinencia de lo solicitado por cada una de las partes o el otorgamiento de plazos comunes para alegaciones» (STC 30/1981).

Más importancia tiene la limitación que se impone a los derechos de los detenidos y presos en los casos de **detención incomunicada** prevista en el art. 527.a) LECrim. El Tribunal Constitucional, tras recordar la importancia que en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene la confianza que al asistido le inspiran las condiciones profesionales y humanas de su letrado, entiende que la restricción al mismo es razonable y se encuentra justificada por las siguientes razones: porque el elemento de confianza no tiene el mismo relieve cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, que en el supuesto de las primeras diligencias policiales que se instruyen con ocasión de la detención (consideración esta que vendría a descartar la posibilidad de privar en el proceso la libre elección del abogado); porque la limitación del derecho tiene carácter temporal, ya que tan pronto concluye la incomunicación el detenido recupera su derecho a elegir abogado de su confianza; y, finalmente, porque «la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos pueden hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto, a fin de evitar que el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a esta propicien que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión» (STC 196/1987).

No obstante, hay que señalar que el régimen de la incomunicación del detenido o preso ha sido objeto una importante modificación por la LO 13/2015, que ha reformado los arts. 509 y 527 LECrim., permitiendo graduar el alcance de la incomunicación en función de las circunstancias del caso y las necesidades de la investigación. De entre las limitaciones que pueden imponerse al investigado en situación de incomunicación destacan las que se refieren al derecho a designar un abogado de confianza y a la posibilidad de entrevistarse reservadamente con el defensor. La **entrevista reservada**, derivación de la garantía de confidencialidad que rige la relación abogado y cliente, es un elemento esencial del derecho de defensa y a la asistencia letrada, tal y como ha sido reiteradamente ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco de la protección que proporciona el art. 5.4 CEDH (SSTEH de 3 de febrero de 2015, *Apostu c. Rumanía*; 5 de diciembre de 2009, *Leva c. Moldavia*), que solo de un modo excepcional puede ser limitado.

Por último, se ha de señalar que la jurisprudencia constitucional ha contemplado, con carácter general, la posible **conurrencia** del derecho a la asistencia letrada **con el derecho de la contraparte a un proceso sin dilaciones injustificadas**, lo que ha llevado en varias ocasiones a que el Tribunal Constitucional haya negado la existencia de violación ante solicitudes de nombramiento de abogado realizadas abusivamente, con el exclusivo propósito de prolongar la duración del proceso. Siguiendo esta orientación, la STC 162/1999 no ha dudado en establecer que el derecho a la asistencia letrada puede entrar en conflicto con otros intereses protegidos en el art. 24.2 CE, como es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, por esta razón, admite que se limite la posibilidad de designar abogado de confianza. Idéntica doctrina es aplicable a la solicitud de nombramiento de abogado de oficio cuando esta se formula abusivamente (SSTC 47/1987, 44/1988 y 208/1992).

Además de reconocerse al imputado el derecho a hacerse asistir por un defensor, en el proceso penal se impone la **defensa técnica obligatoria** en todos los procesos por delito castigados con una pena igual o superior a los seis meses de multa. Esto, no obstante, no implica, como ya se ha señalado, que la intervención del abogado sea preceptiva en todas las diligencias del procedimiento penal ni, por tanto, que la mera infracción del art. 118 LECrim. determine la vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada. Para que la falta de letrado provoque una situación de indefensión constitucionalmente relevante es preciso que la ausencia del abogado haya podido causar un perjuicio al recurrente (SSTC 161/1985, 47/1987, 194/1987, 178/1991, 162/1993, 175/1994, 51/1996 y 92/1996). Con ello queda patente la naturaleza instrumental que se asigna al derecho a la defensa letrada respecto del derecho de defensa, lo que en último término hace pensar en el riesgo de que este derecho fundamental pierda sustantividad diluyéndose en la cláusula del art. 24.1 CE que, genéricamente, consagra la prohibición de indefensión.

Esta doctrina general ha tenido una aplicación particular en el caso de las **declaraciones** obtenidas **sin contar con asistencia letrada**. Para el Tribunal Constitucional, la falta de asistencia letrada en la declaración policial solo es relevante en la medida que provoque una ulterior situación de indefensión que tenga incidencia en las resoluciones que se dicten (SSTC 47/1986, 135/1989 y 94/1983). Y, respecto de las declaraciones judiciales prestadas en la fase instructora, nada impide que el imputado libre pueda declarar sin tal asistencia, renunciando expresamente a la intervención letrada, si ha sido debidamente instruido de este derecho (SSTC 62/1998, 185/1998 y 229/1999).

De todos modos, hay que insistir en que el derecho a la asistencia letrada no solo se tiene en todos aquellos supuestos en que el legislador impone la defensa obligatoria mediante un defensor técnico, sino también en aquellos

procesos en los que la intervención del abogado es facultativa para las partes. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha venido a establecer que «el hecho de que la intervención de letrado no sea preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho de defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención de abogado en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un letrado de su elección, a que se le provea de abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario» (SSTC 92/1996, 212/1998, 152/2000 y 22/2001).

En el proceso penal, muy especialmente respecto del imputado, despliega además eficacia el **derecho a contar con un abogado de oficio**, derecho que se ostenta no solo cuando el acusado puede acogerse al beneficio de justicia gratuita (art. 119 CE), sino también cuando el imputado debe ser asistido en el proceso preceptivamente por un abogado (supuestos de defensa técnica obligatoria) y, sin embargo, no ha designado quien le defienda. La STC 216/1988 lo recuerda expresamente, señalando que «el derecho reconocido en el art. 24.2 CE no solo incluye el derecho de la parte en el proceso a poder designar un letrado de su elección, sino también a que, cuando corresponda, le sea designado un letrado de oficio. En el proceso penal el derecho a la designación de abogado de oficio existe en todos los casos en los que siendo preceptiva la asistencia de letrado, el acusado no haya designado letrado de su elección y además en aquellos casos en los que, aunque no sea pre-

ceptiva la asistencia de letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite del órgano judicial».

Por otro lado, la realización efectiva del derecho a la asistencia letrada no se satisface con el mero nombramiento de abogado de oficio, sino que se extiende a la obligación que corresponde al órgano judicial de velar porque la asistencia que se presta al interesado sea «real y efectiva», configurando la jurisprudencia constitucional un derecho a la asistencia letrada gratuita que incorpora obligaciones positivas a cargo del Estado, el cual, por tanto, no se satisface con la mera designación, sino que requiere que esta se materialice en una defensa real y eficaz (SSTC 37/1988 y 178/1991, con cita en ambas de la STEDH de 13 mayo de 1980, caso *Ártico c. Italia*). No obstante, es preciso advertir la diferencia existente según que el abogado haya sido nombrado de oficio o haya sido elegido por la parte. En este último caso, se parte de una relación de confianza entre el interesado y su defensor en la que el órgano judicial no puede inmiscuirse. Tal relación de confianza, por contra, es inexistente en los supuestos de designación de oficio y, por ello, nada impide que el órgano judicial, sin entrar a supervisar la actuación de los profesionales del Derecho, vele por la existencia de una real y efectiva asistencia letrada que no genere indefensión (STC 91/1994).

Por último, hay que señalar que la efectividad del derecho a la asistencia letrada requerirá, como garantía instrumental, la intervención de un **intérprete** cuando resulte necesario para asegurar la comunicación con el abogado. A causa de ello, el Tribunal Constitucional ha extendido esta garantía a los actos de comunicación con el abogado que se desarrollan fuera del proceso, pero que se encuentran directamente relacionados con el mismo: «Los recurrentes lo configuran, gráficamente, como “aledaños” del proceso. Pero se trata de algo más. Si como antes se ha dicho, el problema ha de considerarse desde una perspectiva global, ahora hay que repetir que, en efec-

to, no se trata (la comunicación de acusado y defensor de oficio) de un acto aislado ajeno al proceso, sino preparatorio del juicio oral, para ser luego integrado en él, y sin el cual mal podría el abogado realizar una adecuada defensa, ni el tribunal llegar a una sentencia acertada» (STC 71/1988).

Es preciso subrayar la importancia que ha adquirido el derecho a la traducción e interpretación como garantía para hacer el derecho de defensa. Si de acuerdo con lo establecido en el art. 118 LECrim., modificado por la LO 13/2015, la información es la garantía en torno a la cual se articula el derecho a defenderse, es obvio que este derecho quedaría muy mermado, hasta volverse irreconocible, si al sujeto pasivo del proceso, es decir, al investigado, encausado o acusado que no comprende la lengua que se utiliza en las actuaciones no se le reconoce un amplio derecho a la traducción y la interpretación, derecho que en la actualidad se encuentra ampliamente desarrollado en los arts. 123 a 127 LECrim., cuyo contenido no hace más que transponer las garantías establecidas en la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales.

Queda por hacer una última mención al contenido informativo del derecho de defensa, es decir, al derecho del imputado a ser informado de la posición que ocupa en el seno del proceso y del hecho o hechos delictivos que se le atribuyen, así como los derechos que puede ejercitar. Aun siendo una garantía instrumental del derecho de defensa, en la arquitectura del art. 24.2 CE se configura como un derecho autónomo, al reconocer al imputado el **derecho a conocer la acusación**. Hecha esta advertencia y partiendo de su consideración como garantía inexcusable para dotar de efectividad al derecho de defensa, la información que debe proporcionarse va más allá de informar al interesado sobre la existencia del proceso y la simple mención al tipo delictivo. El imputado debe tener un conocimiento cabal, preciso y detallado de los hechos que se

le imputan y, lo que es más importante, salvo declaración de secreto, se le reconoce el **derecho a acceder a los elementos materiales del expediente**, es decir, a las fuentes en las que se funda la imputación. Esta información, además, tratándose del detenido resulta de especial transcendencia para permitirle impugnar de un modo efectivo la legalidad de la privación de libertad (art. 520.2 LECrim.).

Este derecho, que también ha sido objeto de un amplio desarrollo tras la reforma operada por la LO 13/2015 en los arts. 118 y 520 LECrim., incorporando la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, ha sido objeto de una importante decisión a propósito de la información que debe darse a la persona detenida, interpretando desde una óptica constitucional el alcance de su derecho a tener acceso a los elementos esenciales de las actuaciones. La STC 21/2018, llamada a convertirse en el *leading case* de los derechos informativos al detenido, establece que con carácter general los agentes policiales deben informarle por escrito, de forma inmediata y comprensible de sus derechos, de la identificación y calificación provisional de los hechos que se le atribuyen y la conexión de su conducta con el hecho investigado. Con todo detalle la sentencia deja bien sentado que «la información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante la detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no solo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que

la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica su detención». Y concluye: «La obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o vídeo, u otras similares), dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo art. 520.2.d) LECrim.».

Si la información que se proporciona al imputado (art. 118 LECrim.) o al detenido (art. 520 LECrim.) ha de ser comprensible [*en una lengua que comprenda*, según se exige en los arts. 5.2 y 6.3.a) del CEDH], no es difícil justificar el especial cuidado que los tribunales han de tener velando para que se cumpla esta exigencia cuando el imputado se encuentra afectado por una discapacidad cognitiva o mental. En tales casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos obliga a que se adopten garantías específicas para proteger a quienes no son completamente capaces de obrar por cuenta propia, pues no resulta admisible que quien no es considerado apto para defender sus intereses civiles y, por ello, se beneficia de una asistencia (representante legal o curador), no disponga igualmente de ella para defenderse de una acusación penal que se dirige en su contra (SSTEH de 30 de enero de 2001, *Vaudelle c. Francia*). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 77/2014, ha incorporado este estándar perfilando el **estatuto procesal del acusado vulnerable** y estableciendo la obligación de realizar las diligencias necesarias para despejar cualquier duda sobre la actuación procesal de las personas con discapacidad y asegurarse que

comprenden el contenido de la información que se les transmite (en el caso examinado el alcance de una citación para la celebración de un juicio que se celebró en rebeldía), de tal modo que, a falta de una regulación legal expresa, corresponde a las autoridades judicia-

les, con fundamento en el principio de igualdad (art. 9.2 CE), arbitrar las medidas necesarias para garantizar que la persona discapacitada no solo cuenta con una defensa efectiva, sino que también tiene la posibilidad de participar activamente en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

CARROCA PÉREZ, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, V., «El derecho de defensa», en *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADO, F., «El Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado», en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

JUAN SÁNCHEZ, R., «Las partes pasivas: El imputado y el acusado», en ORTELLS RAMOS, M. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Dir.), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, 2005.

LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada*, Universidad de Alicante, 2002.

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.

PICÓ I JUNOI, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARANTÍAS ANUDADAS AL PRINCIPIO ACUSATORIO

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

MAGISTRADO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La mayor dificultad que plantea el principio acusatorio consiste en delimitar de manera precisa su contenido, pues existe una tendencia muy extendida en la doctrina y en la jurisprudencia a identificarlo con el sistema o la forma acusatoria de enjuiciamiento. El Tribunal Constitucional, consciente de esta tendencia expansiva, de la que por otra parte él mismo participa, advierte sobre la conveniencia de no confundir ambos significados: «El principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, lo que da lugar a que nadie pueda ser condenado sin que exista previamente una acusación formulada en su contra. Este principio permite y garantiza el derecho de defensa del imputado, es decir, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Dicho planteamiento no puede llevar a confundir, sin embargo, el principio acusatorio con el sistema acusatorio, entendido este último como un modelo de proceso penal» (STC 32/1992).

Aun así, el Tribunal Constitucional no ha tenido inconveniente en identificar el principio acusatorio y el **modelo acusatorio de enjuiciamiento** que «impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas —acusador y acusado— resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una clara distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación propuesta y sostenida por persona distinta a la del juez, la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en

el proceso contradictorio» (SSTC 54/1985, 84/1985, 134/1986, 53/1987, 18/1989, 168/1990 y 83/1992).

Esto explica que buena parte de las dificultades que presenta delimitar el contenido del principio acusatorio provengan, precisamente, de la utilización indiferenciada de las expresiones «principio» o «sistema» para referirse a «lo acusatorio», lo que ha llevado a elaborar nociones tan amplias de este principio que prácticamente lo relacionan con todos los derechos procesales constitucionalizados en el art. 24 CE. Con ello, lo acusatorio se convierte en una especie de cajón de sastre en el que se incluyen todas las garantías que conforman la noción de proceso debido.

Un buen ejemplo de esta tendencia lo constituye, sin duda, la STC 174/2003, en la que se vincula el principio acusatorio con el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial: «La Constitución no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegidos en el art. 24 ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear. Así, este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de la indefensión (entre los pronunciamientos más recientes SSTC 75/2003, 20/2003 y 33/2003), con el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta del deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo (entre otras, SSTC

75/2003, 33/2003), así como con la garantía de imparcialidad de los jueces y tribunales, garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de funciones de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988), de una parte, y a la distribución de funciones de acusación y enjuiciamiento de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte (es decir, una posición parcial)».

Una concepción tan amplia, como la que se acaba de expresar, conduce a que se difuminen los contornos de este principio constitucional y su contenido corra el riesgo de quedar diluido en otros derechos fundamentales, todos ellos constitucionalizados con plena autonomía en el art. 24 CE. Por ello, es preferible una **concepción estricta de «lo acusatorio»**, cuyo núcleo de protección constitucional se concreta en la prohibición de que pueda existir condena sin acusación previa, la cual además ha de ser promovida por un sujeto u órgano distinto al encargado del enjuiciamiento. Este axioma se completa en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional con otros contenidos adicionales, exigiendo una determinada relación de congruencia (correlación) entre la acusación y la sentencia y prohibiendo la *reformatio in peius*, a todo lo cual se añade una última exigencia relativa a la separación de funciones investigadoras y de enjuiciamiento. Aunque, bien es verdad, esta delimitación de los contenidos derivados del principio acusatorio ni es unánime en la doctrina ni puede eludir la estrecha conexión existente entre la exigencia de correlación y el principio de contradicción; la prohibición de la *reformatio in peius* y la prohibición de indefensión; o la separación de funciones de instrucción y fallo y la garantía de imparcialidad judicial.

La primera y más esencial manifestación del principio acusatorio se expresa en el axioma **«nadie puede ser condenado sin una acu-**

sación previa». El principio de que «no puede haber condena sin acusación» ha sido establecido por una constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 54/1985, 57/1987, 225/1988, 18/1989, 125/1993, 225/1997, 178/2001, entre otras muchas). En ocasiones, como concreción del derecho a un proceso con todas las garantías: «la condena de una persona que no ha sido acusada es incompatible con un proceso con todas las garantías» (STC 104/1985); o, con una fórmula equivalente, vinculando este principio «a las garantías sustanciales del proceso penal», de las que formaría parte el principio acusatorio: «Tal como ha dicho este Tribunal en anteriores sentencias (por todas ellas, STC 53/1987) el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE. Requiere, en esencia, dicho principio que en el proceso penal exista una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación» (STC 18/1989).

En otros casos, el Tribunal Constitucional ha derivado esta prohibición del derecho a ser informado de la acusación, el cual presupone la existencia misma de una acusación y, consiguientemente, que solo pueda ser juzgado y condenado aquel que ha sido acusado (STC 47/1991). Y por último, es obvio, esta garantía también se relaciona con el derecho a no sufrir indefensión, pues solo si el acusado conoce la acusación contra él formulada podrá ejercitar contra ella la defensa contradictoria (STC 104/1985).

El hecho de que sea necesaria una acusación para que una persona pueda ser condenada ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer, como una consecuencia del principio acusatorio, la **vinculación** para el órgano judicial **con la petición absolutoria** (SSTC 168/1990, 83/1992, 319/1994): «Las sentencias impugnadas al condenar a la recurrente sin previa acusación han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva, a ser informados de la acusación y aun proceso con todas las garantías» (STC 319/1994).

La prohibición de que exista condena sin haber sido previamente acusado se completa con la exigencia de que la acusación sea formulada por un sujeto u órgano distinto al encargado de realizar el enjuiciamiento, es decir, se desdoblén ambas funciones procesales (de acusación y decisión) y sean conferidas a dos distintos sujetos procesales (SSTC 54/1985, 84/1985, 104/1986, 113/1992, 320/1993 y 60/1995). En concreto, la STC 104/1986 lo explica diciendo que «la **prohibición de que el juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador**, esto es, como parte y como juez, reserva la acusación a las partes del proceso y, en consecuencia, impide que nadie pueda ser condenado sin haber sido acusado».

La configuración del proceso penal como un proceso de partes (STC 53/1987), a su vez, conlleva que el derecho a conocer la acusación se convierta en la garantía más básica del derecho de defensa, pues solo si la acusación ha sido formulada correctamente y ha sido conocida por el acusado, este tendrá la posibilidad de defenderse de manera contradictoria. La vigencia del acusatorio y el principio de contradicción se encuentran, por tanto, estrechamente vinculados (SSTC 358/1993, 277/1994, 95/1995, 36/1996 y 181/1998), lo que explica que, según la doctrina constitucional, del principio acusatorio también resulte para el acusado el **derecho a ser informado de la acusación**, debiendo conocer los hechos que se le imputan para poder defenderse de los mismos. Como ha señalado la STC 17/1989, «conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan».

Desde la perspectiva de la información que ha de proporcionarse al imputado, hay que destacar que el contenido de la acusación es esencialmente fáctico y, por tanto, necesariamente ha de incluir el hecho punible que constituye el objeto del proceso (SSTC 12/1981, 105/1983 y 134/1986), es decir, la afirmación clara, pre-

cisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona y relevante jurídicamente. Además, puesto que ha de tratarse de un hecho jurídicamente relevante, el contenido de la acusación también se extiende a la calificación jurídica de los hechos, la cual, como a continuación se examinará, solo podrá ser variada por el tribunal respetando ciertas limitaciones.

Por otro lado, para permitir el correcto ejercicio de la defensa contradictoria, la acusación ha de ser explícita, sin que puedan admitirse las acusaciones implícitas (SSTC 163/1986, 168/1990, 17/1989, 47/1991 y 100/1992); y formularse tempestivamente, es decir, con tiempo suficiente para que el acusado pueda preparar su defensa, exigencia que conlleva la necesidad de evitar las «acusaciones sorpresivas» y, por tanto, la exigencia de que previamente a ser acusado, al sujeto pasivo del proceso habrá de habersele atribuido la condición de imputado (SSTC 48/1984, 135/1989, 186/1990 y 83/1992).

El principio acusatorio exige, en segundo lugar, que exista correlación, es decir, una cierta relación de **congruencia entre la acusación y la sentencia**, de tal modo que el tribunal solo puede pronunciarse sobre los hechos que hayan sido objeto de acusación previa y, por tanto, respecto de los que el acusado haya tenido ocasión de defenderse. Por ello, la sentencia no podrá condenar a persona distinta ni podrá hacerlo por un hecho diferente del que ha sido objeto de acusación, lo que conlleva tanto la necesaria correlación respecto de la persona acusada (correlación subjetiva) como respecto de los hechos objeto de acusación (correlación objetiva) y, en esta última vertiente, el principio acusatorio impone la vinculación con los hechos de la acusación, la calificación jurídica y la pena.

En la medida en que la persona acusada delimita subjetivamente el objeto del proceso, **la sentencia no puede condenar a persona distinta de la acusada**, pues de hacerlo se

vulnera el principio acusatorio, como ha tenido ocasión de establecer la STC 92/1997 a propósito de la imposición de la pena de comiso a la esposa del acusado, a pesar de que contra ella no se promovió la acción penal.

En cuanto a la **vinculación del juez con los hechos**, el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia de correlación no supone que el órgano judicial no pueda introducir modificaciones o alteraciones en el relato de hechos, siempre que la identidad esencial de los mismos resulte respetada: «en la medida en que los hechos considerados punibles imputados al acusado hayan permanecido invariables durante el proceso y constituyan el objeto del fallo, no puede sostenerse que se haya producido una alteración del hecho objeto de acusación y fallo» (STC 302/2000, 118/2001 y 174/2001). De forma aún más precisa, la STC 170/2002 declara irrelevante la introducción en los hechos probados de «elementos no esenciales» para el hecho punible: «puede constatarse una adecuada correlación entre la acusación y el fallo, no existiendo elementos de hecho de los que el acusado no haya podido defenderse en un debate contradictorio con la acusación, sin que la adición en los hechos probados de elementos no esenciales para el hecho punible haya producido una alteración esencial de los términos del debate». Y, en un sentido equivalente, la STC 32/2003 aclara que «ninguna vulneración se habrá producido si las modificaciones efectuadas [...] no son esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena. Las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de la infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales [...] En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos inesenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas, o entre estas y la declaración de hechos probados, no suponen ni la actuación parcial del órgano judicial, ni una condena

sin acusación ni, por ende, la vulneración del derecho de defensa».

Por el contrario, cuando el órgano judicial introduce «de oficio» una proposición fáctica no incluida por las acusaciones en sus calificaciones provisionales y definitivas («hecho nuevo»), de cuyo carácter esencial no pueda dudarse, el principio acusatorio se resiente y con él el derecho de defensa y la garantía de imparcialidad del órgano de enjuiciamiento. Así lo ha destacado la STC 33/2003, al decir: «le asiste la razón al recurrente al situar en el ámbito de las garantías conectadas al principio acusatorio las irregularidades, presuntamente cometidas por el órgano enjuiciador, que, según alega en su demanda, ponen de manifiesto su pérdida de imparcialidad, pues, ciertamente, una de las garantías sustanciales del proceso justo consiste en la imposibilidad de condenar sin acusación previa ejercida por órgano distinto a quien juzga». Y concluye: «Ciertamente, el órgano judicial que introduce elementos fácticos que determinan una nueva calificación, o simplemente dicha nueva calificación, y condena en base a ellos, puede vulnerar esta garantía al condenar sin acusación previa».

Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada en las SSTC 75/2003, 35/2004, 40/2004, 71/2005, 247/2005, 266/2006 y 73/2007. Destaca, en sus fundamentos, la conexión que el Tribunal Constitucional hace entre el deber de congruencia y derecho a un proceso con todas las garantías, «en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento, puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a la pérdida de su posición de

imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías» (SSTC 35/2004 y 247/2005).

Estrechamente relacionada con la vinculación del juez a los hechos aportados por las partes, se encuentra la posibilidad de introducir modificaciones en el **grado de participación** o la posibilidad de apreciar de oficio **circunstancias agravantes no alegadas** por la acusación.

Al menos en dos ocasiones el Tribunal Constitucional ha considerado irrelevante la variación en la determinación del vínculo entre el acusado y el «hecho constitutivo de la infracción», es decir, en la determinación del grado de participación, permitiendo la condena como inductor de quien había sido acusado como autor: «en nada se opone al principio acusatorio el que el órgano judicial, con aplicación del Derecho objetivo y a la vista de la prueba practicada condenara a uno de los recurrentes no como autor sino como inductor» (STC 36/1996, y en un sentido equivalente, ATC 195/1991). La cuestión, sin embargo, no es baladí, como ha tenido ocasión de establecer la STEDH de 25 de marzo de 1999 (*Pélissier y Sassi c. Francia*), entendiéndose que la acusación en concepto de autor no comprende la acusación por cómplice y, por ello, es contraria al art. 6 CEDH la condena por este nuevo título de imputación sin haber dado al acusado la oportunidad de defenderse de esta acusación.

En cuanto a la posibilidad de apreciar de oficio circunstancias agravantes no alegadas, desde la STC 205/1989 el Tribunal Constitucional ha sido tajante en exigir que el tribunal haga uso de la tesis de la desvinculación: «La anterior doctrina, fundada en los principios acusatorio y de contradicción y defensa y, en último término, en la prohibición de indefensión, obliga a establecer que, sin la tesis previa del art. 733 LECrim., el Tribunal sentenciador no puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de acusación». De forma equivalente se aplica

esta doctrina en relación con la apreciación de subtipos agravados (SSTC 55/1993 y 161/1994).

Más problemática resulta la posibilidad de introducir **modificaciones en la forma de culpabilidad**, transmutando el tipo doloso en una condena por delito imprudente. Aunque en la doctrina constitucional, como regla general, se parte en estos casos de la identidad en los hechos, la validez de la condena por una forma distinta de culpabilidad se encuentra condicionada a que en el caso concreto no se haya producido una situación material de indefensión, lo que en último término se traduce en trasladar al demandante la carga de justificar de qué modo su derecho a articular una defensa efectiva ha resultado perjudicado al apreciar en el acusado una intencionalidad diferente a la que fue objeto de acusación. En aplicación de esta doctrina, la STC 172/2016 rechazó la queja de un juez que en la instancia fue condenado por un delito de prevaricación culposa, cuando fue acusado de haber actuado dolosamente por haberse concertado con el abogado de una de las partes. Aunque el Tribunal Constitucional entendió que no puede considerarse que tal modificación en el título de imputación debilitara las posibilidades de defensa ni tampoco el demandante justificó de qué modo sufrió merma su derecho, tampoco debería haberse descartado que el tribunal formulara la tesis de desvinculación para garantizar el derecho de contradicción de las partes.

La exigencia de congruencia entre la decisión del tribunal y la acusación también se extiende a la **vinculación con la calificación jurídica**, la cual solo puede ser variada si se respetan determinadas limitaciones.

Desde la STC 12/1981, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que los hechos imputados por las acusaciones delimitan el objeto del proceso, al que se encuentra vinculado el órgano judicial en el momento de la decisión. La calificación jurídica de estos hechos incumbe al tribunal y, por ello,

puede ser alterada en virtud del principio *iura novit curia*. No obstante, para que la calificación de los hechos imputados pueda ser alterada, es preciso respetar ciertas garantías cuya finalidad es preservar el debate contradictorio. De acuerdo con ello, el cambio de calificación se supedita, distinguiendo las dos posibilidades siguientes: «Se puede condenar por delito distinto del apreciado en los escritos de calificación siempre que la condena sea por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en dichos escritos, cuando, sin variar los hechos objeto de la acusación, tengan los delitos considerados la misma naturaleza o sean homogéneos, aunque constituyan distintas, pero cercanas modalidades dentro de la tipicidad penal. Tratándose de delito de mayor gravedad, el tribunal no puede condenar por él sin pedir a las partes que le ilustren sobre esa posibilidad, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 733 LECrim.» (STC 12/1981).

En suma, el Tribunal Constitucional admite los cambios en la calificación jurídica de los hechos punibles sin necesidad de formular la tesis de desvinculación, siempre que el cambio de calificación no conlleve la agravación de la responsabilidad y se trate de tipos penales homogéneos, exigencia de homogeneidad que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional de forma muy variada: como equivalente a que los tipos tengan «la misma naturaleza» (STC 12/1981); con mayor rigor, como exigencia de que los elementos fácticos que configuran la conducta punible en cada uno de los tipos penales sea sustancialmente la misma y, consiguientemente, que el acusado haya podido defenderse «de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo señalado en la sentencia» (SSTC 105/1983 y 104/1986); y, por último, en la STC 131/1986, como «identidad de bien jurídico». Finalmente, la STC 95/1995 combina los tres criterios exigiendo que los tipos penales tengan la misma naturaleza, el elemento fáctico que los configura sea sustancialmente el mismo y entre ellos exista identidad de bien jurídico protegido.

No obstante, la doctrina constitucional más reciente prescinde de hacer referencia al bien jurídico como criterio identificador de la homogeneidad delictiva, para atender, exclusivamente, a la naturaleza de la infracción, en concreto a la exigencia de que el elemento nuclear del tipo, el que sirve de fundamento a la condena, esté comprendido en el tipo por el que se acusa. De acuerdo con ello, se afirma que «son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse» (STC 35/2004).

Más importancia tiene destacar que el Tribunal Constitucional no se reconoce competencia para establecer las relaciones de homogeneidad entre los tipos penales, pues el examen de constitucionalidad se circunscribe a realizar un «análisis externo relativo a la razonabilidad del juicio de homogeneidad realizado por los órganos judiciales» (STC 225/1997); o como se establece en la ya citada STC 35/2004: «La decisión acerca de la homogeneidad o heterogeneidad existente entre dos distintas infracciones penales no corresponde, sin embargo, a este Tribunal, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestra función a la verificación de un análisis externo acerca de la razonabilidad de la conclusión obtenida por aquellos a este respecto, en el marco constituido por el derecho fundamental de todo acusado a la defensa»; y, más recientemente, la STC 73/2007: «Por último, hemos de recordar que no forma parte de nuestra función jurisdiccional en sede de amparo interpretar los tipos penales, determinar sus elementos esenciales, o establecer las relaciones de homogeneidad entre ellos. Nuestra función se limita al análisis externo de la razonabilidad del juicio de homogeneidad realizado por los órganos judiciales, a partir de la configuración de los tipos penales llevada a cabo por

ellos y teniendo como perspectiva el mencionado derecho de defensa y, por ende, la inherencia del tipo por el que se condena al que formaba parte de la acusación, o una cercanía tal entre ambos que la acusación por uno de ellos integre implícitamente la acusación por el otro».

Por el contrario, cuando la modificación en la calificación jurídica supone una **agravación de la responsabilidad** del acusado, el Tribunal Constitucional exige que se formule la **tesis de desvinculación**, como condición inexcusable para que el órgano judicial pueda realizar el cambio de calificación: «el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre los cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el art. 733 LECrim. y, de no hacer uso de la facultad que le confiere este precepto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que respetando la identidad de los hechos se trate de tipos penales homogéneos» (STC 205/1989). Posteriormente, en la STC 70/1999, por vez primera, el Tribunal Constitucional supeditará el cambio de calificación no solo a que se formule la tesis, sino a que esta, además, sea asumida por la acusación.

Respecto de **la pena**, la jurisprudencia constitucional tradicionalmente había venido entendiendo que la vinculación que para el juzgador resulta del principio acusatorio no se extiende a la pena solicitada por la acusación y, por tanto, esta **podía ser alterada siempre que se respetase el marco de penalidad establecido legalmente**: «Queda, por tanto, así acotada la vinculación del juzgador por el principio acusatorio, tal como resulta de los mandatos constitucionales, a los hechos objeto del debate y a su calificación jurí-

dica, asimismo dentro de los términos del debate procesal. Pero esa vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la que corresponde al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, el juzgador remedie errores de la acusación (si esta ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión, o ha pedido penas inferiores a las realmente correspondientes) e imponga penas superiores a las solicitadas por el fiscal cuando ello no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso. Pues el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito, siempre que, como se dijo, la calificación como tal de unos hechos, y los hechos mismos hayan sido objeto del correspondiente debate» (STC 17/1988).

Con este razonamiento el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el órgano judicial pudiese imponer pena distinta e incluso superior a la solicitada por la acusación, sin que ello supiese contravenir el principio acusatorio, por ejemplo cuando se trataba de remediar errores de la acusación, imponiendo penas que no habían sido solicitadas, como la multa (STC 228/2002) o la inhabilitación (SSTC 174/2003 y 163/2004); o de un modo más general, siempre que ello no supiese alterar los hechos del proceso y se respetasen los límites legales establecidos para el tipo penal que resulten de la calificación jurídica debatida en el mismo, sin que para realizar este incremento de penalidad fuese necesario formular la tesis de desvinculación (STC 43/1997).

No obstante, en las dos últimas décadas esta doctrina tan permisiva ha sido objeto de una profunda revisión. En un primer momento, condicionando el incremento de la penalidad a

que el tribunal sentenciador lo justifique cumpliendo de este modo con el deber de motivación (art. 120.1 CE) en lo que concierne a la individualización de la pena. La omisión de esta exigencia, en último término fundada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y no, propiamente, en el principio acusatorio, dio lugar a que se otorgase el amparo en las SSTC 59/2000, 75/2000, 92/2000 y 122/2000. En todas ellas se había incrementado la penalidad, más allá de lo solicitado por la acusación, como consecuencia de la estimación de un recurso, aunque en todos estos casos el Tribunal Constitucional eludió pronunciarse sobre la violación del principio acusatorio.

Posteriormente, con la STC 155/2000, el Tribunal Constitucional ha dado un paso más al declarar incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) imponer una pena más grave que la solicitada por la acusación. El fundamento de esta limitación reside en la necesidad de «avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso».

La vigencia del principio acusatorio se completa, en tercer lugar, con la **prohibición de la *reformatio in peius***, situación que se

produce cuando la situación jurídica del recurrente resulta empeorada exclusivamente a consecuencia de su propio recurso.

De un modo general, el Tribunal Constitucional ha vinculado la relevancia constitucional de esta prohibición con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, con la exigencia de contradicción y con el derecho a un proceso con todas las garantías. En relación con este último, en concreto, ha relacionado la prohibición de *reformatio in peius* con el principio acusatorio que impide al juez de apelación modificar «de oficio» la sentencia de instancia agravando la pena impuesta al apelado, aunque lo haga para corregir errores evidentes en la aplicación de la ley (STC 153/1990).

Una aplicación particularmente rica de esta garantía la ha realizado el Tribunal Constitucional en el ámbito del juicio de faltas, el cual, como reiteradamente ha declarado, también se encuentra sujeto al principio acusatorio en ambas instancias procesales. Por ello, en el ámbito del recurso de apelación «el tribunal de alzada, de oficio, no puede agravar o empeorar la condición de los derechos del recurrente apoyándose en una pretensión de signo contrario y beneficiosa, que se transforma en peyorativa al resolverse *extra petitum*, imponiendo superiores sanciones o mayor número de penas o ampliando el contenido de las indemnizaciones, lo que solo podría aceptarse si concurrieran otras partes apelantes que sus peticiones permitieran efectuar una decisión de superior contenido contra el condenado apelante, pues aunque la apelación se considere como un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en ambas instancias no admitiendo las apreciaciones distintas que las superen con agravio indudable de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución» (STC 54/1985).

Y con idéntico alcance, también para el juicio de faltas, las SSTC 84/1985, 115/1986, 17/1989

y 19/1992, esta última incluso extendiendo la eficacia de la garantía al ámbito de la responsabilidad civil.

La prohibición de la reforma peyorativa, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que si el que impugna es solamente el condenado y la acusación no se opone a la estimación del recurso, la resolución haya de ser necesariamente estimatoria. Al contrario, en el ámbito de los recursos, el Tribunal Constitucional ha aclarado que tanto en el recurso de apelación (STC 283/1993) como en el de casación (STC 123/2005), el tribunal *ad quem* no se encuentra vinculado por la pretensión del recurrente condenado, cuando solo él impugna la sentencia y su recurso no ha sido impugnado por la contraparte, pues «el juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de desestimar el recurso si la sentencia, pese a lo alegado en la segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del juez a favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la sentencia, cuya revisión, repetimos, constituye el objeto de la única pretensión de la apelación» (STC 283/1993).

Idéntica solución ha sido la establecida por la STC 123/2005 en relación con el recurso de casación. El Tribunal Constitucional, también en este caso, subraya su configuración como un recurso de revisión estricta de la legalidad de la resolución impugnada, lo que conlleva que el objeto de decisión, es decir, «la cuestión que se suscita ante el órgano judicial *ad quem* no es ya directamente la totalidad de la delimitación fáctica y jurídica de los hechos imputados, sino la legalidad del modo en que se ha resuelto en la resolución impugnada la calificación jurídica del hecho. Dicho de otra manera, lo que se ventila en un recurso de estas características no es una pretensión puni-

tiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial [...] Ello implica que tanto el objeto de enjuiciamiento como, lógicamente, la posición del órgano judicial y de las partes procesales en ambas instancias sea muy diferente, propiciando, tal y como ya ha afirmado este Tribunal, de un lado, que no tengan que ser de aplicación de manera idéntica las exigencias del principio acusatorio y, especialmente, tanto que no resulta necesario en un recurso penal que responda al modelo estricto de revisión que las partes acusadoras reiteren y mantengan la pretensión punitiva como que no sea posible hacer una extrapolación directa de la exigencia del deber de congruencia entre la pretensión punitiva y el fallo en el recurso para concluir que en este el deber de congruencia debe ser predicado entre las correctas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo. De otro lado, consecuentemente con lo anterior, en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida».

En la última década, la prohibición de la *reformatio in peius* ha recobrado un renovado interés en diversas resoluciones en las que el Tribunal Constitucional pone el acento en la distinción entre la interdicción de la reforma peyorativa y el alcance del principio acusatorio en la segunda instancia, que no siendo totalmente coincidente con su proyección en la primera instancia encuentra su límite, precisamente, en el empeoramiento de la situación del recurrente con origen exclusivamente en su propio recurso. Lo relevante, tal y como deja bien sentado la más reciente doctrina constitucional, «no es si existe una *reformatio*, sino si es *in peius*, y ha especifica-

do que los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que se establece en el fallo condenatorio de la dictada por el juez *a quo*, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido condenatorio derivado del recurso» (SSTC 183/2005, 203/2007 y 223/2015).

Queda por mencionar que entre las manifestaciones que, comúnmente se considera, derivan del principio acusatorio también se encuentra, para nuestra jurisprudencia, la **separación de funciones investigadoras y enjuiciadoras** (SSTC 145/1988, 11/1989 y 320/1993), consagrando la exigencia de que el juez que instruye no debe fallar, garantía que se examina específicamente en el ámbito del derecho al juez imparcial.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., *Principio acusatorio y Derecho penal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

ASENCIO MELLADO, J. M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991.

CARAZO LIÉBANA, M. J., «Apuntes jurisprudenciales sobre el principio acusatorio y su aplicación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 14, 2014.

CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Thomson-Aranzadi, 2003.

— «Correlación de la sentencia con la acusación y la defensa», en ORTELLS RAMOS, M. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Dir.), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, 2005.

DÍAZ CABIALE, J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

GALDANA PÉREZ MORALES, M., *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*, Comares, Granada, 2002.

GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Thomson-Aranzadi, 2009.

MARTÍNEZ ARRIETA, A., «Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica», en *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

MONTERO AROCA, J., «El significado actual del llamado principio acusatorio», en GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ORTELLS RAMOS, M., «Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales», en *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.

- «Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica al cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia», en *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Comares, Granada, 1997.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SUAU MOREY, J., *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

VERGÉ GRAY, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.

EL DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA

Sumario: I. Introducción. II. Delimitación derivada del tenor literal de su reconocimiento constitucional. III. Delimitación derivada de su carácter de derecho procedimental de configuración legal.

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

I. INTRODUCCIÓN

El art. 24.2 CE dispone como una de las garantías procedimentales que «todos tienen derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa». Este derecho ha sido objeto de un profuso tratamiento por parte de la jurisprudencia constitucional, que, como formulación general, ha establecido que su **contenido esencial** «se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso» (entre las últimas, SSTC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4; o 130/2017, de 13 de noviembre, FJ 2). Por el contrario, quedan fuera de su contenido las cuestiones referidas a la valoración de esta actividad probatoria que ha sido ubicada en el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (así, SSTC 126/2013, de 3 de junio, FJ 3; o 9/2015, de 2 de febrero, FJ 4), o en la presunción de inocencia en el caso de condenas penales (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 3).

En todo caso, también se pone de manifiesto en la jurisprudencia constitucional que «el **alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones**: en primer lugar, el propio tenor literal del art. 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental» (SSTC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 2, o 109/2005, de 9 de mayo, FJ 3). Estas notas configuradoras del derecho a la prueba son las que van a ser objeto de análisis en los siguientes epígrafes. Sin embargo, puede adelantarse que es reiterado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que **las exigencias para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba** son «en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera po-

dido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos» (SSTC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 142/2012, de 2 de julio, FJ 6; o 133/2014, de 22 de julio, FJ 6).

II. DELIMITACIÓN DERIVADA DEL TENOR LITERAL DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El propio reconocimiento del derecho a la prueba en el art. 24.2 CE, limitándolo a aquellas que fueran pertinentes, fue la primera nota que destacó la jurisprudencia constitucional al establecer el alcance de este derecho fundamental. En el temprano ATC 96/1981, de 30 de septiembre, reiterado después en los AATC 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6, y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6, ya se señaló que **este derecho no implica que se acepten indiscriminadamente todas las pruebas que se propongan**, argumentando que «[l]a opinión contraria no solo iría contra el texto constitucional que se refiere a pruebas “pertinentes”, es decir, a las que vengan a propósito para resolver las cuestiones planteadas en el juicio, sino que conduciría a que a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad» (FJ 2), poniéndolo de ese modo en relación directa con el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE, tal como destaca la STC 17/1984, de 7 de febrero (FJ 4) y reitera en jurisprudencia más reciente la STC 82/2006, de 13 de marzo, FJ 2. A pesar de ello, en evitación de excesos restrictivos del derecho a la prueba, en la STC 51/1985, de 10 de abril, se recordó que la limitación derivada del concepto de pertinencia «no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela, pero de rango subordinado, como pueden ser la economía del proceso, la mayor celeridad de este o la eficacia en la

Administración de la Justicia. Es exclusivamente el juicio sobre la pertinencia lo que debe ser medido» (FJ 9). Del mismo modo, fueron diversos los pronunciamientos en aquellos inicios en que se hizo expreso que, en cuanto al régimen de admisión de la prueba y desde la perspectiva de este derecho, es preferible el exceso en la admisión a la postura restrictiva (así, SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8, o 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2).

Respecto del concepto «pertinencia», en la STC 51/1985, de 10 de abril, se sentaron dos ideas fundamentales sobre el particular: la primera referida al significado de pertinencia y la segunda a la delimitación de funciones entre la jurisdicción ordinaria y el control constitucional. Así, se afirma que **«la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas. Entendida la idea de pertinencia del modo que queda explicado —relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*—, surge de inmediato la cuestión de los elementos caracterizadores del juicio sobre la pertinencia. Se encuentran entre ellos, en una primera línea de dificultad menor, el que el objeto de la prueba han de ser hechos y no normas jurídicas o elementos de Derecho; el que ha de tratarse de hechos que hayan sido previamente alegados y que estén, por consiguiente, previamente aportados al proceso, y que no se trate de hechos exonerados de prueba como pueden estarlo los hechos establecidos en virtud de una presunción legal»** (FJ 9). Junto a ello, también se establece que **la inclusión del concepto de prueba pertinente en el art. 24.2 CE «no supone un desempoderamiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para**

pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el Tribunal Constitucional en los supuestos de falta total de fundamento o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto o cuando tal motivación haya sido arbitraria o irrazonable» (FJ 9). Estas ideas se han consolidado en la jurisprudencia constitucional más moderna (así, SSTC 113/2009, de 11 de mayo, FJ 4; 126/2011, de 18 de julio, FJ 13; o 133/2014, de 22 de julio, FJ 6).

La cuestión relativa a la vulneración del derecho a la prueba por la **inadmisión de pruebas en virtud de una motivación arbitraria o irrazonable** también ha sido objeto de atención por la jurisprudencia constitucional, especialmente en dos circunstancias. Por un lado, en supuestos en que, tras inadmitirse una prueba con fundamento en su supuesta irrelevancia, finalmente se desestima la pretensión por no haberse acreditado la cuestión que era objeto de la actividad probatoria denegada. La STC 292/2006, de 10 de octubre, resulta paradigmática cuando, con abundante cita de precedentes jurisprudenciales, resalta que **«los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si esta fue admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida»** (FJ 2). En el mismo sentido, más modernamente, reitera esa idea la STC 80/2011, de 6 de junio, FJ 9. Y, por otro lado, en supuestos en que la denegación de la prueba resulta tardía —normalmente en sentencia—, utilizándose argumentos a los que solo ha podido accederse con posterioridad a desarrollarse toda la actividad probatoria. Respecto de este grupo de supuestos, puede destacarse la STC 43/2003, de 3 de marzo, en la que se afirma «que el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno [...], ya que **la denegación tardía, aunque razonada, de**

la prueba se ha considerado que, prima facie, podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de “perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia— o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria” (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2)» (FJ 2). Esta conclusión se justifica argumentando que «el juicio sobre la pertinencia de una prueba es una valoración *a priori* o *ex ante* sobre la relación que media entre la prueba propuesta y los hechos que van a ser objeto de enjuiciamiento, para lo que deber ser tomada en cuenta exclusivamente la información que hasta ese momento tengan los Tribunales. Por el contrario, el juicio sobre la vulneración del derecho a la prueba, es una valoración *a posteriori* o *ex post*, pronuncida una vez que los hechos ya han sido declarados probados y tomando en cuenta la información obtenida en el juicio oral, para determinar la posible inexistencia de una indefensión constitucionalmente relevante, basado en la comprobación de que, tal como se ha desarrollado el proceso, el resultado de la prueba no habría podido influir en su resultado» (FJ 2). En el mismo sentido, con posterioridad, se han pronunciado las SSTC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 4; o 80/2011, de 6 de junio, FJ 9. Por otro lado, también se ha considerado, desde la perspectiva de esta exigencia, que **resulta irrazonable o arbitraria la denegación de una prueba idónea dirigida a atacar la declaración de un funcionario público cuando goza de la presunción de veracidad** (STC 161/2016, de 3 de octubre, FJ 4).

El tenor literal del reconocimiento constitucional del derecho a la prueba, esta vez referido a la inclusión del concepto «para su defensa», también se intentó utilizar en la primera jurisprudencia constitucional para limitar su ámbito de aplicación a quienes fueran acusados en los procesos penales. Así, en el ATC 164/1984, de 14 de marzo, ante la invo-

cación del derecho a la prueba por una acusación particular, se llegó a señalar que «por su propio tenor literal y por el contexto en el que se encuentra, solo puede entenderse referido a aquellas pruebas que, para su defensa, esto es, la defensa de sus derechos, pueda utilizar quien es objeto de una acusación. No cubre este derecho la facultad de utilizar todas las pruebas pertinentes aducidas por quien acusa o quien demanda. La negativa a practicar las pruebas propuestas por el acusador o demandante podrá dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), pero no del derecho mencionado por el recurrente» (FJ único). Pronto fue corregida dicha apreciación y en la STC 89/1985, de 19 de julio, se defendió que «[a]unque el tenor literal del precepto constitucional que acabamos de citar (Todos tienen derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa [...]) pudiera llevar a pensar que la Constitución solo otorga tal derecho a quienes han de hacer frente a una pretensión de otro e inclusive, por el contexto en que tal enunciado se halla, que solo es propio este derecho de quienes son objeto de una acción penal en su contra, el recto entendimiento de la norma ha de considerar que este derecho protege a todos cuantos acuden ante los Jueces y Tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, también a quienes, mediante la querrela, intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio» (FJ 2). De ese modo, también desde temprana jurisprudencia se estableció como estándar constitucional indubitado que **el derecho a la prueba se refiere no solo a cualquier procedimiento judicial y respecto de cualquier parte procesal, sino que, además, también resulta aplicable a los procedimientos sancionadores administrativos** (así, entre las primeras, STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; y, entre las últimas, STC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2).

En cualquier caso, hay que hacer mención a la **confusa jurisprudencia en relación con**

la denegación de medios de investigación instados por las acusaciones en los procesos penales. En algunos casos parece no haber reparo en incluirlos dentro del derecho a la prueba (SSTC 196/1988, de 24 de octubre, FJ 4, o 190/2006, de 19 de junio, FJ 5); sin embargo, en otros, quizá más acertadamente y habida cuenta de que los medios de investigación sumariales no son pruebas, se los encuadra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 6). Esta línea jurisprudencial es la seguida, por ejemplo, en relación con las impugnaciones por la insuficiente investigación durante la instrucción ante denuncias de tortura por existir todavía medidas de investigación a desarrollar para despejar dudas respecto de la realidad de lo denunciado (así, SSTC 130/2016, de 18 de julio, FJ 4; 144/2016, de 19 de septiembre, FJ 4; o 39/2017, de 24 de abril, FJ 4).

III. DELIMITACIÓN DERIVADA DE SU CARÁCTER DE DERECHO PROCEDIMENTAL DE CONFIGURACIÓN LEGAL

La naturaleza procedimental del derecho a la prueba sirvió desde un primer momento para exigir la concurrencia de indefensión material y que la frustración en la práctica de la prueba no fuera imputable a la negligencia o impericia de la parte. **La exigencia de indefensión material como requisito para apreciar la vulneración del derecho a la prueba** aparecía ya apuntada en la STC 116/1983, de 7 de diciembre, al señalarse que «podrá sustentarse un amparo en una denegación de prueba que haya provocado la indefensión» (FJ 3), añadiéndose que «podrá argüirse con algún fundamento que se produce indefensión cuando la no realización de la prueba por su relación con los hechos a los que anudar la condena o la absolución, u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del recurrente» (FJ 3). Esta idea fue reiterada en la STC 30/1986, de 20 de febrero, si bien poniendo

especial énfasis en que **es carga procesal del recurrente argumentar y acreditar la concurrencia de esa indefensión material**, al señalar que «[p]ara prestar consistencia a una queja motivada en el indebido rechazo de un medio de prueba será, pues, necesario que se argumente por el demandante de amparo la trascendencia que dicha inadmisión, por la relevancia misma de los hechos que así se quisieron probar, pudo tener en la Sentencia condenatoria, ya que solo en tal caso —comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo» (FJ 8). De ese modo, serían las SSTC 50/1988, de 22 de marzo, y 158/1989, de 5 de octubre, las que consolidaron tanto la exigencia de indefensión material a partir del carácter decisivo de la prueba como la existencia de una carga procesal del recurrente de argumentar dicho extremo. Así, en la última de estas sentencias se afirma que debe tenerse «en cuenta no solo el acto de denegación de prueba, sino también, y sobre todo, la indefensión que, como consecuencia de tal denegación, haya podido sufrir el interesado, debiendo recordarse a este propósito que no hay infracción del art. 24 de la Constitución cuando, aun existiendo irregularidad en la inadmisión o rechazo de la prueba, no se haya producido un menoscabo real y efectivo de los derechos de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas, bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos» (FJ 2). Por su parte, en relación con la carga procesal de argumentación, es de destacar la STC 1/1996, de 15 de enero, en la que se recuerda que «la tarea de verificar si la prueba es “decisiva en términos de defensa” y, por ende, constitucionalmente trascendente, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen *ex officio* de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, exige que el recurrente haya

alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo» (FJ 3), poniendo de manifiesto que esta exigencia se proyecta en un doble plano, de modo que el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y además, «argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia» (FJ 3). Estas ideas se han trasladado de manera consolidada a la jurisprudencia posterior (entre las últimas, SSTC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 4; o 130/2017, de 13 de noviembre, FJ 2).

La exigencia de que la práctica de las pruebas pretendidas no resulte frustrada por causas imputables al recurrente también resulta implícita a la idea de indefensión material, ya que, como se recordaba tempranamente en la STC 167/1988, de 27 de septiembre, «no cabe hablar de indefensión cuando la propia parte ha contribuido a ella» (FJ 2), de modo que para que quepa apreciar una indefensión con relevancia constitucional es necesario que «la práctica de la diligencia de prueba no se realizara por actos directamente imputables al órgano judicial» (FJ 2). A esos efectos, se ha reiterado que una vez admitida una prueba, pesa sobre los órganos judiciales una obligación respecto de su práctica «que no puede paliarse sin más, al modo de un remedo de compensación de culpas, por el simple hecho de que al fracaso o frustración de la prueba haya podido contribuir la mayor o menor diligencia de la parte interesada o del poder público obligado a su realización» (SSTC 35/2001, de 12 de febrero, FJ 6; o 244/2005, de 10 de octubre, FJ 6). Esta doctrina ha llevado, por ejemplo, a considerar que en los procesos contencioso-administrativos los órganos judiciales tienen un especial deber de aseguramiento en relación con el más correcto cumplimiento

de la ejecución de las pruebas cuya aportación dependen por entero de la Administración Pública demandada (así, SSTC 35/2001, de 12 de febrero, FJ 6; 247/2004, de 20 de diciembre, FJ 5, o 240/2007, de 10 de diciembre, FJ 2). Igualmente, se ha entendido que era imputable al órgano judicial un supuesto en que una testigo citada por el propio Tribunal, que compareció en juicio y permaneció en la antesala durante toda su celebración, no fue llamada finalmente a declarar (STC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 5); el no visionado completo de un DVD que fue admitido como prueba (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 5) o la necesidad de aportar los medios técnicos que permitan la audición y el visionado de una grabación de los hechos controvertidos (STC 130/2017, de 13 de noviembre, FJ 3). A una conclusión diferente se llegó en la STC 185/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, en relación con un testigo que no pudo ser identificado. Dentro de la exigencia de actuación diligente de la parte también cabe recordar la jurisprudencia sobre la incidencia en el derecho a la prueba de las denegaciones de suspensión en casos de incomparencia de testigos, conforme a la cual para la viabilidad de la reclamación constitucional es indispensable que consten en acta tanto la preceptiva protesta formal como los puntos que se pretendían aclarar con el interrogatorio (por todas, STC 142/2003, de 14 de julio, FJ 8).

El carácter de derecho fundamental de configuración legal ha propiciado que sea una garantía que debe desarrollarse en el marco legal establecido en el ordenamiento jurídico, lo que implica que se **haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento** (así, STC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 6). A ese respecto, ya en la STC 60/1988, de 8 de abril, se advirtió que si bien este derecho incluye «la práctica efectiva de la probanza admitida por el órgano judicial [...] con la misma claridad se ha de decir que tal garantía no existe para pretender la práctica de la prueba

al margen o en contra de las condiciones al efecto fijadas por el Tribunal» (FJ 2). Así, en la STC 1/1996, de 15 de enero, compilando resoluciones anteriores se afirmaba que, dada su naturaleza de derecho de configuración legal, en su delimitación coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad y su ejercicio acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, «de tal modo que es *conditio sine qua non* para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos» (FJ 2), resaltando que no podrá considerarse vulnerado este derecho «cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda» (FJ 2).

La proyección de este requisito ha tenido singular importancia en relación con el limitado régimen de admisión de la prueba en la segunda instancia. Así, por ejemplo, se ha señalado que en la **apelación civil** debe entenderse como ajustado a la Constitución «el carácter excepcional y limitado de las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia solo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la Sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, esto es, los llamados hechos nuevos; o cuando las pruebas propuestas en la primera instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien la pretende después» (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 2, o 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; en el mismo sentido, STC 73/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Ello no ha sido óbice para que se considerara como una interpretación excesivamente formalista contraria a la efectividad del de-

recho, la negativa a recibir la apelación a prueba con fundamento en que con dicha solicitud en el escrito de instrucción deben concretarse los medios de que intentaba valerse, argumentándose que no cabe «convertir los requisitos procesales en obstáculos que en sí mismos constituyan impedimentos para que la tutela judicial sea efectiva, sino que su exigencia responda a la verdadera finalidad de los mismos, esto es: la ordenación del proceso en garantía de los derechos de las partes» (SSTC 1/1992, de 13 de enero, FJ 4; o 122/1997, de 1 de julio, FJ 4). La STC 128/2017, de 13 de noviembre, también extendió estas consideraciones sobre el régimen de prueba en **la segunda instancia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo**.

Mayor complejidad ha planteado la regulación legal de la **apelación penal** en lo relativo a la admisión y práctica de prueba en los casos de impugnación de sentencias absolutorias, una vez consagrado por la jurisprudencia constitucional que cualquier eventual condena o agravación en la segunda instancia debe venir vinculada a la práctica de las pruebas personales, incluyendo la testifical del acusado, ante el órgano judicial de segunda instancia con el fin de garantizar la inmediación. En un principio, la STC 285/2005, de 7 de noviembre, FJ 3, calificó de rigorista la negativa a admitir la declaración del acusado fundamentada en que no estaba prevista legalmente. No obstante, ya en la STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3, se consideró debidamente motivada la denegación de prueba fundamentada en que no está prevista legalmente la reiteración de una prueba efectivamente practicada en la instancia. La aparente contradicción entre ambas resoluciones se pretendió salvar por la STC 48/2008 señalando que en el caso de la STC 285/2005 la negativa «se produjo respecto a pruebas no practicadas en la primera instancia y tras su admisión inicial en apelación ante la incomparecencia de los testigos citados en dicha fase y bajo la interpretación “rigorista” (FJ 3) de que el Ordenamiento no permitía, no las

pruebas nuevamente propuestas en apelación, sino la reiteración de la comparecencia del acusado, necesaria para la práctica garantista de estas» (FJ 3). Finalmente, la jurisprudencia constitucional no ha controvertido ni los supuestos en que se decide la práctica de prueba en la segunda instancia para garantizar la inmediación ni en los que se deniega con el argumento de su falta de previsión legal confirmando por ello las absoluciones (SSTC 16/2009, de 26 de enero, FJ 4; 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4; o 22/2013, de 31 de enero, FJ 3).

Por último, en el **procedimiento contra la proclamación de candidaturas y candidatos regulado en el art. 49 LOREG** se ha reiterado que las «notas de celeridad y perentoriedad, así como el principio de concentración de las fases de alegaciones y prueba que inspiran su regulación (art. 49.1 LOREG), y que se traducen en la inexistencia de una específica fase probatoria, determinan que el derecho a la prueba quede modulado por la necesidad de observar los plazos preclusivos y por las referidas características del mencionado proceso», concluyendo que «la especial naturaleza de este proceso implica que el mencionado derecho fundamental exija tan solo la eventual admisión de los elementos de prueba que puedan acompañarse con el escrito de alegaciones» (así, SSTC 68/2005, de 31 de marzo, FJ 6; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 3; o 44/2009, de 12 de febrero, FJ 6). No obstante, también ha sido muy reiterada la apelación, ante la aludida complejidad del supuesto previsto en el art. 44.4 LOREG, a «que “sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal” que aunara las garantías procesales del art. 24 CE con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba propias del referido proceso (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 9; 68/2005, de 31 de marzo, FJ 4; 110/2007, de 10 de mayo, FJ 3; y 44/2009, de 12 de febrero, FJ 6, por todas)» (STC 2/2011, de 5 de mayo, FJ 2).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUALDA, S., *La prueba en el proceso penal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Bosch, Barcelona, 2017.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 10, 2000, págs. 113 a 131.

CHAMORRO BERNAL, F., «Obligaciones de los jueces y tribunales en garantía del derecho constitucional a la prueba», en VV. AA., *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 319 a 339.

GESTO ALONSO, B., «El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional», *Revista General del Derecho*, núm. 619, 1996, págs. 3831 a 3853.

MEDINA GUERRERO, M., «El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa», en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Aranzadi, Pamplona 1998, págs. 433 a 459.

MORA MORA, L., «La prueba como derecho fundamental», en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, págs. 81 a 98.

PICÓ I JUNOY, J., «El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 2009, págs. 99 a 156.

SÁNCHEZ CARRIÓN, J., «La vertiente jurídico-constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español», *Revista de Derecho Público*, núm. 42, 1996, págs. 185 a 210.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «El deber judicial de investigación eficaz de las denuncias creíbles por tortura (Comentario a la STC 12/2013, de 28 de enero)», *La Ley Penal*, núm. 103, 2013, págs. 85 a 103.

URBANO CASTRILLO, E., «El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa», en *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 547 a 586.

EL DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

MAGISTRADO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El juicio público, la publicidad de la justicia, es un valor reconocido universalmente, uno de los rasgos que identifican el proceso penal característico del Estado liberal. Surge en oposición al secreto, que caracteriza la acción del Estado en el Antiguo Régimen, y en el ámbito de la justicia, muy especialmente, la publicidad se propugna como reacción frente al proceso inquisitivo, como garantía individual frente a la acción de una justicia sustraída al control del público. De este modo, la publicidad del proceso se convierte en un elemento nuclear de la noción de proceso debido, en un derecho que se reconoce al individuo sometido a juicio, a la vez que en instrumento de control del ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta doble finalidad a la que atiende el principio de publicidad procesal se corresponde con su regulación constitucional, pues al mismo se hace referencia tanto en la parte dogmática como en la orgánica de nuestra Constitución. Se refieren a él tanto el art. 120.1 CE («las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»), como el art. 24.2 CE [(«... todos tienen derecho (...) a un proceso público (...))], sin olvidar que el art. 20.1 CE, al consagrar el derecho a comunicar y recibir información, comprende en su ámbito de protección la difusión de información sobre los procesos judiciales.

La publicidad de la justicia, por tanto, es a la vez un **derecho fundamental** («la publicidad procesal está inmediatamente ligada a si-

tuaciones subjetivas de los ciudadanos que tienen la consideración de derechos fundamentales»; STC 13/1985) y una **garantía institucional del Poder Judicial** («la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia»; STC 96/1987). Sin embargo, concretar cuál es la diferencia entre la publicidad recogida en el art. 120.1 CE y en el art. 24.2 CE no resulta sencillo. Por lo pronto, solo la segunda, la mencionada en el art. 24.2 CE, específicamente referida al proceso penal, constituye un derecho fundamental y goza de la protección privilegiada que proporciona el amparo constitucional. El titular de este derecho es el ciudadano sometido a juicio, interesado en la publicidad del proceso como garantía de la independencia e imparcialidad de la administración de justicia.

Junto a esta dimensión subjetiva o individual de la publicidad, existe otra dimensión colectiva o social, que hace referencia al control por el público de las actuaciones del Poder Judicial. Su fundamento reside en las libertades de información y de opinión consagradas en el art. 20 CE, el cual se erige en el verdadero elemento de unión entre la opinión pública y la justicia. Por ello, si la protección que proporciona el art. 24.2 CE a través del derecho a un proceso público se refiere exclusivamente a las partes del proceso, para el público en general se fundamenta en el art. 20 CE a través del derecho a recibir información.

Esta doble dimensión de la publicidad procesal, individual y colectiva, ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, al concretar sus fines desde una doble perspectiva: como instrumento de protección de las partes frente a una justicia secreta sustraída al control público y como mecanismo para mantener la confianza de los ciudadanos en los tribunales de justicia (STC 96/1987). De acuerdo con ello, la publicidad del proceso constituye no solo una garantía de legitimidad constitucional de la administración de justicia vinculada a la noción del Estado de Derecho, sino también un derecho fundamental.

Concebido el derecho a un proceso público como una garantía que protege a las partes contra una justicia secreta que se sustrae al control del público, es obvio que a estos efectos el aspecto que debe ser considerado es el referido a la **publicidad externa**, es decir, la publicidad en la que interviene el público. Por contra, la **publicidad interna**, o para las partes, queda fuera del ámbito estricto de la publicidad procesal. Se identifica, más bien, con el derecho de defensa, con el carácter contradictorio del proceso y con el principio de igualdad de armas, pero en un sentido estricto queda extramuros de la protección que proporciona el derecho a un proceso público. El mismo Tribunal Constitucional ha asumido esta concepción restringida de la publicidad procesal, al residenciar en el derecho de defensa, y no en el derecho a un proceso público, las reclamaciones efectuadas con ocasión de la prórroga del secreto del sumario (STC 176/1988) o la declaración de testigos ocultos (STC 64/1994).

La publicidad externa, es decir, «el conjunto de medios que permiten al público, esto es, a un colectividad humana indeterminada y tan amplia como sea posible estar informada de la existencia de una instancia jurisdiccional y de su resultado» (AUBY), se hace efectiva no solo mediante la presencia material del público ante el tribunal (publicidad directa o inmediata), sino también indirectamente a través de las informaciones que los medios de comunicación transmiten a todas las personas inte-

resadas en conocer lo que sucede en el interior de las salas de justicia. Es en esta forma de **publicidad mediata** donde, precisamente, reside el fundamento de la vinculación entre las libertades informativas y la justicia, relación entre ambas realidades que tampoco es desconocida para el Tribunal Constitucional, el cual no ha dejado de reconocer que la publicidad procesal se encuentra inmediatamente ligada a posiciones subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: por un lado, el derecho a un proceso con todas las garantías y, como concreción del mismo, el derecho a un proceso público; por otro, el derecho a obtener libremente información, es decir, a acceder a las fuentes de la noticia, comunicar y recibir información y criticar la actuación del Poder Judicial (SSTC 30/1982 y 13/1985).

En el proceso penal, la publicidad y el secreto se manifiestan con desigual intensidad, pues si algunos actos procesales, las investigaciones fundamentalmente (arts. 301 y 302 LE-Crim.), han de mantenerse en secreto como garantía de su eficacia, otros, en cambio, como los debates del juicio oral (art. 680 LE-Crim.), han de ser públicos como requisito al que se condiciona su validez. Por tanto, en contraposición al juicio oral, la instrucción tiene un carácter reservado que se justifica por la necesidad de atender a múltiples intereses: el de la justicia en la más eficaz represión del delito; el respeto a la intimidad de quienes participan en el proceso, no solo los imputados, sino también los terceros (la propia víctima, por ejemplo); e incluso, el respeto a la presunción de inocencia del sospechoso. Por contra, el juicio es público y solo excepcionalmente se autoriza la celebración del mismo a puerta cerrada.

Desde la perspectiva externa, sin embargo, el alcance del **secreto sumarial** necesariamente tiene que ser limitado, pues, como ha establecido la STC 13/1985, en modo alguno puede suponer una prohibición absoluta de informar sobre los hechos *sub iudice*, sino únicamente la prohibición de difundir «reve-

laciones indebidas», es decir, hacer públicos los datos y las informaciones que han sido obtenidos ilegítimamente, quebrantando el secreto del sumario: «El secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen y no es otra cosa, por cierto, dice literalmente el párr. 1.º del art. 301 LECrim., esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de revelaciones indebidas (art. 301.2 LECrim.) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De este modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima materia reservada sobre los hechos mismos acerca de los cuales se investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre las actuaciones del órgano judicial que constituyen el sumario».

Por el contrario, en el juicio oral rige con carácter general el principio general de publicidad: los debates serán públicos bajo pena de nulidad, dispone el art. 680 LECrim., aunque el mismo precepto autoriza la celebración del **juicio a puerta cerrada** cuando lo exijan razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito; causas de exclusión de la publicidad que sustancialmente coinciden, todas ellas, con las previstas en el art. 6.1 CEDH, el cual se refiere a la tutela de los valores éticos, moralidad y buenas costumbres, a la protección de las personas que participan en el proceso y la tutela privada de las partes, a las exigencias de orden público o de seguridad en una socie-

dad democrática, y a las especiales circunstancias en que la publicidad puede resultar perjudicial para los intereses de la justicia.

El Tribunal Constitucional en varias ocasiones se ha ocupado, específicamente, de las **restricciones a la publicidad de las sesiones del juicio oral**: en relación con la decisión acordando celebrar el juicio a puerta cerrada; respecto de las restricciones de acceso del público a la sala de justicia por motivos de seguridad; a propósito de la celebración del juicio fuera de la sede del tribunal (en una prisión de máxima seguridad); e, incidentalmente, en el ámbito de algunos procesos especiales como el regulado en la Ley Penal del Menor.

En la STC 62/1982, que admite la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada por razones de moralidad o por el interés de la vida privada de las partes, el Tribunal Constitucional acepta como límites implícitos del derecho a un proceso público los previstos en el Derecho internacional, en el que se inserta la Constitución, y recuerda: «toda resolución que limite o restrinja un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado».

La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, basada en la existencia de temores fundados de amenazas o intentos de intimidación dirigidos al tribunal o a las partes, ha sido considerada en la STC 65/1992, en la que se recuerda el carácter limitado de este derecho, confirmando la validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en la legislación ordinaria. La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, añade el Tribunal Constitucional, tenía como finalidad, justamente, facilitar el correcto y ordenado desarrollo del mismo, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos.

En la STC 30/1986 se afirma que las medidas de seguridad, aunque restrinjan el acceso a la sala de determinadas personas, no desvirtúan

el carácter público del juicio: «Aun dando por cierto que dentro de todas las garantías del art. 24.2 haya que incluir el principio de publicidad del art. 120.1, también de la Constitución, tal inclusión habría de hacerse, teniendo en cuenta que en dicho precepto se permite que las leyes de procedimiento establezcan excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales y que esta es perfectamente compatible con medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debido a la capacidad de la sala o a exigencias de orden público».

En la STC 96/1987 se vincula el principio de publicidad procesal con la noción de Estado de Derecho y con la exigencia de imparcialidad del tribunal encargado del enjuiciamiento. El recurrente impugnaba la decisión del juzgado de instrucción de celebrar un juicio verbal de faltas en una prisión de máxima seguridad y el Tribunal Constitucional declara que el juicio celebrado en la misma prisión donde se cometieron por los funcionarios los malos tratos enjuiciados no respeta el derecho a un proceso con todas las garantías que se establecen en el art. 24.2 de la Constitución, ya que «las condiciones del juicio no son las más idóneas para garantizar la imparcialidad del tribunal que debe juzgar en la presencia de un público limitado y acaso predispuesto a favor de una de las partes». La imparcialidad del tribunal se convierte, así, en un elemento esencial para evaluar el carácter equitativo del proceso.

Y, por último, la publicidad de las audiencias se restringe en los procesos que se siguen para dilucidar la responsabilidad de los menores (STC 36/1991), como instrumento orientado a su protección.

Las audiencias públicas son, además, una valiosa fuente de información y, por ello, el acceso de los periodistas a las salas de justicia se tutela a través del derecho a recibir y comunicar información. Es preciso, pues, referirse a la **vinculación entre la publicidad de los juicios y la libertad de informa-**

ción, que el mismo Tribunal Constitucional expresamente ha reconocido («la publicidad procesal se encuentra inmediatamente ligada a posiciones subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: el derecho a un proceso público en el art. 24.2 CE y el derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE]» (SSTC 30/1982 y 13/1985), de tal modo que la garantía de publicidad procesal no puede entenderse plenamente satisfecha sin reconocer a los periodistas el derecho a acceder a las audiencias públicas.

Un derecho que la STC 30/1982 les ha reconocido preferentemente por su condición de «intermediarios naturales» ente la noticia y quienes no están en condiciones de conocerla directamente asistiendo a las sesiones del juicio oral: «El principio de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120.1 CE) implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información de su primera fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc. [...], están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos». Y concluye: «los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, no gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado».

Una cuestión diferente, y especialmente controvertida, se refiere al **acceso a las audien-**

cias públicas de los medios audiovisuales, puesto que, a diferencia de la prensa escrita, en este caso entran en conflicto múltiples derechos. En primer término, la colisión se produce entre intereses públicos, en concreto el derecho a informar que colisiona con la necesidad de preservar el carácter equitativo del proceso, el cual puede verse afectado por la influencia deformante de lo audiovisual; pero también entre intereses privados, los relacionados con la protección de los derechos de la personalidad del acusado o de la víctima, y los intereses públicos vinculados a la publicidad del proceso y a la transparencia de la justicia.

Todos estos supuestos de fricción han sido identificados en dos resoluciones trascendentales, las SSTC 56/2004 y 57/2004, en las que el Tribunal Constitucional rechaza que puedan imponerse a los medios audiovisuales prohibiciones generales de acceso a las audiencias públicas.

El Tribunal Constitucional, de acuerdo con su doctrina que se remonta a la STC 30/1982, parte de que la Constitución garantiza a los periodistas el derecho a acceder a las sesiones de los juicios públicos. Las audiencias judiciales son una fuente pública de información y, por ello, el acceso de la prensa está garantizado, no solo de la prensa escrita, sino también de los medios audiovisuales de comunicación: «Las audiencias públicas judiciales son, pues, una fuente pública de información y, por eso, conforme acaba de exponerse, ha declarado este Tribunal, con respecto a los profesionales de la prensa escrita, que forma parte del contenido de su derecho a comunicar información la obtención de la noticia en la vista pública en que esta se produce. La cuestión central que plantean los recurrentes es si cabe extender estas afirmaciones a los datos que se obtienen y difunden por medios técnicos de captación óptica y difusión visual. Pues bien, en principio, nada distinto de lo declarado para los periodistas que cumplen su función mediante el escrito hay que decir para las informaciones que se valen de otros

medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica a través de cámaras fotográficas o de radiodifusión visual. El art. 20.1.d) CE garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz “por cualquier medio de difusión”, sin distinción entre las diferentes modalidades de estos en lo que se refiere al contenido constitucionalmente garantizado del derecho. Por eso debe afirmarse que forma parte del contenido tanto la utilización de esos cauces técnicos para la obtención y difusión de la noticia en la fuente informativa de acceso general (y las audiencias públicas judiciales lo son), como la instalación, instrumentalmente necesaria, de los aparatos técnicos precisos donde la noticia se produce. En esta línea ha de destacarse que la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre».

Ahora bien, lo que no se puede ignorar es que la situación no es la misma según se trate del acceso de los profesionales de la prensa escrita o de los medios audiovisuales, pues en este último caso la captación y difusión de la imagen afecta más intensamente a otros intereses, que también se encuentran protegidos por la Constitución: «Es evidente, no obstante, que la utilización de esos medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes constitucionalmente protegidos relativos a intereses colectivos, con los que el derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto, que deberá resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y ponderación. En primera línea se sitúa, en este contexto, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) de quienes, de una u otra forma, intervienen en los procesos, que, sin duda, no tienen por qué ser personajes de relevancia pública. También los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar (garantizados por el mismo art. 18.1 CE) pueden verse comprometidos por la toma y difusión de imágenes de quienes actúan en audiencias públicas judiciales de forma más gra-

ve que por la información que se produce a través del reportaje escrito o de la grabación sonora. E, incluso, en determinadas circunstancias extremas el derecho a la vida y a la integridad moral (art. 15 CE)».

Además, el Tribunal Constitucional es consciente del efecto intimidante que sobre los procesados o los testigos pueden tener la presencia de las cámaras de televisión y el uso deliberadamente sesgado que puede hacerse de ellas, lo que redunda en un riesgo para el carácter equitativo del proceso: «Y, por otra parte, no está excluido que la captación de imágenes en el proceso pueda producir una viva impresión en los que intervienen en el mismo. La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede, sin duda, suscitar efectos intimidatorios, por ejemplo sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores y los testigos, lo que podría ser suficiente para excluir la presencia de aquellas (STC 65/1992). Por otra parte, en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado “juicios paralelos”, frente a los que “la Constitución brinda un cierto grado de protección [...] en la medida que pueden interferir el curso del proceso” (ATC 195/1991). Y la simple instalación de los normalmente complejos medios técnicos necesarios para captar y difundir estos mensajes podrá por sus exigencias de tiempo y espacio, en determinados supuestos, perjudicar el ordenado desarrollo del proceso indispensable para una correcta administración de justicia».

Por ello, las sentencias examinadas concluyen señalando, con fundamento en el principio de proporcionalidad, que ante estos riesgos es posible adoptar «medidas intermedias» **entre la audiencia pública y la celebración del juicio a puerta cerrada**, mencionando expresamente la posibilidad de excluir la entrada de determinados medios de captación o difusión de información, como las cámaras fotográficas, de vídeo y televisión. Pero, lo

que resulta inadmisibles es que el juicio de proporcionalidad, que necesariamente tendrá que realizarse caso por caso, se suplante por una prohibición general de acceso, de alcance estrictamente gubernativo y no legal: «Este régimen de prohibición general con reserva de autorización es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información actualmente vigente, que establece [...] precisamente una habilitación general con reserva de prohibición. A la ley está reservada la regulación de las excepciones a la publicidad del proceso (SSTC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2.º; y 65/1992, de 9 de abril, FJ 2.º) que son, al mismo tiempo, para las actuaciones que se pueden celebrar en régimen de audiencia pública, límites de la libertad de información (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6.º). Mientras que el legislador, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación, no limite con carácter general esta forma de ejercicio de la libertad de información, su prohibición o limitación en cada caso forman parte de la competencia que la LOPJ y las distintas leyes procesales atribuyen a los jueces y tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad de los juicios, competencia esta que ha de ser también ejercida conforme al principio de proporcionalidad».

De acuerdo con ello, el propio Tribunal Constitucional autoriza a que la autoridad judicial, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, establezca las condiciones de captación de las imágenes, por ejemplo, admitiendo la utilización de cámaras fotográficas o de televisión únicamente antes, después o en las pausas del juicio oral, imponiendo la solución del *pool* de medios con obligación de ceder la señal a cuantos estén interesados en difundirla, exigiendo el tratamiento de las imágenes obtenidas para salvaguardar la imagen y la identidad de quienes comparecen ante el Tribunal, etc.

En resumen, no se trata de abrir las salas de justicia al espectáculo mediático y a la curio-

sidad morbosa de la opinión pública, sino de sentar un principio general favorable al derecho a comunicar información, sin que por ello el derecho a obtener la tutela judicial efectiva resulte menoscabado. La vía elegida por las SSTC 56/2004 y 57/2004 ha sido reconocer que a los medios audiovisuales no se les puede imponer una prohibición absoluta de acceder a las audiencias procesales, aunque tampoco existe un derecho a hacerlo indiscriminadamente. En realidad, es el juez quien deberá realizar caso por caso un juicio de proporcionalidad ponderando los diferentes intereses en juego, considerando todos los factores relevantes, entre los que cabe mencionar, sin pretensión alguna de exhaustividad, la naturaleza del asunto, el carácter de la infracción, la posible influencia de una publicidad desmedida en una recta e imparcial administración de justicia, el riesgo para los derechos de las partes y para los testigos, así como la posible existencia de otras limitaciones legales.

En último término, realizar un riguroso juicio de proporcionalidad resulta imprescindible para evitar que una publicidad desmedida pueda comprometer la validez del proceso. Los llamados «juicios paralelos» constituyen un riesgo para los derechos del acusado y para otros valores esenciales del Estado de Derecho, como la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Con claridad meridiana se ha referido a ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtiendo que «si el público se habitúa al espectáculo de un pseudo-proceso en los medios de comunicación, pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos» (STEDH de 26 de abril de 1979, *Sunday Times c. Reino Unido*).

Por tanto, la cuestión nuclear reside en preservar la confianza de la comunidad en la actuación de los órganos judiciales, valor esencial de la democracia que, sin duda, se ve mermado por los juicios que se realizan en la

prensa, alentando la idea de que existe otra verdad, que no es de los jueces ni de los juristas, y puede ser alcanzada prescindiendo de las reglas del proceso. Además, puesto que los «juicios paralelos» se materializan a través de campañas de prensa muy virulentas, con las que se intenta influir abiertamente en el resultado del proceso, con ello no solo se ve afectado el respeto a una buena administración de justicia, sino también la independencia e imparcialidad judicial y, por extensión, el derecho del acusado a que su caso sea examinado por un tribunal independiente e imparcial.

De todos estos riesgos es consciente el Tribunal Constitucional, que en la STC 136/1999 aclara: «un “juicio paralelo” puede revestir una intensidad y persistencia tales que propicie un clamor social a favor de la condena o de la absolución de los encausados, y ponga en entredicho la necesaria serenidad del tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores, con el consiguiente riesgo, en sí mismo inadmisibles, de que las partes puedan ver menoscabado su derecho a un juicio justo».

Por tanto, frente a los «juicios paralelos» una cierta protección es necesaria y, de acuerdo con ello, la misma sentencia admite, haciéndose eco de la STEDH 29 de agosto de 1997 (*Worm c. Austria*), que «cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones a la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en unos términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una sentencia condenatoria».

Ahora bien, lo que en todo caso debe quedar claro es que la protección no puede realizarse sin matices, imponiendo una restricción absoluta a la información sobre los hechos sometidos al conocimiento de los tribunales.

Como establece el Tribunal Constitucional, «la protección que la Constitución dispensa frente a los “juicios paralelos” se encuentra contrapesada, externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 CE; internamente, encuentra límites dentro del propio art. 24 CE, porque la publicidad no solo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5 del art. 24.2 CE). De ahí que si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH), ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los tribunales» (STC 136/1999).

Worm constituye el punto de inflexión en las relaciones entre la justicia y los medios de comunicación. Si hasta ese momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había mostrado sumamente restrictivo a la hora de admitir excepciones a la libertad de informar sobre los procesos judiciales, a partir de ese momento los periodistas están obligados a ser especialmente cuidadosos, pues han de «asegurarse que no sobrepasan los límites impuestos por una correcta administración de justicia y de que respetan el derecho del acusado a ser presumido inocente» (STEDH de 3 de octubre de 2000, *Du Roy y Maleurie c. Francia*).

Se abre así un doble frente a la actividad de los periodistas que encuentra fundamento, por una parte, en el respeto a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, como límite a la libertad de crítica (STEDH de 6 de mayo de 2000, *Perna c. Italia*, que se hace eco de la doctrina sentada por la STEDH de 22 de febrero de 1989, *Barford c. Dinamarca*); por otra, en la reputación de los acusados y su presunción de inocencia (STEDH de 10 de febrero de 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*, y por lo que se refiere a España, la STEDH de 18 de junio de 2011, *Lizaso Azconobieta c. España*).

Centrándonos en este segundo aspecto de las restricciones impuestas a los periodistas, que en nuestra doctrina se identifica con lo que se ha dado en llamar la **dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia** (SSTC 109/1986, 219/1992 y 166/1995), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una copiosa jurisprudencia que se inicia con *Allenet de Ribemont*, aunque cuenta con valiosos precedentes en la jurisprudencia de la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos (Req. núm. 1476/62, c. Austria, Dec. 23 de julio de 1963; Req. núm. 344/67 c. Noruega, Dec. 16 de julio de 1970; y Reqs. núms. 7572, 7586 y 7587/76 c. Alemania, Dec. 8 de julio de 1978), ha establecido que son incompatibles con el derecho a la presunción de inocencia los pronunciamientos anticipados de culpabilidad realizados al margen del proceso por cualquier autoridad pública. En cambio, para nuestro Tribunal Constitucional el anclaje constitucional de estas situaciones se reconduce al conflicto entre el derecho al honor (art. 18.1 CE) y las libertades informativas reconocidas en el art. 20 CE, es decir, el derecho a comunicar libremente información.

Con una técnica más depurada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue según que la vulneración provenga de una autoridad pública, en cuyo caso el derecho que entra en juego es la presunción de inocencia (art. 6.2 CED), o sea imputable a un medio en comunicación que, sin reservas ni cautelas, presenta ante la opinión pública a una persona como culpable de haber cometido un delito y, sin embargo, posteriormente resulta absuelta. En este segundo caso, el derecho involucrado es la reputación de la vida privada (art. 8 CEDH), que se entiende vulnerado cuando el ataque sea lo suficientemente grave para ocasionar un perjuicio en el disfrute a la vida personal, capaz de entrañar la responsabilidad del Estado que está vinculado por la obligación positiva de salvaguardar el respeto a la vida privada (STEDH de 9 de abril de 2009, *A. c. Noruega*).

De este modo en el sistema de la Convención europea de derechos humanos la *vis expansi-*

va de la presunción de inocencia queda limitada y reconducida a los supuestos en los que la lesión es directamente imputable a las autoridades públicas, pues cuando solo lo es indirectamente, por no haber reaccionado adecuadamente frente al ataque que se produce en los medios, el derecho afectado es, como también sucede en nuestro Derecho interno, el honor o la vida privada (arts. 18.1 CE y 8 CEDH), lo que en cierto modo atenúa la diferencia y confirma la convergencia entre ambos sistemas, el nacional y el europeo. Aun así, no cabe desconocer las importantes consecuencias que resultan de situar en uno u otro derecho el examen de estos supuestos conflictivos, pues mientras que desde la perspectiva de la presunción de inocencia, para entender que se ha vulnerado el derecho, basta con comprobar que una autoridad pública ha afirmado la culpabilidad de un sujeto que todavía no ha sido condenado, desde la óptica de la ponderación entre el derecho al honor y la tutela de las libertades informativas el enfoque difiere, al entrar en consideración otros criterios valorativos, como la relevancia de la información y la exigencia de veracidad, que van más allá de la constatación formal y objetiva de que se ha producido una declaración anticipada de culpabilidad.

Esta diferente perspectiva es lo que explica el desencuentro entre la STC 244/2007 y la respuesta dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lizaso Azconobieta*,

pues mientras para el Tribunal Constitucional lo relevante es que la información proporcionada por el Gobernador Civil de Guipúzcoa es de interés general y veraz, en cuanto identificaba al recurrente como persona detenida por pertenencia a un comando de la organización terrorista, sin que ello hubiese que verlo como la expresión de un juicio de culpabilidad, sino como la explicación de la causa de la detención, para el Tribunal Europeo lo relevante es que una autoridad estatal identificó por su nombre «sin matices ni reservas» al Sr. Lizaso, como miembro de un comando terrorista y en un momento tan inicial que prejuzgaba la ulterior valoración judicial. Así señala la sentencia: «En conjunto, las declaraciones del Gobernador Civil, en tanto que reflejaban una valoración previa de los cargos que podían imputarse al demandante y lo identificaban ante la prensa, no se concilian con el cumplimiento del principio de presunción de inocencia. La rueda de prensa, de una parte, incitó al público a creer en la culpabilidad del demandante, y, de otra, prejuzgó la valoración de los hechos por los jueces competentes».

Y es que los «juicios paralelos» no solo ponen en entredicho la confianza de los ciudadanos en su sistema judicial, sino que en los casos más graves o cuando son alentados por las autoridades públicas acaban convirtiendo en ilusorio el derecho a un juicio justo y la imparcialidad judicial.

BIBLIOGRAFÍA

AZURMENDI ADARRAGA, A., «Derecho a la información y administración de justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. M., *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DEL MORAL, A. y SANTOS VIJANDE, J. M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Lizaso Azoconobieta c. España (STEDH de 28 de junio de 2011): Dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCÁCER GUIRAO, R., BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2013.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Justicia penal y medios de comunicación», en *Problemas actuales de la justicia penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

LÓPEZ ORTEGA, J. J., «La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia», *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII.

— «Información y justicia», en *Justicia y medios de comunicación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

PRAT WESTERLINDH C., *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RODRÍGUEZ, A., *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VALLDECABRES ORTIZ, I., *Imparcialidad judicial y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VARELA CASTRO, L., «Proceso penal y publicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990.

VERGER GRAU, J., «Derecho a un proceso público», en *Derechos fundamentales procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

MAGISTRADO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El art. 24.2 CE reconoce a todos el derecho «a no declarar contra sí mismos» y «a no confesarse culpables». Son dos derechos íntimamente relacionados, pues el segundo («a no confesarse culpable») no es más que una especificación del primero («a no declarar contra sí») y ambos constituyen garantías instrumentales del derecho de defensa que se sitúan en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y se vinculan con la protección de la presunción de inocencia. Como ha recordado el Tribunal Constitucional, «la CE sí menciona específicamente los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, estrechamente relacionados con el derecho de defensa y con el derecho a la presunción de inocencia de los que constituyen una manifestación concreta» (STC 161/1997).

Ambos enunciados, «no declarar contra sí mismo» y «no confesarse culpable», tienen un denominador común. Se garantiza al imputado, o más en general a todo aquel contra quien se dirige el procedimiento sancionador (penal o administrativo), el derecho a no realizar declaraciones que le perjudiquen, es decir, a decidir por sí mismo la forma y el modo en que sus declaraciones pueden convertirse en prueba, en el correcto entendimiento de que en el proceso penal no pueden imponerse al sujeto pasivo deberes de colaboración en el descubrimiento de la verdad.

Ciertamente, no se puede olvidar que en el proceso penal siempre se trata de la imputación de un hecho, un comportamiento propio

del imputado, acerca del cual nadie mejor que él conoce si la afirmación en que consiste es cierta o incierta; a pesar de ello, no es posible obligarle a proporcionar información sobre lo que conoce, sino que dependemos de su voluntad expresada libremente y sin coacción. Este es el verdadero significado del **derecho a no autoincriminarse**, del que resultan varias consecuencias: la facultad del imputado de abstenerse de declarar, la voluntariedad de su declaración y la libertad de decidir durante su declaración, la cual no puede ser coartada por cualquier medio ilegítimo.

Por ello, el Tribunal Constitucional no ha dudado en establecer, en una doctrina constante y reiterada, que se vulnera este derecho fundamental cuando se obliga al investigado a realizar una declaración admitiendo su culpabilidad, pues forma parte del contenido esencial del derecho la prohibición de realizar cualquier tipo de inducción o compulsión a declarar contra uno mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/1983, 127/1992, 170/1990, 197/1995 y 161/1997).

La **voluntariedad de la declaración** se convierte así en un requisito de validez de la confesión, incompatible con la obtención mediante engaño (ATC 812/1985) o la realizada bajo cualquier forma de constricción o compulsión directa, como la tortura, que la convierte en radicalmente nula (STC 7/2004). En suma, el derecho a no declarar contra sí y a no confesarse culpable se traduce en la prohibición de la compulsión a declarar contra uno

mismo, pues en ello reside la esencia del privilegio contra la autoincriminación.

Ahora bien, al delimitar su contenido, hay que advertir que, para el Tribunal Constitucional, las expresiones «declarar» o «confesarse culpable» no son equiparables a cualquier tipo de diligencia investigadora para cuya realización sea imprescindible la colaboración del sujeto investigado. Al contrario, la eficacia de la garantía constitucional se limita a aquellas actividades de investigación que consisten en «prestar declaración», es decir, únicamente en emitir una declaración de conocimiento sobre unos hechos determinados.

De acuerdo con ello, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de imponer ciertos **deberes de colaboración** al investigado en los tres casos siguientes:

a) El deber de someterse a la realización de la prueba de alcoholemia y por extensión, en la actualidad, la obligación de prestar una muestra corporal para extraer el perfil de ADN, puesto que «no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE» (STC 103/1985, reiterado en las SSTC 107/1985, 145/1987, 22/1988, 76/1990, 161/1997 y 234/1997).

b) El deber de colaboración que se impone al obligado tributario de proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible, ya que para el Tribunal Constitucional la exhibición de tales documentos tampoco equivale a realizar una declaración ni el contribuyente está haciendo una manifestación de voluntad admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990).

c) El deber del propietario de identificar al conductor responsable de la infracción come-

tida con su vehículo, pues, según el Tribunal Constitucional, ni tan siquiera en los casos en que ambos sean la misma persona resulta vulnerado el derecho a no declarar contra uno mismo, ya que al titular del vehículo «no se le impone el deber ni de efectuar declaración alguna sobre la infracción ni de autoinculparse de la misma, sino únicamente de comunicar la identidad de quien realizaba la conducción» (STC 197/1995).

Especialmente controvertida continúa siendo la obligación de colaboración que se impone al administrador en los **procedimientos de comprobación tributaria**, pues no se puede ignorar que de la información facilitada puede derivarse la imposición de una sanción con fundamento exclusivamente en la información proporcionada por el propio sujeto inspeccionado, a requerimiento de la Administración tributaria y conminado por la amenaza de una sanción. Tales prácticas, que la STEDH de 17 de diciembre de 1996 (caso *Saunders c. Reino Unido*) ha declarado contrarias al art. 6.1 CEDH, no han dejado de constituir un serio motivo de preocupación y crítica para nuestra doctrina, que no duda en cuestionar su compatibilidad con las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24.2 CE (por todos, AGUADO AVILÉS, para quien la solución debe ser diferente según se trate de la constitucionalidad en abstracto de la obligación genérica de facilitar información, supuesto al que debe circunscribirse la doctrina contenida en la STC 76/1990, o se cuestione su materialización mediante la imposición de una medida punitiva).

El mismo Tribunal Constitucional, consciente de la dificultad de conciliar tales deberes de colaboración con el derecho constitucional a no autoincriminarse, en su jurisprudencia más reciente, **SSTC 18/2005 y 68/2006**, aunque se hace eco de la doctrina del TEDH, ni extrae sus consecuencias en relación con el alcance del derecho y su operatividad en el ámbito de las infracciones y delitos tributarios. Con una argumentación que peca de un formalismo excesivo, deniega el amparo basándose en que el

destinatario de las medidas coercitivas, es decir, el obligado a facilitar la información y quien finalmente resultó sancionado no son la misma persona (el procedimiento de comprobación se dirigió contra la entidad mercantil de la que el recurrente era administrador). A pesar de ello, cabe pensar, *mutatis mutandis*, que la pretensión de amparo tenía un sólido fundamento y no se habría rechazado de haberse dado tal identidad subjetiva.

Garantizar la eficacia del derecho a no autoincriminarse requiere que el imputado, tan pronto el procedimiento se dirija contra él, sea **informado de sus derechos**, en concreto a no prestar declaración en contra de sí mismo y a no confesar la culpabilidad, de tal modo que puede afirmarse que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental el ser informado del mismo y, consiguientemente, resultará vulnerado si antes de cada interrogatorio no es informado de sus derechos. La información de los derechos que se reconocen al investigado, junto con la asistencia letrada al detenido en el momento de prestar declaración se erigen de este modo en garantías instrumentales del derecho a no declarar contra sí, que condicionan la validez de la declaración obtenida en un contexto investigador, pues, como establece la STC 86/1995, refiriéndose a la confesión, su validez «no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención».

De acuerdo con ello, el art. 520.2 LECrim. impone al órgano encargado de la persecución penal la obligación de advertir al imputado (detenido o preso), antes de practicar cualquier diligencia encaminada a recibirle declaración, de sus derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí y a no confesarse culpable. Bien entendido que una correcta comprensión de estos derechos obliga a informar al imputado de la posibilidad de ejercitar cada uno de ellos, pues su significado es diferente y, por ello, no deben confundirse, aunque todos ellos forman parte del más gené-

co derecho a no contribuir a la propia incriminación. Esta circunstancia, sin embargo, fue la que en último término posibilitó que el Tribunal Constitucional, en la **STC 127/2000**, considerase suficientemente cumplido el deber de advertir al imputado de su derecho al silencio, a pesar de que la instrucción de derechos no se ajustó al tenor literal de la norma legal, entendiendo cumplida la obligación de informar con la siguiente expresión utilizada por el juez instructor: «tiene derecho a no contestar a la preguntas que no desee, tiene derecho a no contestar nada si no quiere, y que por supuesto puede decir cuanto quiera en relación a estos hechos». Razona la sentencia, en un supuesto de declaración prestada por un detenido en situación de incomunicación (art. 527 LECrim.), que el hecho de que no se tratara de un interrogatorio policial, como en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 1966), que expresamente se cita, sino de una «declaración prestada ante el juez de instrucción en presencia de letrado y se grabara en cinta magnetofónica, así como la ausencia de coerción en la misma, convierten en inocuas las insuficiencias formales de los términos utilizados al informar al declarante de sus derechos a guardar silencio, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable».

Todos estos derechos, a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí, son expresión del más genérico derecho a no autoincriminarse y, por ello, participan de un mismo fundamento: la intangibilidad del acusado como reacción frente a un sistema (inquisitivo) que alzaprima el valor probatorio de la confesión, poniendo en manos del juez los instrumentos necesarios (coactivos) para obtenerla. Para el Tribunal Constitucional, el **fundamento político de esta garantía** y su conexión con el modelo acusatorio de enjuiciamiento tampoco ha pasado inadvertido: «Mientras que en este [el proceso penal inquisitivo], regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado objeto del

proceso penal, buscándose con su declaración, incluso con el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o medio idóneo de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo relativo al contenido de sus manifestaciones». Y continúa: «los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente por la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o confesarse culpable» (STC 197/1995).

Resulta, pues, evidente la relación entre estos derechos y el modelo acusatorio de enjuiciamiento, en el que rigen, como valores esenciales, la defensa y el respeto a la presunción de inocencia. En cuanto a este último, en concreto, si uno de los corolarios que resultan del derecho a ser presumido inocente consiste en que la carga de la prueba corresponde a la acusación, fácilmente se puede colegir que el acusado nada tiene que probar, menos aún su inocencia y, por ello, puede ejercer su defensa tanto activamente, realizando las declaraciones que le interesen, como pasivamente, absteniéndose de cualquier declaración y manteniéndose en silencio.

Así pues, íntimamente relacionado con el derecho a no autoincriminarse, también como

medio de defensa que se ofrece al acusado, se tutela su **derecho a guardar silencio**, sin que, como regla general, pueda extraerse de su ejercicio consecuencia desfavorable alguna, pues de otro modo quedaría comprometida la eficacia de este derecho fundamental.

No obstante, hay que reconocer que en los últimos tiempos este principio, que constituye un rasgo característico del derecho penal liberal, está siendo sometido a revisión, permitiendo valorar, en determinadas condiciones y con diferente alcance, el silencio como un indicio de culpabilidad. Un claro ejemplo de esta puesta en cuestión lo constituyen las reformas acometidas en la pasada década por algunos ordenamientos europeos, autorizando a los Tribunales a realizar inferencias adversas al acusado de su negativa a prestar declaración o proporcionar explicaciones sobre los hechos imputados.

No podemos dejar de resaltar el amplio eco que estas orientaciones han tenido en nuestra jurisprudencia, tras ser sancionada la validez de estas reformas por la STEDH de 8 de febrero de 1996 (caso *John Murray c. Reino Unido*). Primero, en la STS de 29 de noviembre de 1997 (caso de la Mesa Nacional de HB); después, en la propia jurisprudencia constitucional a partir de la STC 202/2000, en la que el Tribunal Constitucional, tras referirse a la relevancia constitucional del derecho a guardar silencio («el derecho al silencio y a no autoincriminarse residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo»), admite que del silencio puedan extraerse inferencias adversas, si «existiendo pruebas incriminatorias objetivas cabe esperar del imputado una explicación». De este modo se incorpora a nuestro acervo constitucional una limitación, sin duda excepcional, al derecho a guardar silencio, sin reparar en el contexto criminológico en el que surge (terrorismo) ni en la eficacia muy limitada que se le reconoce en la legislación británica, en la que se encuentra el origen de esta restricción.

Frente a esta nueva orientación, son más matizadas algunas propuestas doctrinales. Desde las que tajantemente niegan que pueda derivarse cualquier consecuencia probatoria de cargo del ejercicio de este derecho fundamental (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 108; REVILLA GONZÁLEZ, 53-55; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, 603), hasta quienes se inclinan por soluciones más matizadas (MONTAÑÉS PARDO, 137).

Cuando menos, siguiendo otras orientaciones del Derecho comparado, debería distinguirse según que el silencio sea total o parcial, pues del silencio total no se debe extraer consecuencia alguna, favorable o adversa al imputado. Cuando el imputado rehúsa declarar o se limita a negar su autoría, su silencio no debe ser valorado, pues de otro modo su derecho a guardar silencio corre el riesgo de convertirse en algo ilusorio. En cambio, es un supuesto muy distinto el caso del imputado que opta por declarar, pero se niega a responder a algunas preguntas particulares. En este caso, el imputado se convierte él mismo, por su libre decisión, en medio de prueba y, con ello, se somete a la valoración del Tribunal, que bien puede valorar sus silencios como hace con sus respuestas ambiguas o evasivas (ROXIN, 108-109).

En esta línea más matizada se sitúa la **STC 300/2005**. En ella, no se trata tanto de valorar el silencio del acusado como de realizar un juicio de credibilidad de las explicaciones (ambiguas) ofrecidas por el mismo: «la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad».

Así pues, a la vista de esta deriva jurisprudencial parece claro que en la situación actual el uso que cabe reconocer al silencio es meramente argumentativo, en cuanto que solo se puede recurrir a él para justificar la convicción alcanzada sobre los hechos, y no

en sustitución de la prueba sobre la participación del acusado en el hecho punible, es decir, tan solo como elemento para reforzar la racionalidad del discurso sobre los hechos, pero no para tenerlos por probados basándose simplemente en la ausencia de declaración.

En suma, no debería existir inconveniente en aceptar el siguiente axioma: la «no declaración», es decir, el silencio, en ningún caso debería ser suficiente por sí solo, como única prueba, para establecer la culpabilidad del acusado que debe resultar directa o indirectamente de otros medios de prueba válidos e independientes del propio silencio.

Por último, de la libertad de declaración que se reconoce al sujeto pasivo del proceso, tanto en el ámbito del proceso penal como del procedimiento administrativo sancionador, al que también se extiende esta garantía (SSTC 197/1995, 272/2006, 70/2008, 32/2009), no cabe inferir la existencia de un **derecho a mentir**, que ni la Constitución reconoce ni cabe deducir, como un derecho constitucional, por su conexión con el derecho de defensa o con el derecho a no declarar contra sí mismo.

La **STC 142/2009** ha puesto fin a una antigua polémica doctrinal negando, rotundamente, su existencia en un supuesto en el que los recurrentes, funcionarios de policía, fueron sancionados por haber faltado a la verdad en las declaraciones realizadas en un expediente administrativo. Al respecto, el Tribunal Constitucional razona que si bien «es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable... de

todo lo anterior no puede concluirse —como hacen los recurrentes— que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva». Y concluye: «Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad».

Por último, es preciso referirse a una cuestión que, a pesar de su indudable trascendencia, aún no ha dado lugar a un pronunciamiento en sede constitucional. Se trata de la extensión del privilegio frente a la autoincriminación no voluntaria a **las personas jurídicas** reconociéndoles la titularidad de los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí y a no confesarse culpables (arts. 409 bis y 786 bis LECrim.). De acuerdo con la opinión mayoritaria en la doctrina, reconocer a las personas jurídicas la condición de titulares de estos derechos ha sido la opción seguida por el legislador, de tal modo que en la LECrim. se ha articulado un mecanismo, al que no se puede negar una cierta sofisticación, para que la persona jurídica pueda realizar declaraciones en el curso del proceso. Puede hacerlo a través de una persona designada especialmente para declarar en su nombre, a quien previamente habrá que prevenir del derecho a no declarar. Sin embargo, esta regulación, a la vez bienintencionada y algo naíf, que se basa en la asimilación del estatuto procesal entre las personas físicas y jurídi-

cas, deja sin resolver importantes cuestiones que ponen de relieve la complejidad del problema. Ante todo, la vinculación que entraña para la persona jurídica el comportamiento desleal de la persona física designada para declarar en su nombre, que bien puede hacerlo apartándose de las instrucciones recibidas. También el valor de la declaración inculminatoria realizada por un testigo que precisamente por ser miembro de la entidad cuenta con un acceso privilegiado a la información reservada de la compañía, perjudicial para la entidad y que, sin embargo, está obligado a revelar, al tener que prestar declaración con la obligación de decir la verdad. Todo ello, por no mencionar el uso de documentos obtenidos en el marco de una actuación administrativa previa y recabados de un modo coactivo, medio de acceder a la fuente de prueba hasta ahora aceptado por la jurisprudencia constitucional (SSTC 18/2005 y 68/2006, ya mencionadas).

Posiblemente, antes de abordar el desarrollo legislativo del estatuto procesal de las personas jurídicas, reconociéndoles el derecho a declarar o a no hacerlo en las mismas condiciones que a las físicas y, por tanto, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí y a no confesarse culpables, debería haber sido objeto de una cuidadosa reflexión dilucidar en qué medida reconocerles la posibilidad de prestar declaración, en su caso a través de una persona física interpuesta que declara en su nombre, es una exigencia irrenunciable para hacer efectivo su derecho a la defensa, pues si la conclusión hubiera sido que la persona jurídica articula su defensa a través de la intervención de su abogado y que esta defensa es por sí misma suficiente, ninguna razón habría existido para reconocerle la titularidad de un derecho que en su origen se encuentra vinculado a la protección de la persona individual frente al interrogatorio coactivo y que, por tanto, no es más que la expresión del derecho de la persona acusada a no sufrir una coacción ilegítima que doblegue su voluntad obligándola a colaborar en su propia incriminación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUAYO AVILÉS, A., «Aproximación al contenido constitucional de los derechos a la intimidad y a no autoincriminarse: una interpretación constitucional de las SSTC 110/1984 y 76/1990», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 21, 2003.

- «Una vez más, acerca de la necesidad de hacer un verdadero análisis constitucional de las normas tributarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003.

AGUAYO AVILÉS, A. y BUENO GALLARDO E., «El contenido del derecho a no autoincriminarse: en especial, divergencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en VILLAR EZCURRA, M., MARTÍNEZ LAFUENTE, A., ALBIÑANA CILVETI, C. y HERRERA MOLINA, P. M. (Coords.), *Estudios jurídicos en memoria de don César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ ECHAGÚE, J. M., «El derecho a la no autoincriminación y su aplicación en el ámbito del derecho sancionador tributario (La posibilidad de utilizar pruebas obtenidas en un proceso de verificación como fundamento de sanciones penales)», *Crónica Tributaria*, núm. 118, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, núm. 7427, 2011.

GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M., *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*, Librería Bosch, Barcelona, 1979.

GONZÁLEZ LÓPEZ J. J., «Imputación de las personas jurídicas y derecho a la no colaboración activa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 40, 2016.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., «El derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse», en *Derechos procesales fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

LUNA RODRÍGUEZ, R., *El Derecho a no autoinculpación en el ordenamiento tributario español*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2002.

MARTÍN VALDIVIA, S., «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable en el procedimiento sancionador administrativo (A propósito de las SSTC 154/1994, 197/1995 y 8/1996)», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999.

MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

NEIRA PENA, A. M., *La instrucción del proceso penal frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. 2011.

PÉREZ CRUZ, A. J. y NEIRA PENA, A. M., *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2017.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROMERO FLOR, L. M., «Derechos tributarios vs derechos humanos; el derecho a no autoinculparse en el procedimiento tributario», *Papeles en el tiempo de los derechos*, núm. 5, 2014.

ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Ediciones El Puerto, Buenos Aires, 2000.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Sumario: I. Doctrina general. 1. Concepto y naturaleza de la presunción de inocencia. 2. Ámbito de aplicación de la presunción de inocencia. 3. Actividad probatoria y presunción de inocencia. II. Validez de la prueba. 1. Regularidad en la obtención de las pruebas. 2. Regularidad en la práctica de la prueba. III. Suficiencia de la prueba. 1. Coimputados. 2. Testigos. 3. Prueba indiciaria. IV. Valoración de la prueba.

MIGUEL ÁNGEL MONTAÑÉS PARDO

DE LA CARRERA FISCAL. LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

I. DOCTRINA GENERAL

1. Concepto y naturaleza de la presunción de inocencia

El inciso final del art. 24.2 CE, al declarar que «todos tienen derecho a la presunción de inocencia», ha supuesto **el reconocimiento, por primera vez en nuestra historia, de la presunción de inocencia como derecho con rango constitucional**. Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia «ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata» (STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 2). Es preciso advertir, con carácter previo, que no constituye una presunción en sentido técnico-procesal ni pertenece a la categoría de las presunciones judiciales o legales. Tampoco puede ser considerada una ficción jurídica ni equiparse a las presunciones legales *iure et de iure*, pues puede ser desvirtuada con prueba en contrario. También cabe señalar que, no obstante la proximidad entre el derecho a la **presunción de inocencia y**

el principio *in dubio pro reo*, tienen naturaleza y ámbitos de aplicación diferentes y gozan de distinta protección jurisdiccional, y así lo ha puesto de manifiesto desde el principio la jurisprudencia constitucional. Como recuerda la STC 61/2005, de 14 de marzo, «desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas» (FJ 4). Idea reiterada en la STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2.

La presunción de inocencia tiene tres significados claramente diferenciados: (i) garantía básica del proceso penal, (ii) regla de tratamiento del imputado durante el proceso y (iii) regla relativa a la prueba. En primer lugar, **la presunción de inocencia se constituye como una garantía básica del proceso penal**, ya que es el núcleo fundamental en torno

al cual se construye el modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se establecen garantías para el imputado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la presunción de inocencia es «uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo en sus facetas sustantiva y formal» (SSTC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3; o 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3), lo que también tiene reflejo desde antiguo en la jurisprudencia del TEDH (SSTDEH *Salabiaku c. Francia*, de 7 de octubre de 1988; o *A. P., M. P. y T. P. c. Suiza y E. L., R. L. y J. O. L. c. Suiza*, de 29 de agosto de 1997). Desde esta perspectiva, **el derecho a la presunción de inocencia constituye un límite al legislador para la configuración de normas penales, que no podrán contener presunciones de culpabilidad atribuyendo al acusado la carga de probar su inocencia.** Así ha sido considerado desde temprana jurisprudencia en la STC 105/1988, de 8 de junio, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 509 del CP 1973 (delito de tenencia de útiles para el robo), y declaró contraria al derecho a la presunción de inocencia una determinada interpretación del tipo penal, en cuanto «contiene una presunción en contra del reo [...] que se considera además como *iuris tantum*, produciendo una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo» (FJ 3). Más modernamente, hay que citar la STC 185/2014, de 6 de noviembre, que declaró la constitucionalidad del párr. 2.º del art. 623.1 CP 1995 (falta reiterada de hurto) solo si se interpreta que, para apreciar la reiteración, las faltas de hurto han de haber sido objeto de condena firme en otro proceso, o ser enjuiciadas y objeto de condena en el proceso en el que se plantee la aplicación de aquel precepto.

La presunción de inocencia también juega como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, partiendo de la idea de que el imputado es inocente y, en

consecuencia, debe ser excepcional la restricción de sus derechos durante el proceso. Este significado ha tenido reflejo ya desde las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional, que han considerado que la presunción de inocencia, aunque opera en el proceso principalmente como regla de juicio, constituye a la vez una regla de tratamiento del imputado (SSTC 66/1984, de 6 de junio; 109/1986, de 24 de septiembre; o 44/1989, de 20 de febrero; más modernamente, SSTC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5; o 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3). **Esta vertiente del derecho tiene especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares.** En este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional, si bien ha reconocido la compatibilidad de las medidas cautelares con la presunción de inocencia, ha precisado que «la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)» (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 7), y que la prisión provisional debe adoptarse en resolución motivada y que la misma se base en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues «una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» (STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2). Asimismo, ha afirmado que la presunción de inocencia, en cuanto regla de tratamiento del acusado antes de que exista sentencia condenatoria, no permite que las medidas cautelares privativas de libertad se adopten sin que existan indicios racionales de criminalidad ni como pena anticipada (SSTC 217/2001, de 29 de octubre, FJ 5; 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; o 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). De hecho, incluso en relación con la prórroga de la prisión provisional con motivo de la condena en primera instancia se establece que esta «constituye todo lo más una confirmación temporal de los indicios de culpabilidad apreciados *ab initio*, pero resulta

todavía inhábil para enervar la presunción de inocencia del acusado, a la espera del desenlace del recurso de casación interpuesto por él» (STC 50/2009, de 23 de febrero, FJ 5).

La jurisprudencia constitucional también ha señalado, siguiendo al TEDH (STEDH *Allenet de Ribemont c. Francia*, de 10 de febrero de 1995), que **la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, consistente en «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos»** (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2), que resultaría vulnerada con las declaraciones públicas de culpabilidad realizadas por autoridades no judiciales antes de existir una condena, ya que «la exigencia de una información veraz obliga a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE» (STC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6), sin bien considerando que «encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor» (STC 244/2007, FJ 2). No obstante, la STEDH que condenó a España, precisamente en el asunto enjuiciado por la STC 244/2007, insistió en que el derecho vulnerado es la presunción de inocencia (STEDH *Lizaso Azconobieta c. España*, de 28 de junio de 2011), lo que ha sido también consagrado normativamente en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

La principal vertiente del derecho a la presunción de inocencia juega como regla probatoria del proceso penal, directamente referida al juicio de hecho de la sentencia, conforme a la cual la prueba de la culpabilidad del imputado corresponde a la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. El acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que pue-

de permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio, claro está, del derecho que le asiste para defenderse y proponer las pruebas que estimen pertinentes. Como se razona en las SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3 y 57/2013, de 11 de marzo, FJ 6, la presunción de inocencia es **«el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías»**. De lo anterior se deriva que buena parte de las reglas de la prueba del proceso penal deben reputarse constitucionalizadas por el derecho a la presunción de inocencia. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho a ser presumido inocente, como regla de juicio del proceso, «determina una presunción, la denominada “presunción de inocencia”, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el mencionado derecho significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos» (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1).

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional, desde las primeras resoluciones, ha resalado que **«la presunción de inocencia es una presunción *iusuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales y que pueda estimarse de cargo, de forma que apreciando en conciencia esa actividad probatoria unida a otros elementos de juicio el Juez pueda dictar Sentencia»** (STC 17/1984, de 7 de febrero, FJ 3; idea reiterada después en la SSTC

17/2002, de 28 de enero, FJ 2; o 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3). En cuanto presunción *iuris tantum*, «determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el Juez o Tribunal, en relación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso» (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2; reiterado en STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3).

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia del TEDH estima que incluso **las sentencias absolutorias pueden resultar contrarias al derecho a la presunción de inocencia cuando su fundamentación contenga sospechas o juicios de culpabilidad no probados, siempre que con ese juicio se vincule alguna consecuencia jurídica desfavorable para el acusado** (STEDH *Minelli c. Suiza*, de 25 de marzo de 1983). El TEDH también ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia las decisiones judiciales que, como fundamento para **denegar las indemnizaciones pedidas por el tiempo de prisión provisional sufrido en causas penales en las que el acusado había sido absuelto**, mostraban dudas sobre la inocencia de los afectados. Este es el caso, entre otras, de las SSTEDH *Sekanina c. Austria*, de 25 de agosto de 1993; *Asan Rushiti c. Austria*, de 21 de marzo de 2000; y *Puig Panella c. España*, de 26 de abril de 2006, en las que se razona que, tras una absolución definitiva, no es admisible manifestar sospechas sobre la inocencia de un acusado, de modo que la expresión de cualquier sospecha de culpabilidad, incluyendo las expresadas en las razones para la absolución, es incompatible con la presunción de

inocencia; las posteriores condenas a España en las SSTEDH *Tendam c. España*, de 13 de julio de 2010; y *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, de 16 de febrero de 2016, han provocado la asunción de esta dimensión extraprocésal por la jurisprudencia constitucional (SSTC 8/2017, de 19 de enero, FJ 5; y 10/2017, de 30 de enero, FJ 3). Por el contrario, se ha mantenido que **la negativa a otorgar una indemnización como víctimas de terrorismo a los familiares de aquellos que se consideraban integrados en bandas armas, aun no habiendo sido condenados como tales, no vulnera la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia** (AATC 30 a 34/2017, de 27 de febrero, FJ 5).

2. **Ámbito de aplicación de la presunción de inocencia**

El proceso penal es el campo natural de aplicación del derecho a la presunción de inocencia en el que rige con toda su extensión y sin límite. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus inicios ha afirmado la **plena vigencia del derecho a la presunción de inocencia a todos y cada uno de los distintos procesos penales de la jurisdicción ordinaria** (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 150/1989, de 25 de septiembre; 319/1994, de 28 de noviembre; y 131/1997, de 15 de julio, entre otras), **y de la jurisdicción militar** (SSTC 78/1988, de 27 de abril; 82/1992, de 28 de mayo; 11/1993, de 18 de enero; o 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 4). **También rige en los procesos de menores**, pues, como afirmó a STC 36/1991, de 14 de febrero, son auténticos procesos, tanto si tienen por finalidad la protección del menor como si se dirigen a su corrección o reforma, y aunque no sean procesos penales, les son exigibles cuantas garantías establece la Constitución. La aplicación del derecho a la presunción de inocencia fue posteriormente afirmada de forma expresa en las SSTC 211/1993, de 28 de junio, 30/2005, de 14 de febrero, y 64/2011, de 16 de mayo, razonando en la primera de ellas

que «de acuerdo con el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño [art. 40.2.b)] hay que concluir que, en el ordenamiento jurídico español, las reglas para desvirtuar la presunción de inocencia derivadas de las exigencias del art. 24 CE son plenamente aplicables a los procesos de menores» (FJ 4).

Es igualmente exigible en el ámbito administrativo sancionador, pues en el mismo actúa el *ius puniendi* del Estado. Como se razona en la STC 76/1990, de 26 de abril, «no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales sean administrativas [...] pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio» (FJ 8). Actualmente esta es jurisprudencia unánime (SSTC 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3; o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2). Por las mismas razones, la presunción de inocencia no rige en los procedimientos administrativos no sancionadores, pues «si no hay sanción no es posible utilizar los conceptos de culpa o inocencia, ni, por tanto, hablar de esta presunción que solo hace referencia a la existencia de pruebas sobre una conducta que, legalmente tipificada como sancionable, se imputa al sancionado» (STC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 4).

La jurisprudencia constitucional ya desde sus comienzos ha establecido que **el derecho a la presunción de inocencia no es aplica-**

ble ni en el proceso civil ni respecto de las condenas civiles en los procesos penales. En concreto, se ha excluido para los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil, «en los que solo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil» (STC 367/1993, de 13 de diciembre, FJ 2), puesto que, como también se recuerda respecto de las condenas civiles en los procesos penales, «la condena por responsabilidad civil no guarda relación directa con dicha presunción ni con la inocencia en sí misma, en el sentido del art. 24.2 de la CE, ya que este concepto alude estrictamente a la comisión y autoría de un ilícito en el ámbito sancionador» (STC 257/1993, de 20 de julio, FJ 2). **Tampoco rige en el proceso laboral,** cuya inaplicabilidad fue definitivamente fijada, tras algunas vacilaciones anteriores, en la STC 30/1992, de 18 de marzo. En efecto, si bien en un primer momento el Tribunal Constitucional la entendió exigible en los procesos por despido, luego rectificó, al entender que el despido no es más que una resolución contractual que no conlleva la aplicación del Derecho penal administrativo, y que «no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado» (STC 27/1993, de 25 de enero, FJ 3).

3. Actividad probatoria y presunción de inocencia

La presunción de inocencia implica que una persona es inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad, entendiendo el término culpabilidad, no en el sentido de uno de los elementos del delito, sino como equivalente a responsabilidad penal por la comisión del delito. En consecuencia, **el objeto de la actividad probatoria es acreditar tanto el hecho delictivo como la participación del acusado en el delito,** de tal forma que la presunción de inocencia solo queda desvir-

tuada cuando se han probado todos y cada uno de los elementos o requisitos del delito de carácter fáctico, tanto objetivos como subjetivos, y la intervención del acusado en el mismo (SSTC 160/1988, de 19 de septiembre; 127/1990, de 5 de julio; 138/1992, de 13 de octubre; 93/1994, de 21 de marzo; o 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). No obstante, la exigencia de prueba no alcanza por igual a todos los elementos del delito, pues solo tienen que ser acreditadas las circunstancias fácticas que están en la base de los referidos elementos, en tanto que las referencias a normas estrictas incluidas en la ley penal no necesitan demostración alguna en virtud del principio *iura novit curia*, puesto que estas ya son conocidas o cognoscibles a través de la publicación en un diario oficial (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 4). En definitiva, «la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba» (SSTC 92/1987, de 3 de junio, FJ 1; o 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). En cuanto a la prueba de los hechos, la doctrina del Tribunal Constitucional ha exigido que la existencia de una mínima actividad probatoria de la que puede deducirse la culpabilidad del acusado ha de serlo en relación al delito por el que se condena y no a otro que, incluso aunque proteja el mismo bien jurídico, declare punibles conductas en parte coincidentes (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 6). También deben ser probadas las circunstancias modificativas de agravación de la responsabilidad criminal (SSTC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4; o 92/2006, de 27 de marzo). Por su parte, la STC 2/2015, de 19 de enero, FJ 4, se pronuncia sobre las singularidades de la prueba de los elementos normativos del tipo.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que **corresponde a la acusación, y no a la defensa, la realización de la actividad probatoria de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia**, pues, de lo contrario, el acusado se vería sometido a una *probatio diabolica* de los hechos negativos (SSTC 78/1994, de 14 de marzo, FJ 3; o

161/2016, de 3 de octubre, FJ 3). El fundamento de ello se basa en el sistema acusatorio de nuestro sistema procesal penal y en que «no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia» (SSTC 92/1987, de 3 de junio, FJ 1; o 280/2005, de 7 de noviembre, FJ 3). La consideración previa del acusado como inocente no le exige desplegar actividad probatoria alguna dirigida a refrendar su inocencia, ya que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. La atribución de la carga de la prueba a la acusación supone que tanto la insuficiencia como la deficiencia de la prueba practicada traen como consecuencia la desestimación de la pretensión formulada por la acusación y, por tanto, la absolución del acusado, puesto que la presunción de inocencia supone partir de la inocencia del acusado, y si no existen pruebas de cargo debe ser declarada su inocencia (STC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2).

Por último, en cuanto a **la práctica de la prueba**, es doctrina constante y reiterada del Tribunal Constitucional, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que en principio **solo tienen la consideración de pruebas aquellas que se practican en el juicio oral, momento hábil legalmente previsto para ello, con plena observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción**, principios estos que rigen en el proceso penal y que se vinculan directamente con el derecho del acusado a su defensa y a un proceso con todas las garantías (más modernamente, STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2). Para poder entender válidamente enervada la presunción constitucional de inocencia, es preciso que la condena se funde en pruebas válidas y suficientes. Por lo que se refiere a la validez de la prueba, la doctrina del Tribunal Constitucional ha distinguido entre: (i) la prueba ilícita, entendiendo por tal la obtenida con vulneración de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ), así como la derivada de otra ilícita cuando se aprecie conexión de antijuridicidad entre ambas, y (ii) la prueba irregular, esto es, la practicada sin respetar

los principios de inmediación, publicidad y contradicción que exige el derecho a un proceso con todas las garantías y cuya infracción puede tener una incidencia refleja en el derecho a la presunción de inocencia. En cuanto a la suficiencia de la prueba, aunque la regla general es que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por Jueces y Tribunales, a quienes corresponde valorar su alcance probatorio, sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha exigido en algunas pruebas (por ejemplo, la declaración del coimputado) determinados requisitos para poder considerarlas suficientes para enervar la presunción de inocencia. Las cuestiones referidas tanto a la validez como a la suficiencia de la prueba se comentan con mayor detalle en los apartados siguientes.

II. VALIDEZ DE LA PRUEBA

Las principales cuestiones suscitadas en la jurisprudencia constitucional respecto de la validez de la prueba inculpativa para enervar la presunción de inocencia son: (i) las que afectan a la regularidad en su obtención, y (ii) las que afectan a la regularidad en su práctica y aportación al procedimiento. Es preciso advertir, sin embargo, que **la toma en consideración de pruebas inválidas, si bien afecta de modo directo al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), también puede lesionar de manera derivada el derecho a la presunción de inocencia, lo que «sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas»** (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 9; idea reiterada en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12). Caso de existir otras pruebas distintas, desligadas de la prueba inválida, la declaración de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por haberse valorado una prueba inválida tiene como efecto la retroacción de actuaciones al momento de dictar sentencia, para que con exclusión de la prueba inválida, se dicte nueva resolución respecto de la acusación formu-

lada con el resto de la actividad probatoria desarrollada (SSTC 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 9; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 6; 68/2010, de 18 de octubre, FJ 7; o 88/2013, de 11 de abril, FJ 12).

1. Regularidad en la obtención de las pruebas

La primera resolución del Tribunal Constitucional sobre la valoración judicial de **pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales** fue la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que se planteaba la constitucionalidad de un despido basado en el contenido de una grabación fonográfica, que el recurrente consideraba había sido obtenida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). En esta sentencia, si bien se declara que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, se destaca que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental se «deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y [...] de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales» (FJ 4). A partir de este pronunciamiento, **la jurisprudencia constitucional ha establecido la prohibición absoluta de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y, por tanto, de entender enervada la presunción de inocencia con fundamento en dichas pruebas** (así, por ejemplo, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 2; 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3; o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2).

Esta jurisprudencia quedó flexibilizada en la STC 22/2003, de 10 de febrero, aunque la línea

marcada en esta resolución no ha tenido luego reflejo en otras resoluciones. En efecto, en el caso se declaró vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), pero se concluye que «[l]a inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (*vid.* STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar» (FJ 10). Por el contrario, la STC 205/2005, de 18 de julio, en un supuesto de intervención telefónica sin cobertura de una autorización judicial, que los agentes policiales creían vigente, si bien incidió, con cita en la STC 22/2003, de 10 de febrero, en que la existencia de buena fe en la actuación policial no impedía considerar objetivamente vulnerado el derecho fundamental (FJ 5), sin embargo no reitera la posibilidad de mantener la validez de las escuchas obtenidas, sino que, directamente, se entra a comprobar si las conversaciones sin cobertura eran las que habían servido para fundamentar la condena del recurrente (FJ 7).

La invalidez de las pruebas derivadas de otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales también ha sido afir-

mada por la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, se excluyó del acervo probatorio la droga incautada, razonando que «dicho indicio no habría podido obtenerse sin saber previamente que la citada menor iba a realizar el recorrido indicado transportando “algo” desde el domicilio de los recurrentes al suyo propio, hecho este del que se tuvo conocimiento a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones» (STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; en el mismo sentido se pronuncian las SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4, o 181/1995, de 11 de septiembre, FJ 7). La más radical expresión de esta jurisprudencia se produjo con la STC 49/1996, de 26 de marzo, en la que, tras anularse las intervenciones telefónicas por ser contrarias al art. 18.3 CE, se consideró que la declaración prestada por una de las detenidas merced al contenido de dichas conversaciones no podía surtir efecto probatorio alguno, por derivar directamente de una prueba ilícitamente obtenida (FJ 6).

Los posibles excesos de esta jurisprudencia fueron corregidos por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 81/1998, de 2 de abril, que inició la conocida como doctrina de la «conexión de antijuridicidad», flexibilizando y haciendo más casuístico el estándar antes aplicado. El punto de partida de esta nueva línea jurisprudencial, en un supuesto fáctico muy semejante al que ya se había planteado en las citadas SSTC 85/1994, 86/1995 y 181/1995, es que el juicio de conexión entre la prueba ilícita y la derivada no es un mero juicio natural sobre la relación de causalidad entre ambas, sino un juicio normativo que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de la primera se extiende también a las segunda (conexión de antijuridicidad), para lo que debe analizarse el hecho mismo de la vulneración constitucional y su resultado, determinando, desde un punto de vista interno, si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación, y desde una perspectiva externa, las necesidades esenciales de tutela que la efectividad del derecho sustantivo vul-

nerado exige (FJ 4). El análisis interno —transmisibilidad de la ilicitud— se configura como un juicio de experiencia, que corresponde efectuar a los Tribunales ordinarios, limitándose el control del Tribunal Constitucional a la comprobación de su razonabilidad, asumiéndose como un elemento de ponderación la relevancia del resultado obtenido con la vulneración a los efectos de la actividad desarrollada para obtener la prueba derivada, para valorar si «esta se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho» (FJ 5). El análisis externo —las necesidades esenciales de tutela de los derechos fundamentales vulnerados— viene exigido a partir de la idea de que excepcionar la regla de exclusión de las pruebas derivadas no implique ni incentivar la comisión de su infracción ni privarle de una garantía para su efectividad, por lo que se hace especial incidencia en que se verifique que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal no se hallase encaminada a la vulneración del derecho fundamental (FJ 6). Esta doctrina ha tenido un paulatino desarrollo y consolidación jurisprudencial (entre las últimas, SSTC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 10; 128/2011, de 18 de julio, FJ 2; o 142/2012, de 2 de julio, FJ 4). Así, la idea de que la conexión de antijuridicidad es una valoración normativa que corresponde realizar a los Jueces y Tribunales ordinarios ha supuesto que, ante su omisión, el Tribunal Constitucional no entrara a valorar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino que haya ordenado la retroacción para que sea el órgano judicial el que valore la validez de la prueba derivada (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, de 22 de julio, FJ 6; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 8; o 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 10).

Igualmente, se ha asentado la idea de **la independencia jurídica de las declaraciones autoincriminatorias de los imputados respecto a cualquier prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales,**

pues las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de la declaración de los imputados —derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada— constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, y el cumplimiento de dichas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las declaraciones y dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el acto ilícito desde una perspectiva interna, sin que la admisión voluntaria de los hechos pueda considerarse un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (entre las últimas, SSTC 49/2007, de 12 de marzo, FJ 2; 66/2009, de 9 de marzo, FJ 4; 128/2011, de 18 de julio, FJ 2; o 142/2012, de 2 de julio, FJ 4).

Por último, también se ha impuesto la necesidad de verificar la neutralidad o relevancia de los datos obtenidos en relación con las pruebas derivadas (por ejemplo, SSTC 138/2001, de 18 de junio, FJ 8, o 26/2006, de 30 de enero, FJ 11). Por el contrario, la necesidad de ponderar la entidad de la vulneración como elemento de valoración externo ha tenido una acogida y aplicación más reducida (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 16), aunque, como ya se comentó, se intentó extender en la STC 22/2003, de 10 de febrero, a la valoración de pruebas directamente obtenidas de una lesión constitucional.

2. Regularidad en la práctica de la prueba

La jurisprudencia constitucional ha destacado, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que las garantías que disciplinan la práctica de la prueba imponen, como regla general, que **solo son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia las pruebas practicadas en el acto del juicio de modo oral, contradictorio y con intermediación ante el órgano judicial que deba resolver sobre la eventual responsabilidad penal** (entre otras, SSTC 280/2005, de 7 de noviembre, FJ 2;

75/2013, de 8 de abril; FJ 4; o 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2). También ha señalado que «las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LE-Crim.) que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador» (STC 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). **Como excepción, la jurisprudencia ha reconocido, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, que «cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida**, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, resulta preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción» (STC 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). **Esta posibilidad excepcional de dotar de validez a las declaraciones sumariales queda condicionada**, en todo caso, al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) material: su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral; (ii) subjetivo: la necesaria intervención del Juez de instrucción; (iii) objetivo: que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo; y (iv) formal: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, para posibilitar que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (así, SSTC 280/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; o 56/2010, de 4 de octubre, FJ 3).

En lo referido al requisito material, se ha permitido incorporar al plenario las de-

claraciones sumariales en los supuestos de: (i) imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim.), por ejemplo, cuando el testigo estaba ilocalizable (SSTC 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; o 134/2010, de 2 de diciembre, FJ 4) o devino en enajenación mental (STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 7) o por impedimento físico (134/2010, de 2 de diciembre, FJ 4); (ii) de rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim. o art. 46.5 LOTJ), tanto de testigos (STC 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 3) como de coimputados (STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 7) o imputados (STC 151/2013, de 9 de septiembre, FJ 6); y (iii) de testificales de personas especialmente vulnerables como menores (SSTC 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3; o 57/2013, de 11 de marzo, FF. JJ. 4 y 5). Por el contrario, se ha rechazado en casos de enfermedad del testigo, pues, como se razona en la STC 345/2006, de 11 de diciembre, existen «soluciones respetuosas con el derecho de contradicción: la realización de la prueba testifical como prueba anticipada si lo han pedido las partes (arts. 657.3, 781.1, 784.2 y 785.1 LECrim.); la suspensión del juicio y la designación de un miembro del Tribunal u otro Juez para que reciba declaración al testigo en su residencia, con asistencia de las partes (arts. 718 y 719 LECrim.); o, finalmente, la toma de declaración mediante videoconferencia (art. 731 bis LECrim.), de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre» (FJ 4).

Por lo que afecta al requisito objetivo, se ha destacado, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH *Luca c. Italia*, de 27 de febrero de 2001, § 40; *Bocos-Cuesta c. Holanda*, 10 de noviembre de 2005, § 68; o *Carta c. Italia*, de 20 de abril de 2006, § 49), que el **derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación** se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; o

174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3). De ese modo, se ha estimado cumplido este requisito cuando la declaración sumarial fue prestada antes de que el acusado se personara en la causa por encontrarse huido (SSTC 57/2002, de 11 de marzo; o 134/2010, de 2 de diciembre, FJ 4) o en rebeldía (STC 115/1998, de 1 de junio), cuando las declaraciones se prestaron en una instrucción sumarial declarada secreta (STC 174/2001, de 26 de julio) o cuando la acusación no instó una ulterior declaración para posibilitar la contradicción (STC 57/2013, de 11 de marzo, FJ 5). Por el contrario, se ha considerado inválida la declaración sumarial prestada sin posibilidad de contradicción porque el imputado ni siquiera fue citado para ello (STC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 4), acudió otra persona por poderes para celebrar juicio de faltas (STC 56/2010, de 4 de octubre, FJ 3) o cuando, a pesar de reiterada petición de la acusación, no se accedió a una declaración sumarial ni en vista oral del testigo que permitiera someterla a contradicción (STC 74/2011, de 7 de noviembre, FJ 5).

Por último, **respecto del requisito formal de la incorporación de las declaraciones al juicio oral**, la jurisprudencia constitucional ha admitido que la misma se haga mediante la lectura pública del acta en la que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues así se cumple la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción (así, SSTC 10/2007, de 9 de octubre, FJ 4; o 151/2013, de 9 de septiembre, FJ 6). Por el contrario, se ha destacado que no es suficiente el mero formulismo de tener por reproducidas las declaraciones testificales sumariales (STC 280/2005, de 7 de noviembre, FJ 3).

Un supuesto peculiar lo representa el caso en que un **coimputado se acoge a su derecho a no declarar en la vista oral, tras haber realizado una declaración sumarial inculpativa sin contradicción**. La cuestión ha sido abordada en las SSTC 2/2002, de 14 de enero, 142/2006, de 8 de mayo, y 198/2006, de 3 de julio, en las que el Tribunal Constitucio-

nal, no obstante reconocer que en estos casos se limita la garantía de contradicción, ha considerado que se trata de una prueba válida, pues la garantía de contradicción implica la posibilidad de interrogar, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta si el coimputado se acoge a su derecho a no declarar. En estos casos de contradicción limitada, el Tribunal Constitucional ha resaltado que «será el órgano judicial quien, además de extremar las precauciones si lo estima necesario en el tratamiento del resultado de esta clase de pruebas, resuelva definitivamente acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones sobre la presunción de inocencia en el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional» (SSTC 142/2006, FJ 3, y 198/2006, FJ 3). Esta doctrina resulta discordante con la jurisprudencia del TEDH, que considera que en estos supuestos hay vulneración de las reglas del debido proceso (así, STEDH *Craxi c. Italia*, de 5 de diciembre de 2002, §§ 88 y 89). A la misma conclusión se llegó en esta STEDH en relación con la imposibilidad de interrogar al coimputado por causa de su fallecimiento, pero esta posición ha sido asumida por la STC 1/2006, de 16 de enero (FJ 5).

En todo caso, **la jurisprudencia constitucional ha afirmado que las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo**, ya que «ni las declaraciones autoincriminatorias ni las heteroinculpativas prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no solo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil, sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial» (SSTC 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5; 53/2013, de 28 de febrero, FJ 4; 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2; y 33/2015, de 2 de marzo, FJ 4).

La jurisprudencia constitucional ha abordado la cuestión relativa a **la validez y suficiencia probatoria de las denominadas**

pruebas anticipadas y preconstituidas, entendiéndose por tales las que se practican antes del juicio oral por la dificultad o imposibilidad, según los casos, de hacerlo en las sesiones del juicio. Aunque en realidad se trata de cosas distintas, se han establecido los mismos requisitos y garantías para que estas pruebas puedan servir como fundamento de una condena, entre los que destaca la garantía de contradicción en su práctica y la exigencia de que sean debidamente incorporadas al proceso. Han sido numerosas las resoluciones en las que el Tribunal Constitucional ha admitido la **posibilidad de valorar los resultados obtenidos sobre el grado de impregnación alcohólica con los etilómetros**, al entender que se trata de una prueba preconstituida que, por su propia naturaleza, no puede practicarse en el juicio oral. En este punto, la doctrina constitucional puede sintetizarse en las siguientes dos ideas: (i) la prueba de alcoholemia puede alcanzar valor probatorio por sí misma siempre que el atestado en que se documente se incorpore al proceso respetando los principios de inmediación, oralidad y contradicción, al constituir una pericia técnica y referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista; y (ii) su incorporación a la vista oral no puede efectuarse a través de la simple lectura del atestado cuando se cuestione la fiabilidad del resultado o en su práctica no se haya informado del derecho que le asiste de realizar pruebas de contraste en orden a garantizar la contradicción y evitar la indefensión (por todas, STC 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2). La necesidad de ratificación se ha posibilitado mediante los agentes que verificaron el control, por otros testigos, por el resultado obtenido con un control de extracción de sangre, por la declaración del perjudicado, por las circunstancias que rodearon la conducción o la propia declaración del acusado (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 5).

También se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional respecto de la **validez de los datos obtenidos sobre la velocidad de un**

vehículo por los cinemómetros. La STC 40/2008, de 10 de marzo, reiterando lo ya afirmado en el ATC 193/2004, de 26 de mayo, se señala que «gozan de una presunción *iuris tantum* de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica» (FJ 2). Igualmente, se advierte que para destruir esta presunción no basta con la simple apreciación del conductor, sin ningún tipo de corroboración mínimamente objetiva, de que según el velocímetro de su vehículo circulaba a una velocidad inferior a la señalada en el cinemómetro, «dada la peculiar naturaleza de este tipo de aparatos, caracterizados por su gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad» (FJ 2).

La proyección más intensa de la eventual irregularidad en la práctica de la prueba sobre el derecho a la presunción de inocencia se ha producido con **las condenas en segunda instancia revocando una absolución previa o agravando la responsabilidad valorando pruebas con infracción de la garantía de inmediación**, al no haber sido practicada ante el órgano judicial de segunda instancia. La STC 167/2002, de 18 de septiembre (FF. JJ. 9 a 11), en que se enunció esta jurisprudencia, ya estableció que en este tipo de situaciones la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías que implica la valoración de prueba en la segunda instancia no practicada con la debida inmediación, suponía también una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando se verificara que dichas pruebas eran las únicas o esenciales para enervar la presunción de inocencia (FJ 2), sentando con una ella una jurisprudencia consolidada (entre las últimas, SSTC 88/2013, de 11 de abril, FJ 13; 105/2014, de 23 de junio, FJ 5; y 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 10).

III. SUFICIENCIA DE LA PRUEBA

1. Coimputados

La evolución y situación actual de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la suficiencia de la declaración de los coimputados para enervar la presunción de inocencia aparece resumida en la STC 34/2006, de 13 de febrero. En cuanto a su evolución histórica, distingue «una primera fase, de la que son exponentes las SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3, y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4, en la que este Tribunal venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración inculpativa de los coimputados, con el argumento de que dichas declaraciones constituían actividad probatoria de cargo bastante, al no haber norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que el hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del art. 117.3 CE». A ello añade que «[u]n punto de inflexión en esta doctrina lo representaron las SSTC 153/1997, de 29 de agosto, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, en las que este Tribunal, destacando que al acusado, a diferencia del testigo, le asisten los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), ya mantuvo que **las declaraciones inculpativas de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultaban mínimamente corroboradas por otras pruebas**, de tal modo que ante la omisión de ese mínimo de corroboración no podía hablarse de base probato-

ria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia» (FJ 2).

Por último, la citada STC 34/2006, de 13 de febrero, destaca que la doctrina constitucional sobre la declaración del coimputado es el resultado de distintas aportaciones en momentos cronológicos diferentes y que se ha ido perfilando sobre dos ideas: de una parte, que **la corroboración no ha de ser plena, y, de otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso** (FJ 2). Así, en la citada STC 34/2006, FJ 2, se viene a recordar que: (i) la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (STC 72/2001, de 26 de marzo, FJ 5); (ii) los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4); (iii) es necesario que los datos externos que corroboren la versión del coimputado se produzcan, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (STC 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4); (iv) los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración — como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna— carecen de relevancia como factores externos de corroboración, por lo que solo podrán entrar en juego una vez que la prueba alcance la aptitud constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4); (v) el control respecto de la existencia de corroboración mínima ha de ser especialmente intenso cuando concurren ex-

cepcionales circunstancias en relación con la regularidad constitucional en la práctica de la declaración del coimputado (SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 30/2005, de 14 de febrero, FJ 6); y (vi) la futilidad del testimonio de descargo del acusado puede ser utilizada como elemento de corroboración mínima de la declaración de un coimputado cuando, en sí misma, no sea determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado en los hechos (SSTC 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 165/2005, de 20 de junio, FJ 15). Más modernamente se puede encontrar una sistematización de la jurisprudencia constitucional sobre la suficiencia probatoria de la declaración de los coimputados en las SSTC 111/2011, de 4 de julio, FJ 6, y 126/2011, de 18 de julio, FJ 21.

2. Testigos

La prueba testifical, practicada con todas las garantías, puede constituir prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia. En el proceso penal no existe un sistema de incapacidades legales ni de tacha de testigos, por lo que, como regla general, la prueba de testigos no plantea problema de suficiencia en cuanto a su alcance probatorio. Así, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha considerado **que la declaración testifical de la víctima, incluso como única prueba, practicada en el acto del juicio oral con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo** y, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (entre otras, SSTC 347/2006, de 11 de diciembre, FJ 4; 258/2007, de 18 de diciembre FJ 6; o 57/2013, de 11 de marzo, FJ 6). Lo mismo se ha dicho respecto de los testigos menores de edad (SSTC 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; o 57/2013, de 11 de marzo; FJ 6).

Los problemas de suficiencia de la prueba testifical se han planteado principalmente respecto de **los testigos de referencia**. La STC

217/1989, de 21 de diciembre, sentó el principio de que la prueba testifical de referencia constituye un acto de prueba que puede fundar la condena, pues la Ley solo requiere que se haga constar tal circunstancia, pero advirtió que «en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable [...], pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia» (FJ 5). Posteriormente, la STC 303/1993, de 25 de octubre, perfiló y limitó la posible suficiencia de este medio probatorio, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que había reiterado que la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral, es una práctica contraria al art. 6 CEDH, al impedir al acusado interrogar a los testigos de cargo, citándose, entre otras, las SSTEDH *Delta c. Francia*, de 19 de diciembre de 1990, § 36; o *Asch c. Austria*, de 26 de abril de 1991, § 27 (FJ 8). Así, la STC 79/1994, de 14 de marzo, afirmó que «la necesidad de favorecer la inmediatez, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que **el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal**» (FJ 4). Los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha reconocido que concurrían situaciones excepcionales para acudir al testimonio de un testigo de referencia se han vinculado, especialmente, con la imposibilidad de que declarara el testigo directo por estar en paradero desconocido (SSTC 261/1994, de 3 de octubre, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 4; o 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Por el contrario, se ha rechazado la posibilidad de llamar al testigo de referencia en sustitución del

directo cuando ni siquiera se intentó la identificación del testigo directo (STC 131/1997, de 15 de junio, FJ 4), o estando debidamente identificado no fue citado (SSTC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; o 146/2003, de 14 de julio, FJ 6), y en los casos de incomparecencia injustificada tras ser correctamente citado (STC 7/1999, de 8 de febrero, FJ 3). Todas estas ideas han sido consolidadas por jurisprudencia posterior en las SSTC 117/2007, de 21 de mayo, FJ 3, o 161/2016, de 3 de octubre, FJ 6.

También se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la suficiencia probatoria de los **testimonios de testigos protegidos**. La cuestión ha sido abordada en la STC 64/1994, de 28 de febrero, antes por tanto de la aprobación de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, en un supuesto en el que el acusado y su Abogado pudieron oír, pero no ver, la declaración de la víctima y de un testigo. El Tribunal Constitucional negó que dicha forma de testificar infringiera la garantía de contradicción, ya que, tras recordar que el TEDH venía considerando una vulneración del art. 6.3.d) CEDH la condena en virtud de testigos anónimos, entendiendo por tales personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal o por la defensa, sin embargo en el caso «la identidad de los declarantes (testigos de cargo) fue perfectamente conocida por el Tribunal y por la defensa, así como que esta última pudo hacer las preguntas que tuviera por convenientes a los mismos» (FJ 3). En la más reciente STC 75/2013, de 8 de abril, FJ 5, el Tribunal Constitucional ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de la suficiencia del **testimonio de los testigos anónimos** en aplicación de la protección dispensada por la citada Ley 19/1994. A esos efectos, en recepción de la doctrina del TEDH (SSTEDH *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, de 15 de diciembre de 2011, § 147; *Pesukic c. Suiza*, 6 de diciembre de 2012, § 45; y *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013, § 41), se concluyó que, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos: (i) el anonimato

haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; (ii) los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y (ii) la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia (STC 75/2013, FJ 5).

3. Prueba indiciaria

El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, «que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a este a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia» (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3). La prueba de indicios puede tener valor probatorio siempre que cumpla con determinados requisitos fijados por la jurisprudencia, en síntesis que **los indicios estén plenamente probados y que entre los mismos y los hechos que se infieren exista, debidamente explicitado y motivado, un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional según las reglas del criterio humano**. Cabe advertir que la prueba de indicios es una prueba plena que puede alcanzar el mismo valor probatorio que cualquier otra prueba directa, pues el resultado probatorio no depende del tipo de pruebas practicadas, sino del grado de certeza que de las mismas se derive, sean pruebas directas o indiciarias.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que «**el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia** en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o

cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa)» (STC 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2). En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente, además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, las inferencias no concluyentes, incapaces de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, considerando como tales las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (STC 137/2005, de 23 de mayo) o aquellas en las que caben «tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3). También ha introducido, a partir de la STC 145/2005, de 6 de junio, el criterio de probabilidad para el control de la razonabilidad de la inferencia judicial, precisando que en el análisis de razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probado «solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (“más allá de toda duda razonable”), bien la convicción en sí» (FJ 5). Recientemente, exponen una sistematización de la doctrina sobre la prueba indiciaria, insistiendo en los anteriores planteamientos, las SSTC 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 126/2011, de 18 de julio, FJ 23; 133/2014, de 22 de junio, FJ 8; y 146/2014, de 22 de septiembre, FJ 3. **Es cuestión controvertida la de si cabe hacer la inferencia a partir de indicios susten-**

tados a su vez en indicios. Al respecto, la STC 186/2005, de 4 de julio, ha precisado «no cabe excluir *a limine* la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultarse que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia» (FJ 6, siendo citada por la STC 263/2005, de 24 de octubre, FJ 5).

Por último, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la suficiencia probatoria como prueba de cargo de los «**contraindicios**», entendiendo por tales los datos y hechos introducidos y alegados por los acusados como excusa o coartada que luego resultan ser falsos, inconsistentes o no convincentes. La doctrina del Tribunal Constitucional más remota establecía que el alcance exculpatorio de las alegaciones, excusas o coartadas que den los acusados es uno de los aspectos de la valoración de las pruebas que corresponde hacer a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal (STC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 6), pero que los «contraindicios», como pueden ser las coartadas poco convincentes, «no deben servir para considerar al acusado culpable, pues ni este tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulte contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable» (STC 24/1997, de 11 de febrero, FJ 3). No obstante, más recientemente se ha confirmando la validez como elemento indiciario de la futilidad del relato alternativo del acusado (SSTC 142/2009, de 15 de junio, FJ 6; o 128/2011, de 18 de julio, FJ 5; haciéndose aplicación de la misma en las SSTC 13 a 16/2014, de 30 de enero, FJ 6; 23/2014, de 13 de febrero, FJ 4; o 43/2014, de 27 de marzo, FJ 4).

IV. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El sistema de la libre valoración de la prueba, conocido como de «libre convicción» y de «íntima convicción», surge históricamente como reacción al sistema de las pruebas legales o tasadas. La LECrim., influida por el *Code d'instruction criminelle* de 1808, proclama el principio de libre convicción judicial, al disponer que «el Tribunal dictará la sentencia apreciando, según su conciencia, las prueba practicadas en el juicio» (art. 741). Con el tiempo, estos principios fueron interpretados por la jurisprudencia penal generalizando el criterio de la absoluta soberanía del Tribunal de instancia en la valoración de la prueba, llegando incluso a declarar la imposibilidad de su revisión. Como consecuencia de esa interpretación, la jurisprudencia penal consideró, de un lado, que el juzgador tampoco estaba obligado a manifestar las razones que le llevaban a formar su íntima convicción, y, de otro, que la declaración de los hechos probados, resultado de la valoración en conciencia de las pruebas, se convertía en inatacable y escapaba del control casacional, hasta el punto de afirmar que «el Tribunal no puede, ni debe, dar explicaciones del por qué llegó a las conclusiones fácticas de que se trate, sino limitarse a exponer y relatar lo sucedido, de modo tan explícito y claro como rotundo y categórico» (STS de 10 de febrero de 1978).

El derecho a la presunción de inocencia obliga a entender de otro modo el principio de libre valoración de la prueba. Desde muy temprana jurisprudencia se afirmó que «el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECrim. supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso la concurrencia de una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse

de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quién ha de estimar la concurrencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el art. 741 de la LECrim. son las pruebas practicadas en el juicio, luego el Tribunal penal queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él» (STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3). En consecuencia, de conformidad con dicha doctrina, (i) **corresponde a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba válidamente obtenidos y debidamente aportados al proceso, así como valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo de sus sentencias** y (ii) la jurisdicción de amparo carece de competencia para la valoración de esa actividad probatoria y para su evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad (así, SSTC 13/2014 a 16/2014, de 30 de enero, FJ 6; 23/2014, de 30 de enero, FJ 5; o 55/2015, de 16 de marzo, FJ 5).

La doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que, si bien el juzgador dicta sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, ha de hacerse sobre la base de una **actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues solo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona.** Las expresiones «mínima actividad probatoria» y «prueba de cargo» utilizadas en la tantas veces citada STC 31/1981, de 28 de julio, y luego reiteradas en innumerables ocasiones por el Tribunal Constitucional (así, entre las últimas, SSTC 16/2014, de 30 de enero, FJ 6; o 43/2014, de 27 de marzo, FJ 4), se han convertido en canon del derecho a la presunción de inocencia. Conviene precisar, no obstante, en primer término, que con la expresión «mínima actividad probatoria» se hace referencia a la existencia misma de la prueba, pero sin introducir criterio cuantitativo alguno en cuanto a las pruebas; en segundo término, la expresión «prueba de cargo», se refiere al contenido incriminatorio de la prueba, pues no es suficiente con que se haya

practicado alguna prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud, sino que es preciso que el resultado de la prueba acredite la culpabilidad del acusado.

La motivación de las sentencias viene impuesta por el art. 120 CE y forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Pero también **el derecho a la presunción de inocencia impone la obligación de motivar la condena**, pues, según doctrina del Tribunal Constitucional, los Jueces y Tribunales, a quienes corresponde ponderar los distintos elementos de prueba válidamente obtenidos, **«han de exteriorizar razonadamente y de forma lógica los motivos que fundamentaron su convicción inculpatoria**, más allá de toda duda razonable» (SSTC 129/1998, de 16 de junio, FJ 4, o 141/2001, de 18 de junio, FJ 6). La exigencia de la motivación fáctica responde a una doble necesidad. En primer lugar, se pretende evitar la arbitrariedad judicial, pues solo cuando las sentencias contienen una motivación suficiente es posible comprobar si la valoración de las pruebas se hace conforme a los criterios de la lógica y a los principios de la experiencia sin incurrir en arbitrariedad; en segundo lugar, sin la exigencia de motivación «se privaría, en la práctica, a la parte afectada, del ejercicio efectivo de los recursos que le puede otorgar el ordenamiento jurídico» (STC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1). La jurisprudencia constitucional también ha establecido que **la presunción de inocencia se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la prueba de descargo aportada**, exigiéndose también una ponderación de la misma (así, SSTC 104/2011, de 20 de junio,

FJ 2; 88/2013, de 11 de abril, FJ 12; o 2/2015, de 19 de enero, FJ 4).

La falta de motivación respecto de la culpabilidad del imputado implica, con carácter general, un vacío probatorio que lesiona la presunción de inocencia, ya que la exigencia del razonamiento de imputación forma parte de la garantía del derecho. Como señala la STC 145/2005, de 6 de junio, «la culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no solo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a este supuesto, en los supuestos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas» (FJ 6). Esta idea ha sido reiterada más recientemente en las SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6; o 22/2013, de 31 de enero, FJ 5. En los casos de prueba indiciaria, la exigencia de motivación se extiende tanto a la prueba de los indicios como al razonamiento deductivo que se haga a partir de los mismos, pues solo así podrá comprobarse que la inferencia ha sido hecha correctamente. Por ello, la falta del razonamiento deductivo también supone directamente la infracción del derecho a la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que uno de los requisitos de esta prueba es que se explicita el engarce entre los indicios y los hechos cuya prueba se deduce (por todas, STC 78/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GIRAÓ, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., «El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 43, 2007, págs. 183 a 209.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «*Puig Panella c. España* (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del estado por prisión provisional», en ALCACER GIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, págs. 313 a 349.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CARBALLO ARMAS, P., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: selección jurisprudencial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.

CARPIO DELGADO, J., «Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc*», *Revista Penal*, núm. 19, 2006, págs. 35 a 51.

CUERDA RIEZU, A., «Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, tomo III, 1999, págs. 2681-2708.

DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Valor probatorio de las declaraciones de coimputados», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 965-977.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

FIDALGO GALLARDO, C., *Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ*, CEPC, Madrid, 2003.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales: normas y jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ, AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, Aranzadi, Navarra, 2003.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales», en VV. AA., *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca: liber amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 1245-1272.

- «Lizaso Azconobieta c. España (STEDH de 28 de junio de 2011): dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCACER GIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, págs. 352-383.

HERRERA ABIÁN, R., *La inmediatez como garantía procesal: en el proceso civil y en el proceso penal*, Comares, Granada, 2006.

- MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1996.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- OVEJERO PUENTE, A. M., *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., *La prueba prohibida: evolución jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- RIVES SEVA, A. P., *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, Edijus, Madrid, 2003.
- RUIZ LEGAZPI, A., «Prueba prohibida y Constitución», en VV. AA., *La Constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, págs. 811-830.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., «Dudas razonables: la declaración de los coimputados», *Revista Xuridica Galega*, núm. 50, 2006, págs. 15 a 33.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia: análisis funcional desde el derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «“In dubio pro reo” libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 9 a 34.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- «Presunción de inocencia y prueba indiciaria», *Investigación y pruebas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 2006, págs. 31 a 80.
- VEGA TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.
- VIVES ANTÓN, T. S., «Consideraciones constitucionales sobre la exclusión de los “frutos del árbol emponzoñado”», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 4, 2002, págs. 5 a 36.
- «La presunción de inocencia en la Ley del Jurado», en *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 423 a 448.
- VV. AA., *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Sumario: I. El contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. 1. Dilaciones indebidas por omisión y dilaciones indebidas por acción. 2. La naturaleza del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: derecho prestacional, derecho reaccional y derecho autónomo. II. Las consecuencias del reconocimiento de la lesión del derecho. 1. La reparación «in natura». 2. Las fórmulas sustitutorias (o complementarias). A) Medidas sustitutorias no aptas para reparar la lesión del derecho. B) El derecho a la indemnización como medida sustitutoria o complementaria.

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO

CATEDRÁTICO ACREDITADO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL CONTENIDO DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

El derecho fundamental «a un proceso sin dilaciones indebidas» fue configurado por el constituyente español en el artículo 24.2 CE, teniendo como referencia normas de dos textos internacionales. Por una parte, el art. 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, en el que se reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho *a ser juzgada sin dilaciones indebidas*. Por otra, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en el que se establece expresamente que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... dentro de un **plazo razonable**».

Desde esta perspectiva, para la integración del **concepto jurídico indeterminado** que supone «el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable» se hace obligado acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual «el Tribunal ha de tener en cuenta la complejidad del asunto,

el comportamiento de los litigantes y el de las autoridades judiciales» (SSTEDH en los casos *Buchholz*, S 6 May. 1981; *Eckle*, S 15 Jul. 1982, *Foti y otros*, S 10 Dic. 1982; *Corigliano*, S 10 Dic. 1982; *Zimmermann-Steiner*, S 13 Jul. 1983; *Lechner y Hess*, S 23 Abr. 1987; *Capuano*, S 25 Jun. 1987; *Baggetta*, S 25 Jun. 1987; *Milasi*, S 25 Jun. 1987; *Sanders*, S 7 Jul. 1989; *González Doria Durán de Quiroga*, S 28 Oct. 2003; y *López Solé y Martín de Vargas*, S 28 Oct. 2003, entre otras).

En consonancia con lo dicho, para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin *dilaciones indebidas* (art. 24.2 CE), ha señalado el Tribunal Constitucional que ha de acudirse a las pautas que nos ofrece su ya consolidada doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, por cuanto «de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración de este derecho fundamental», subrayándose

que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, se afirma que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (SSTC 153/2005, 178/2007, 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2, 142/2010, 54/2014, 103/2016 y 129/2016, entre otras).

Ello significa que, para que pueda prosperar el ejercicio de este derecho se requiere, en primer lugar, que la «**complejidad**» del asunto, en sus hechos o en sus fundamentos jurídicos, no justifique un tratamiento más dilatado en el tiempo del objeto procesal. En segundo lugar, que la tardanza del proceso no obedezca única y exclusivamente a la **dolosa conducta de la parte** recurrente, quien, mediante el planteamiento de improcedentes cuestiones incidentales, de recursos abusivos o provocando injustificadas suspensiones del juicio oral ocasiona el retraso anormal en la tramitación del procedimiento (SSTEDH 6 May. 1981 —caso *Buchholz*—, y 8 Dic. 1983 —caso *Preto*—). Por último, se hace necesario que la dilación obedezca a la mera **inactividad judicial**, sin que pueda constituir causa de justificación alguna la sobrecarga de trabajo del órgano jurisdiccional (*vid.* SSTC 160/2004, 153/2005), ya que, admitir lo contra-

rio, significaría dejar vacío de contenido esencial el referido derecho fundamental. En tal sentido, una avalancha momentánea de procedimientos que pueda sorpresivamente sobrecargar la actividad de un órgano judicial podría justificar el retraso en adoptar las medidas necesarias para satisfacer las pretensiones de las partes; lo que no puede suceder es que lo «normal» sea el funcionamiento «anormal» de la justicia, pues los Estados han de procurar los medios necesarios a sus Tribunales a fin de que los procesos transcurran en un «plazo razonable» (SSTEDH en los casos *Buchholz*, *Eckle* y *Zimmerman-Steiner*, citados, y de 11 Mar. 2004, caso *Lenaerts*).

Sobre este último aspecto, se ha señalado que, por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda (SSTC 160/2004, 153/2005, 93/2008, 141/2010, 54/2014, 87/2015 y 129/2016).

El Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre el contenido de este derecho en una de sus primeras resoluciones, la STC 24/1981, de 14 de julio, en la que ya se descubre la intención de adoptar un concepto de dilación indebida anclado en la jurisprudencia europea. En esta línea, es esencial el pronunciamiento contenido en la STC 36/1984, de 14 de marzo, en la que el derecho de todas las personas a un proceso sin dilaciones indebidas se define como un *concepto jurídico indeterminado* o abierto del que se dice que no se identifica con el mero transcurso de los plazos procesales y que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

Quizá la definición más aproximada del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y más acorde con la práctica actual del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de este derecho se encuentra en la STC 223/1988, de 24 de noviembre (FJ 3), que luego ha sido cita inexcusable de la jurisprudencia posterior hasta nuestros días, en la que se señala: «la frase sin dilaciones indebidas empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquel arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades». De acuerdo con estos criterios, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de los mismos a las circunstancias en él concurrentes (*vid.*, entre otras, SSTC 220/2004, 153/2005, 82/2006, 4/2007, 178/2007, 38/2008, 94/2008 y 75/2016).

Ciertamente, la definición no carece de rigor, aun cuando, desde un punto de vista estrictamente jurídico, el art. 24.2 CE no impedía que

el Tribunal Constitucional hubiera dotado de un contenido más exigente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el reconocido por el Tribunal Europeo al derecho establecido en el art. 6.1 del Convenio. Sin embargo, no ha sido así. El art. 24.2 CE no se identifica en nuestra jurisprudencia con el simple retraso de los plazos que, para la realización de actos del proceso, o para el conjunto de los que integran una instancia, puedan estar establecidos en las reglas que organizan el proceso. **El art. 24.2 CE no ha constitucionalizado, según el Tribunal, el derecho a los plazos procesales** (*vid.* SSTC 10/1991, 313/1993, 324/1994, 58/1999, 303/2000, 7/2002, 177/2004, 4/2007, 178/2007), sino, configurado como un derecho fundamental, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un **tiempo razonable** (SSTC 160/2004, 177/2004, 153/2005, 82/2006, 4/2007, 93/2008). Por dilación indebida no se está diciendo, por tanto, cosa distinta de lo que dice el art. 6.1 del Convenio Europeo (SSTC 5/1985, de 23 de enero; y las posteriores 223/1988 y 177/2004, entre otras).

1. Dilaciones indebidas por omisión y dilaciones indebidas por acción

Aun cuando, como suele ser habitual, las dilaciones se producen por *omisión*, es decir, por inactividad de los órganos judiciales, también debe señalarse que las dilaciones pueden producirse por *acción*, es decir, por determinadas actuaciones de los jueces y tribunales a lo largo de un proceso, por paradójico que pueda parecer a primera vista.

El Tribunal Constitucional, como se recordaba en las SSTC 324/1994, de 1 de diciembre, y 32/1999, de 8 de marzo, ha venido reconociendo que **las dilaciones puedan provenir no solo de omisiones sino también de actuaciones de los jueces y tribunales**: la suspensión de un juicio (STC 116/1983, de 7 de diciembre), la admisión de una prueba (STC 17/1984, de 7 de febrero) o la solicitud de nombramiento de abogado de oficio (STC

216/1988, de 14 de noviembre) pueden tener un carácter indebidamente dilatorio. En este sentido, en la STC 324/1994 mencionada (referida al caso de la presa de Tous) el Tribunal reconoció la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y otorgó el amparo.

La aceptada distinción entre dilaciones por acción y por omisión tiene especial incidencia sobre dos cuestiones. Por una parte, en la relativa al **cómputo del plazo** para interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues, en caso de que la dilación traiga causa de una acción del órgano judicial, tanto el *dies a quo* como el propio plazo siguen siendo los prevenidos en el art. 44.2 LOTC; por el contrario, cuando la dilación obedece a una omisión, son impracticables las previsiones de dicho precepto, debiendo acudir a un «plazo prudencial o razonable», indeterminable *a priori*, que permita al Juez o Tribunal poner remedio al retraso haciendo cesar la dilación (por todos, ATC 936/1988, de 20 de julio, y STC 31/1997, de 24 de febrero). Por otra parte, la existencia de dos tipos distintos de causas de producción de las dilaciones incide también de forma relevante en la determinación del tipo de reparación que el recurrente obtendrá ante la jurisdicción constitucional.

2. La naturaleza del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: derecho prestacional, derecho reaccional y derecho autónomo

No fue difícil comenzar a perfilar junto a la faceta **reaccional** de este derecho fundamental, después de descartar la tesis sostenida en la STC 5/1985, de 23 de enero, en la que el Tribunal intentó justificar «lo debido de las dilaciones» bajo la «consideración de los medios disponibles de la Administración de Justicia», otra de carácter **prestacional**. De este modo, la incardinación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas dentro del conjunto de los derechos del art. 24.2 CE

pone de manifiesto que se trata, en esencia, de un derecho ordenado al proceso cuya finalidad específica radica en la garantía de que el proceso judicial, incluida la ejecución de las resoluciones, se ajuste en su desarrollo a pautas temporales adecuadas. Se trata, en suma, de un derecho que posee una doble faceta: de un lado, la **reaccional**, que actúa en el marco estricto del proceso y «consiste en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas» (STC 35/1994). De otro, la **prestacional**, sin duda la fundamental, consistente en el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo «razonable». *Vid.* las SSTC 180/1996, 10/1997, 124/1999, 303/2000, 237/2001, 177/2004.

Junto a estos dos rasgos fundamentales de la naturaleza de este derecho debe llamarse la atención, ya en otro plano, sobre una tercera característica que el Tribunal ha puesto de relieve, no sin titubeos. Se trata de su **autonomía** en relación con otros derechos y, en concreto, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva «aunque son innegables las conexiones entre ambos», pues «el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse» (SSTC 24/1981, 324/1994, 125/1999, 220/2004, 142/2010, 54/2014). En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha observado una actitud dubitativa, porque si bien ha llegado a declarar que el derecho a un proceso sin dilaciones es autónomo del derecho a la tutela judicial, de tal declaración no se han extraído todas las posibles consecuencias que conlleva.

En una primera jurisprudencia entendió que el referido derecho se encontraba implícito y ostentaba un mero carácter instrumental del derecho a la tutela, del art. 24.1 CE (SSTC 24/1981, citada). Lógicamente, desde esta construcción jurisprudencial, el restablecimiento del derecho fundamental del art. 24.2 CE se obtendría exclusivamente a través del

restablecimiento del derecho a la tutela o, lo que es lo mismo, obligando al órgano judicial ordinario a emitir la resolución causante de la dilación indebida. Posteriormente, el Tribunal Constitucional modificó esta actitud inicial, configurando ambos derechos como distintos y reclamando, en definitiva, la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (SSTC 26/1983, de 13 de abril; y las posteriores 36/1984, 5/1985, 223/1988, 81/1989, 10/1991, 61/1991, 324/1994, 180/1996, 78/1998, 32/1999, 303/2000, 237/2001, 160/2004, 220/2004, 153/2005, 142/2010, 129/2016).

Desde esta perspectiva, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses (entre muchas otras, SSTC 13/1981, 61/1982, 103/1986, 23/1987, 146/1990, 22/1994). El contenido a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere, en cambio, no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino, como ya se ha expuesto, a una razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto (STC 324/1994). Se trata, en definitiva, de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, por lo tanto, también pueden ser objeto de distintas violaciones.

Las consecuencias de este distinto contenido de ambos derechos se encuentran también en la distinta forma en la que su lesión debe ser reparada. Así, dada una determinada inactividad judicial, la reanudación o ejecución del acto concreto da satisfacción a la tutela judicial, aunque no impide que, si se adopta con una tardanza excesiva e irrazonable, pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas. Cuando, por el contrario, se adoptan, aunque sea con la mayor celeridad, medidas que no son eficaces para asegurar la ejecución o que, aun siendo en

principio adecuadas, quedan privadas de eficacia por no ir seguidas de las destinadas a cumplimentadas, no cabrá hablar seguramente de dilaciones indebidas, pero sí, sin duda, de una falta de tutela judicial efectiva (SSTC 26/1983 y 324/1994, citadas).

Pero, si se parte de que una resolución tardía puede reparar el derecho a la tutela judicial pero no el derecho a un proceso sin dilaciones (SSTC 26/1983, 5/1985, 35/1994 y 180/1996), no puede al mismo tiempo sostenerse, como así lo hace, en principio, la jurisprudencia constitucional, que la declaración por parte del Tribunal de la lesión de este derecho deba limitarse a ordenar al órgano judicial la reanudación del proceso (pues con ello solo se repara la tutela). Ni tampoco puede afirmarse que no quepa ningún tipo de reparación por parte del Tribunal cuando el órgano judicial tardíamente ha reanudado la marcha del proceso. Ciertamente es que, en no muy lejana jurisprudencia, se ha acabado por admitir, aunque tímidamente, un valor a la sentencia constitucional que supera el estrictamente declarativo de la lesión, cuando la reintegración en el derecho constitucional no es posible o no es bastante para satisfacer todas las consecuencias causalmente conectadas a la violación del derecho por razón de la cual el recurso fue planteado. Y en este sentido, se ha admitido que **cuando la reparación *in natura* no es físicamente posible** o no es suficiente, **la restitución debe alcanzar formulas sustitutorias**, y, entre ellas, las **indemnizatorias**, pues, en otro caso, se estaría negando toda efectividad al derecho que tratamos.

II. LAS CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA LESIÓN DEL DERECHO

Acerca del alcance de la declaración del Tribunal Constitucional que reconoce la quiebra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la jurisprudencia ha señalado una distinción entre aquellos supuestos en que la re-

paración de la lesión constitucional permite una restitución *in natura* y aquellos otros en los que, no siendo posible tal reparación, ha de acudir a fórmulas sustitutorias.

1. La reparación *in natura*

El restablecimiento en estos casos, declarada la lesión del derecho, consiste, cuando la dilación traiga causa de una omisión del órgano judicial, en el efecto de imponer a este la adopción sin demora de la resolución respectiva (SSTC 133/1988, de 4 de julio; 153/2005, de 6 de junio; 178/2007, de 23 de julio). Así, por ejemplo, la STC 10/1997, de 14 de enero, en la que se reconoce el derecho de la solicitante de amparo a un proceso sin dilaciones indebidas y se acuerda en el Fallo requerir al Juzgado correspondiente para que proceda a la inmediata tramitación de los autos «hasta su pronta terminación». En cambio, cuando la lesión del derecho deriva de una acción del órgano judicial, el Tribunal declara la nulidad de la resolución causante de la dilación. Así, por ejemplo, en la ya citada STC 39/1995 en la que se reconoce que la dilación indebida trae causa de un Auto del Tribunal Supremo por el que se declaraba la suspensión de la ejecución de una Sentencia, el Tribunal Constitucional, en su fallo, otorga el amparo, reconoce el derecho de los recurrentes a un proceso sin dilaciones indebidas y anula la resolución referida.

Sea como sea, con la restitución *in natura* así entendida no puede repararse la lesión causada. Este tipo de reparación, incluso aun cuando físicamente sea posible, solo alcanza a paliar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, de ahí que, en ocasiones, cuando la inactividad jurisdiccional lesiva del mencionado derecho fundamental había cesado ya al dictarse la Sentencia que resuelve el amparo pedido, el TC se limita a declarar que se ha vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (SSTC 215/1992, de 1 de diciembre; 198/1999, de 25 de octubre; 177/2004, de 18 de octubre; 38/2008, de 25 de febrero;

54/2014, de 10 de abril; 87/2015, de 11 de mayo; 75/2016, de 25 de abril; 89/2016, de 9 de mayo, y 113/2016, de 6 de junio, por todas).

2. Las fórmulas sustitutorias (o complementarias)

Sin embargo, junto a la reparación *in natura* nuestro ordenamiento prevé otras medidas para reparar los efectos de las dilaciones indebidas. Unas, son medidas sustitutorias o complementarias cuando aquella es imposible. Otras, quedan fuera del ámbito estricto de las dilaciones procesales, aunque tienden también a paliar los efectos de las mismas. De forma meridiana se exponen en qué consisten en la STC 35/1994, de 31 de enero. Entre las primeras figuran, además de la posible exigencia de responsabilidad civil y aun penal del órgano judicial, la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el art. 121 CE para los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ya que las dilaciones indebidas constituyen una manifestación de ese mal funcionamiento. Las segundas, son especialmente relevantes en el orden penal, pues, aun cuando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es **invocable en todo tipo de procesos**, esto es, actuaciones jurisdiccionales, (por lo que no cabe en los procedimientos administrativos, *vid.* SSTC 26/1994, de 27 de enero, y 233/2005, de 26 de septiembre), ante cualquier clase de tribunales, conforme a una pacífica jurisprudencia (SSTC 18/1983, 47/1987, 149/1987 y 81/1989), y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencia (SSTC 26/1983; 28/1989; 313/1993; 324/1994; 33/1997; 109/1997; 78/1998; 32/1999; 303/2000 y 7/2002, entre otras muchas), **en el penal**, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de *poena naturalis* al estar comprometido el derecho a la libertad, **el celo del juzgador ha de ser siempre mayor** a la hora de evitar su consumación (SSTC 8/1990, 35/1994, 41/1996, 10/1997, 78/1998, 177/2004, 153/2005). Así, el Código Penal ha

previsto plazos de prescripción que suponen la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, tanto en lo que se refiere a la prescripción del delito, como a la prescripción de la pena (arts. 130 y ss.). Otros mecanismos tienden a paliar las nocivas consecuencias personales, familiares, laborales o de otra índole que de este indebido retraso pueden derivarse para el condenado. En este marco pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (véase el art. 4.4 del Código Penal). Con todo, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, estas medidas no forman parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque rebasan el ámbito del proceso o la finalidad de la conclusión inmediata del mismo que conforman aquel contenido constitucional.

Sin embargo, esta declaración tan categórica ha sido en cierto modo matizada en la práctica. Porque, si bien se han excluido de forma taxativa ciertas medidas que los órganos judiciales estaban aplicando para paliar los efectos de la lesión de este derecho, por otra parte, y aun cuando se ha titubeado al expresar si forman o no parte de su contenido, se ha llegado a admitir la necesidad de adoptar medidas distintas por parte del Tribunal al reparar el derecho.

A) *Medidas sustitutorias no aptas para reparar la lesión del derecho*

En las SSTC 381/1993, de 20 de diciembre; 8/1994, de 17 de enero; 35/1994, de 31 de enero; 148/1994, de 12 de mayo, y 295/1994, de 7 de noviembre, se suscitaba la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, una vez que se reconociera y declarara la vulneración del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, declarase la *inejecución* de la condena impuesta en la vía judicial previa. En dichas resoluciones se manifiesta expresamente que la *dilación del proceso no tiene que traducirse* ex art. 24.2 CE en la *inejecución de la Sentencia*

con la que esta haya finalizado, ni tampoco (...) la responsabilidad criminal ha de quedar alterada por la vía de aplicación de eximentes o atenuantes por el hecho de eventuales dilaciones. Constatado judicialmente la comisión de un hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta en modo alguno a ninguno de los extremos en los que la condena se ha fundamentado, ni perjudica a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y de la responsabilidad, no cabe pues extraer de aquellas una consecuencia sobre esta, ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria dictada. El Tribunal Constitucional señala al respecto que, si el órgano judicial estima que la ejecución de la tardía Sentencia puede producir efectos indeseados de cualquier género, el ordenamiento prevé a estos fines mecanismos como el indulto o la remisión condicional de la pena (FJ 3), pero nunca la inejecución de la Sentencia penal. Se descartaba así que formara parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal prevista por la comisión del delito objeto del proceso en el que la dilación se ha producido (así, más recientemente la STC 78/2013, de 8 de abril).

La citada STC 35/1994 salía así al paso, por otra parte, de la tesis mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 14 Dic. 1991, corroborada posteriormente por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 21 May. 1999, y seguida posteriormente (*vid.* SSTs 32/2004, de 22 de enero; 203/2004, de 20 de febrero; 1383/2005, de 21 de octubre; 103/2006, de 8 de febrero; 338/2007, de 25 de abril), en la que se utilizó la vía de atenuar la responsabilidad del autor de la infracción penal mediante la aplicación de la **circunstancia atenuante analógica** contenida en el art. 9.10 del anterior Código

Penal (actual art. 21.6.^a). Evidentemente, a mi juicio, esta es una solución «indebida» para remediar una dilación «indebida». *Vid.*, sobre esta cuestión, MANJÓN-CABEZA, HUERTA.

En la actualidad, ha de tenerse en cuenta que la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, añadió en su artículo 1 una nueva circunstancia 6.^a de atenuación de la responsabilidad penal en el artículo 21, pasando a ser 7.^a la anteriormente numerada como 6.^a Dicha nueva circunstancia tiene la siguiente redacción: *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

Con esta decisión legislativa se pone fin (o no) a la discutible construcción jurisprudencial de aplicar analógicamente, se entiende que *in bonam partem*, una atenuación en la pena a imponer en supuestos en que el procedimiento penal se ha dilatado en el tiempo sin que el imputado hubiera desplegado una actuación a la que pudiera atribuirse el retraso. Aun cuando pueda mantenerse que el art. 4.1 CP establece la prohibición de toda clase de analogía, la atenuante analógica que ahora contempla el art. 21.7.^a CP supone un reconocimiento legal específico de esta concreta manifestación de la analogía *in bonam partem*, permitiéndose atenuar la pena en situaciones no previstas en los números anteriores pero similares a las allí contempladas.

Evidentemente, late en la decisión legislativa el reconocimiento de que tal situación ha vulnerado el derecho fundamental a un proceso *público sin dilaciones indebidas*, contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, cuyas características explicitadas *supra* son las que, básicamente se recogen ahora como requisitos en la nueva circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal.

En resumen, de los distintos caminos iniciados por la doctrina y la jurisprudencia, ni la

nulidad (arts. 238 y ss. LOPJ), ni la *absolución* (ya que no es posible fundamentar jurídicamente la decisión de absolver a quien, según el resultado del juicio, habría de condenar), ni la aplicación analógica del art. 33 del anterior Código Penal «abono» del exceso de sufrimiento, actual art. 58), ni tampoco, como ya se ha dicho, la atenuación de la pena o la inejecución de la Sentencia, son medios satisfactorios para reparar el derecho vulnerado.

B) *El derecho a la indemnización como medida sustitutoria o complementaria*

Al afirmarse que estas medidas no forman parte del contenido del derecho, la consecuencia es que el Tribunal solo pueda en tales casos declarar, sin más efectos, la lesión del mismo. Ahora bien, esta simple declaración de la lesión del derecho supone una identificación de este derecho con el de la tutela judicial efectiva y, evidentemente, no puede convenirse en que sea esta la consecuencia que puede extraerse después de afirmar la autonomía de este derecho.

La jurisprudencia constitucional no se ha manifestado unánime sobre estas cuestiones a lo largo del tiempo. Hasta la publicación de la Sentencia 36/1984, de 14 de marzo, el criterio sustentado era el de que «el derecho a ser indemnizado no está incluido en los arts. 14, 24 y 30.2 de la CE» (ATC 110/1981, de 4 de noviembre), por lo que ni es invocable ni menos aún cuantificable en la vía del amparo constitucional, dado que «la petición de indemnización no se corresponde con ninguno de los pronunciamientos que este Tribunal Constitucional puede efectuar al resolver los recursos de amparo» (STC 37/1982, de 16 de junio, FJ 6).

Pero, desde la mencionada Sentencia 36/1984, la doctrina comienza a progresar por un camino en el que, aun partiendo de que «el derecho a ser indemnizado... no es en sí mismo un derecho invocable en la vía de amparo», pare-

ce ya adivinarse la tesis según la cual **la declaración** por parte del TC de la lesión del derecho **puede servir de título** que el ciudadano aporte en el proceso ordinario donde se resuelva la procedencia de la indemnización. Tesis que se reitera en la STC 35/1994, de 31 de enero, y en las posteriores 180/1996, de 12 de noviembre; 33/1997, de 24 de febrero, y 53/1997, de 17 de marzo, si bien en estas dos últimas (debidas al mismo Ponente), a pesar de que se insiste en que «El nuestro ha de ser un pronunciamiento declarativo, pero no simbólico, desprovisto de eficacia práctica, desde el momento en que, en su caso, constituye el presupuesto del derecho a la indemnización de daños y perjuicios por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia», parece encontrarse una vuelta a la doctrina anterior.

Sin embargo, esta solución sigue, con todo, sin ser la óptima dado el actual desarrollo legislativo del art. 121 CE. La utilización del procedimiento previsto en los arts. 292 a 296 de la LOPJ para conseguir una reparación indemnizatoria obliga al ciudadano a iniciar un nuevo procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia, el cual probablemente se verá de nuevo dilatado, obligando al reclamante a recurrir a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con lo que el amparo que haya podido obtenerse ante el Tribunal Constitucional se habría convertido en un amparo platónico, no real ni efectivo (*vid.* la opinión manifestada por Gimeno Sendra en su voto particular a la STC 81/1989, de 8 de mayo). En la actualidad, el Tribunal únicamente hace referencia sin más a que el restablecimiento del derecho «solo podrá venir por la vía indemnizatoria» (SSTC 237/2001, 167/2002, 73/2004, 233/2005, 263/2005, 28/2006, 73/2007, 5/2010), autolimitación que el Tribunal Constitucional se impone para conocer de estos casos y que no se corresponde con la función que tiene encomendada. La decisión, en tales supuestos, debería también extenderse a reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, dejando a la jurisdicción ordinaria, solo y exclusiva-

mente, la facultad de fijar el *quantum* de dicha responsabilidad; de este modo la resolución del Tribunal actuaría como título ejecutivo en un procedimiento de ejecución. Ninguna norma impide, a nuestro juicio, que fuese, incluso, el propio Tribunal quien fijara la cuantía de la indemnización (BARCELÓ/DÍAZ-MAROTO).

Por lo demás, siempre cabría **acudir al Tribunal Europeo de Derecho Humanos** en demanda de una indemnización por la vulneración del derecho «a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable» (art. 6.1 del Convenio Europeo), ya que el art. 50 del Convenio permite que pueda fijarse una indemnización a cargo del Estado cuando se declare la violación de tal derecho. Esto es, precisamente, lo que hizo el TEDH en el caso *Unión Alimentaria Sanders* en su Sentencia de 7 Jul. 1989, ya citado, y en la que, por primera vez se condenó a España al pago de una indemnización por vulneración del art. 6.1 del Convenio. Posteriormente, también nuestro país fue condenado en los casos *López Solé y Martín de Vargas y González Doria Durán de Quiroga*, en Sentencias de la misma fecha (28 Oct. 2003); *Soto Sánchez*, de 25 Nov. 2003; *Quiles González*, de 27 Abr. 2004; *Alberto Sánchez*, de 16 Nov. 2004; *Moreno Carmona*, y *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan*, ambas de 9 Jun. 2009; *Ortuño Ortuño*, de 27 Sep. 2011; *Serrano Contreras*, de 20 Mar. 2012; *Comunidad de Propietarios Pando número 20*, y *Ruiz-Villar Ruiz*, ambas de 20 Dic. 2016.

Finalmente, cabe señalar que **el Tribunal exige**, para impetrar amparo por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, **que la parte haya invocado la lesión** de su derecho ante el órgano judicial que supuestamente la ha causado **y que el proceso no haya finalizado**. El primero de estos requisitos parece lógico, dada la configuración subsidiaria de la jurisdicción constitucional (*vid.* SSTC 140/1998, 32/1999, 303/2000, 177/2004, 99/2006, 4/2007, 38/2008). Pero no ocurre lo mismo con el segundo.

Exigir que el proceso en curso no haya fenecido no se corresponde con el contenido otorgado por la jurisprudencia al concepto «dilaciones indebidas» y choca, además, con la finalidad de haber constitucionalizado este derecho como fundamental y proteger su lesión mediante el recurso de amparo. La reanudación de la actividad judicial, por sí misma, no convierte en constitucional la lesión sufrida en el derecho. O, dicho de otro modo: producida la dilación y siendo esta indebida, el juez ordinario no puede ya reparar la lesión causada al ciudadano, aunque con su actividad haga cesar extemporánea-

mente la dilación. Por lo tanto, a efectos del reconocimiento de una vulneración de este derecho, debe ser indiferente que el proceso haya o no finalizado, a pesar de lo cual también sigue sosteniendo el TC que «las demandas de amparo por dilaciones indebidas formuladas ante la jurisdicción constitucional una vez finalizado el proceso en el cual se alega que se han producido carecen de viabilidad» y, en consecuencia, han venido siendo rechazadas por falta de objeto (*vid.* SSTC 146/2000, 237/2001, 167/2002, 63/2005, 233/2005, 28/2006, 99/2006, 57/2007, 73/2007, 119/2008, 5/2010, 126/2011, 58/2016).

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., «Dilaciones indebidas (atenuante)», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Memento práctico penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, págs. 452-459.

ASÚA BATARRITA, A., «Dilaciones indebidas e individualización de la pena: insuficiencias de *lege data* y de la praxis jurisprudencial», en ASÚA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E. (Eds.), *Hechos postdelictivos y Sistema de Individualización de la Pena*, Bilbao, 2009, págs. 197-263.

BARCELÓ I SERRAMALERA, M. y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del tribunal constitucional», *Revista del Poder Judicial*, núm. 46, 1997, págs. 13-48.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su repercusión en el ámbito penal», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 2008, págs. 13-25.

— «La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento», en *La Ley Penal*, núm. 80, 2011, págs. 44-59.

GIMENO SENDRA, V., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, págs. 137 y ss.

HUERTA TOCILDO, S., «La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, tomo I, págs. 1033-1059.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas, analogía e interpretación: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Barcelona, 2007.

RODÉS MATEU, A., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: Estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 2009.

LA INTERDICCIÓN DE *BIS IN IDEM* PROCESAL

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

MAGISTRADO

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la **STC 2/1981**, la jurisprudencia constitucional reconoce que el principio *non bis in idem*, aunque no se encuentra expresamente mencionado en la Constitución, forma parte del principio de legalidad y tipicidad de las infracciones (art. 25.1 CE). Del mismo resulta la **prohibición de duplicidad de sanciones** (administrativa y penal) por unos mismos hechos, salvo en el ámbito de las relaciones de supremacía especial de la Administración. Como ha establecido el Tribunal Constitucional, «supone la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que implica castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en que adecuadamente se constata que concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento» (SSTC 107/1989, 150/1991 y 221/1997).

De la vertiente procesal del principio *non bis in idem* resultan dos importantes consecuencias que el Tribunal Constitucional afirma desde la STC 77/1983: la **prevalencia del orden penal** frente al administrativo sancionador y la estricta **vinculación fáctica** de la Administración a la determinación de los hechos realizada por los Tribunales penales. El fundamento de ambas exigencias es procesal y no sustantivo, pues se vincula a la necesidad de respetar la cosa juzgada: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa

haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema».

Y añade el Tribunal Constitucional: «El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado solo en las condiciones estatuidas en dicho precepto».

Con posterioridad, la STC 159/1987 extenderá la prohibición de *bis in idem* en su vertiente procesal a la **prohibición de doble proceso**, pues concluido el primero no cabe iniciar un nuevo procedimiento «y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme». Se vincula, pues, la prohibición constitucional con el derecho a la tutela judicial efectiva, en concreto con el derecho a que «las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos» y, como derivado de ello, el derecho «al respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas».

Este era el estado de la doctrina constitucional hasta la publicación de la **STC 177/1999**, que realiza una reelaboración profunda de los postulados anteriores en el entendimiento de que si la Administración, en lugar de paralizar el procedimiento sancionador a la espera de la resolución que recaiga en el procedimiento penal, actúa imponiendo una sanción administrativa, esta circunstancia no puede conducir a permitir la imposición subsiguiente de una sanción penal, negando la lesión del derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por la misma infracción.

Para el Tribunal Constitucional, las dos vertientes en que se materializa el principio *non bis in idem* (prohibición de duplicidad de sanciones y prohibición de procedimientos sancionadores) deben ser entendidas en un

sentido material, lo que le lleva a reconsiderar el postulado tradicional de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la Administración. Tal revisión resulta obligada, teniendo en cuenta la configuración de este principio como un derecho del individuo frente a la acción estatal, de modo que **la eficacia de la prohibición no puede hacerse depender del orden jurídico de aplicación preferente**.

En efecto, sobre su configuración como derecho de defensa del ciudadano, se establece en la STC 177/1999, que «el principio *non bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental. De lo anterior se desprende que [...] la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración».

En definitiva, el Tribunal Constitucional parte de la base de considerar el Derecho punitivo y sancionador de la Administración como una unidad que corresponde actuar al Estado y que este ejercita mediante órganos administrativos o por medio de los órganos jurisdiccionales. Por ello, no cabe afirmar la primacía en abstracto de la sanción penal sobre la administrativa, pues ambas derivan del art. 25 CE; solo cabe aplicar un criterio cronológico y, por tanto, cuando los tribunales penales tengan constancia de la existencia de una sanción administrativa previa por los mismos hechos deberán abstenerse de actuar para evitar conculcar la prohibición del *non bis in idem*, pues sancionando, penal o administrativamente, una infracción no cabe adicionar otra distinta sin vulnerar el mencionado principio.

En la **STC 152/2001**, en la que se aborda el examen de un caso en el que también concurren dos sanciones (administrativa y penal) por unos mismos hechos, poniendo fin a sendos procedimientos que se desarrollaron prácticamente de forma simultánea, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el momento en el que se ha de realizar la **invocación de la lesión del derecho** (al menos, la formulación del pliego de cargos en el procedimiento administrativo), que en el caso el recurrente realizó tardíamente al no poner en conocimiento de las autoridades administrativas la existencia del procedimiento penal. Y señala: «una alegación conscientemente tardía, que por su retraso hace imposible el remedio de la vulneración producida, no puede considerarse cumplidora del requisito [art. 44.1.c) LOTC] cuando hace imposible su finalidad». En suma, como expresamente se establece en la sentencia, el recurrente con su actuación maliciosa influyó en que se produjese el resultado de la duplicidad de sanciones: «el silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en el que la vulneración estaba teniendo lugar, y podía ser remediada, y el aplazamiento de la reacción defensiva al momento en que la sanción administrativa se había impuesto, puede encontrar explicación,

que no justificación, en una táctica defensiva, consistente en tolerar la actual vulneración del principio *non bis in idem* para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal; pero un explicación tal lo que evidencia es una manipulación de la funcionalidad del principio *non bis in idem* en vez de una atendible reclamación de su respeto».

La inflexión que en la jurisprudencia constitucional sobre el *non bis in idem* supuso la STC 177/1999, completada con la doctrina establecida en la STC 152/2001 sobre el momento en que ha de invocarse la lesión del derecho, ha sido revisada por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante la **doctrina de la STC 2/2003**.

El Tribunal Constitucional, apartándose del precedente establecido en la STC 152/2001, admite en primer lugar que la violación del derecho constitucional había sido alegada oportunamente, entendiéndose que es el trámite de cuestiones previas del proceso penal abreviado el momento idóneo para realizar la invocación. A continuación, en cuanto al fondo, declara que no se ha infringido la prohibición constitucional, porque al haber quedado absorbida la sanción administrativa en la penal, no se ha producido exceso punitivo. Y añade: «Frente a lo sostenido en la STC 177/1999 no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora **no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora** de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto».

Desde la perspectiva procesal, evitación de la duplicidad de procedimientos sancionadores, el Tribunal Constitucional recuerda que solo ha reconocido autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (STC 159/1987), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción carece de relevancia constitucional (STC 98/1989). No obstante, aclara: «no puede negarse que en ciertos casos la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal —por los mismos hechos y con el mismo fundamento— puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional». «En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan solo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal».

A lo que todavía se añade un argumento adicional: «la interdicción de doble procedimiento sancionador solo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no impide un segundo procedimiento sancionador».

Establecida de esta forma que la duplicidad de procedimientos sancionadores no quebranta la garantía constitucional más que en el caso de que se trate de un **doble procedimiento penal**, el Tribunal Constitucional se ocupa de reafirmar la prevalencia de la jurisdicción penal, pues es la sanción administrativa la que ha de anularse y no la segunda sanción como se estableció en la STC 177/1999, pues apartándose del criterio establecido en esta resolución, afirma ahora el Tribunal Constitucional: «la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional [...] y en consonancia con la declaración efectuada en la STC 77/1983 (cuya doctrina ahora se recupera) acerca de la “imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”».

Se trata, en fin, de una doctrina que intenta superar la crisis provocada de las discrepancias surgidas en el seno del Tribunal Constitucional sobre el alcance que debe reconocerse al principio *non bis in idem*, que ha dado lugar a una doctrina que ya ha sido reiterada y sintetizada en la **STC 334/2005**: «El Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en las SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en **impedir el exceso punitivo** en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora,

ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada (FJ 6). Igualmente en la STC 2/2003 también hemos reiterado, desde la **perspectiva procesal** del principio *non bis in idem*, que “la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera **procedimientos sancionadores**, sino tan solo **respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud—**, pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de **sujeción al procedimiento tan gravosa** como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (FJ 8); de tal modo que, cuando la sencillez el procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administra-

tivo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador».

También se refiere a un problema de *bis in idem* procesal o doble enjuiciamiento la STC 69/2001, que otorga el amparo a los recurrentes contra quienes se siguieron dos procesos por el delito de alzamiento de bienes, en uno resultaron absueltos y condenados en el segundo. El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina, que enmarca en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sobre la prohibición de incurrir en *bis in idem* procesal o de seguir un doble proceso penal con el mismo objeto, cuyo contenido se concreta «en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento».

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2008.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *El principio non bis in idem*, Dykinson, Madrid, 2004.

MARINA JALVO, B., «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio *non bis in idem* (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero)», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003.

PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa. Efectos internos de una controversia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», en PÉREZ MANZANO, M. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

— *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PUERTA LUIS, L. R., «Duplicidad sancionadora. Administrativa y penal. *Non bis in idem*», en *Extranjeros y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

SANZ RUBIALES, I., «Potestad sancionadora administrativa, *non bis in idem* y primacía del orden penal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Revista Poder Judicial*, núm. 59, 2000.

VIVES ANTÓN, T., «*Ne bis in idem* procesal», en *Los principios del proceso penal y la presunción de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ESPECIALIDADES DEL DERECHO AL PROCESO CON GARANTÍAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario: I. Garantías procesales aplicables en el procedimiento administrativo sancionador. 1. Introducción. El derecho al procedimiento sancionador y la separación entre las fases instructora y resolutoria. 2. Derecho a ser informado de la acusación. A) Introducción. B) Contenido del derecho a ser informado de la acusación. C) Momento en que ha de realizarse la información de la acusación. D) Correlación entre la acusación y la resolución sancionadora. 3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. 4. Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado. A) Asistencia técnica en el procedimiento disciplinario penitenciario. B) Asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar. 5. Derecho a la prueba y su relación con el derecho a la presunción de inocencia. 6. El principio ne bis in idem. II. Análisis de los derechos no aplicables en el procedimiento administrativo sancionador.

ÁNGEL JUANES PECES

VICEPRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. GARANTÍAS PROCESALES APLICABLES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Introducción

Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional consagra la **aplicación de muchos de los derechos del art. 24.2 CE al procedimiento sancionador**. En concreto, la STC 18/1981, ya citada anteriormente, formuló esta doctrina que luego se ha consolidado y desarrollado a lo largo del tiempo. En dicha Sentencia, completada por las de 6 de junio de 1991, 24 de mayo de 1994, 10 de enero de 1997, 18 de julio de 2011, se dice, entre otras cosas, que son aplicables al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, por cuanto la actividad sancionadora de la Administración debe regirse por los principios informadores del Derecho penal.

De este modo, en las SSTC 89/1995, de 6 de junio y 45/1997 de 11 de marzo se manifiesta que «es doctrina reiterada de este Tribunal y del TEDH [...] la de que los principales principios y garantías constitucionales del [...] proceso penal han de observarse con ciertos matices en el procedimiento administrativo sancionador, y así entre aquellas garantías procesales, hemos declarado aplicable el derecho de defensa (STC 4/1982), el derecho a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989), el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (STC 2/1987 de 21 de enero), así como el de presunción de inocencia (por todas, STC 138/1990 de 17 de septiembre)».

Sin embargo, hay que advertir que aun a pesar de ese substrato común al ámbito penal y el administrativo, si descendemos al nivel de la legalidad ordinaria, es en el aspecto procedimental donde más se aprecia una diferencia de grado entre la regulación de los respecti-

vos ámbitos sancionadores penal y administrativo, pues si en el penal existe una cuidada normativa procesal, en cambio no ha acaecido lo mismo, hasta épocas relativamente recientes, en el administrativo.

Ciertamente, la Constitución, en su art. 149.1.18, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo, también en materia sancionadora, pero la codificación administrativa general establecida en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, no llegó a configurar en puridad un verdadero procedimiento administrativo sancionador, sino que se limitó a recoger unas reglas básicas en sus arts. 134 a 138, que no construían un procedimiento propiamente dicho, entendido como cauce formalizado de tramitación ordenada del expediente sancionador, sino unos simples principios esenciales, que, ciertamente, deberían de ser incorporados a cada regulación procedimental sectorial.

Tampoco el desarrollo reglamentario de la referida Ley, constituido en cuanto aquí interesa por el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, configuró un sistema procedimental común y unificado, desde el momento que el mismo comenzaba apuntando en su art. 1.1 un mero carácter supletorio respecto de las normas de procedimiento reguladas en las normativas sancionadoras sectoriales. Más aún, ese mismo art. 1 configuraba expresamente a dicho reglamento como meramente supletorio respecto de los procedimientos de ejercicio de la potestad sancionadora en materia tributaria y los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social. En fin, este art. 1 tan citado añadía que el reglamento no era de aplicación ni siquiera supletoria al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria. Resultaba, por ello, imprescindible acudir a cada normativa sectorial para dis-

cernir cuál fuera la regulación procedimental concretamente aplicable. Si tal estado de cosas no dio lugar a una total fragmentación del marco jurídico de la potestad sancionadora, en su aspecto procedimental, fue porque al fin y al cabo las reglas y trámites establecidos en el tan citado Real Decreto 1398/1993 no hacían más que plasmar unos principios comúnmente admitidos en nuestra cultura jurídica sobre la ordenación de los procedimientos sancionadores, de manera que en la realidad de las cosas la estructura de los distintos procedimientos solía responder a pautas sustancialmente coincidentes.

Actualmente, derogada la Ley 30/1992 por las Leyes 29/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), es a estas dos leyes a las que tendremos que acudir, sobre todo, en cuanto concierne a la perspectiva procedimental, a la primera (en grandes líneas, puede decirse que los principios sustantivos concernientes al ejercicio de la potestad sancionadora se encuentran en la Ley 40, pero la regulación procedimental se localiza en la Ley 39). De todos modos, la sucesión normativa anotada no ha supuesto una alteración sustancial del marco preexistente, pues la LPAC mantiene una regulación básicamente coincidente con la anterior. Lo que sí ha hecho esta Ley es incorporar a su articulado numerosas prescripciones que antes estaban en el reglamento, elevando su rango. Aun así, la Ley sigue sin regular un procedimiento sancionador propiamente dicho. Lo que hace es ir desgranando especialidades o peculiaridades del procedimiento sancionador al hilo de la regulación del procedimiento administrativo común.

Conviene tener presente, en este sentido, que la LRJSP establece en su art. 25 que las disposiciones de dicha Ley sobre la potestad administrativa sancionadora *serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la*

naturaleza jurídica de la relación de empleo (lo cual supone una novedad respecto de la regulación precedente, en la que la materia disciplinaria se excluía de la aplicación directa de la Ley 30/1992); pero añade en el mismo precepto que la Ley no será de aplicación *al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas*; y a su vez, de la regulación general de carácter procedimental establecida en la LPAC se excluyen las materias enumeradas en su disposición adicional primera, ap. 2.c), a cuyo tenor se regirán por su normativa específica, y solo supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley, *las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería*; de manera que cuando nos hallemos ante infracciones incardinables en estos ámbitos no podremos acudir a la regulación general y común de la LPAC más que con el modesto carácter propio del Derecho supletorio.

Así pues, a continuación se hará un recorrido por los principios esenciales del procedimiento sancionador, no sin antes dejar sentado que la Ley parte de dos postulados básicos en esta materia, como son, primero, la necesidad de un procedimiento, y la consiguiente prohibición de la imposición de sanciones «de plano», y segundo, la necesidad de articular una separación entre las fases instructora y resolutoria del expediente sancionador.

Ante todo, la LPAC recoge de forma expresa la prohibición de la imposición de sanciones administrativas «de plano» (es decir, sin procedimiento alguno), cuando dispone en su art. 63.2 que *en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento*. Ha de haber, pues, en todo caso, como presupuesto inexcusable de la imposición de cualquier san-

ción, un procedimiento sancionador. Podrá ser abreviado, más aún, incluso acelerado, pero tendrá que existir un trámite procedimental reconocible como tal.

A partir de este dato, surge el segundo postulado del ejercicio de la potestad sancionadora que se acaba de anotar, la separación entre la fase de instrucción y la de resolución. Es este un principio plenamente operativo e indiscutido en el ámbito penal, que ha adquirido relevancia y rango constitucional, como ha declarado el mismo Tribunal Constitucional (*vid.* la relevante STC 145/1988, de 12 de julio). Sin embargo, en el orden administrativo no puede afirmarse con igual contundencia esa separación. Una sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 nos recuerda que *por la misma naturaleza de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse, desde la perspectiva constitucional, una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto a los órganos judiciales ha de darse en el proceso jurisdiccional*. Sin embargo, esta misma sentencia puntualiza a continuación que la diferenciación entre una fase instructora y una ulterior fase resolutoria sancionadora en los procedimientos administrativos, aun no caracterizándose como una exigencia constitucional (aquí nos hallamos ante una de las modulaciones de los principios del orden penal en su aplicación al Derecho Administrativo sancionador) se ha configurado como una exigencia de legalidad ordinaria. Así lo disponía el art. 134.2 de la Ley 30/1992 y en el mismo sentido el actual art. 63.1 LPAC establece que *los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos*.

Cuestión distinta es que aun afirmada de esta manera la separación entre una y otra fase, en el ámbito de la potestad sancionadora ad-

ministrativa se tienen por legítimas ciertas técnicas que en el ámbito penal serían difícilmente admisibles, como, a título de muestra, las resoluciones sancionatorias que se limitan a plasmar la conformidad del órgano decisorio con la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente. Así, la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001, recaída en el recurso de casación en interés de la Ley núm. 690/2000, fija como doctrina legal que *la plasmación material de la resolución sancionadora, consistente en la inclusión de un estampillado en la propuesta de resolución, firmado por el Sr. Alcalde y del que da fe el Secretario de la corporación, cumple con el requisito de la necesaria motivación de los actos administrativos, sin producir indefensión, ni confundir la función de instrucción y resolución, siempre que dicha propuesta exprese debidamente las razones fácticas y jurídicas de la sanción que se impone.*

2. Derecho a ser informado de la acusación: el concepto de indefensión

A) Introducción

El art. 24.2, párr. 1.º, CE consagra el derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno mismo. Este derecho **es aplicable al procedimiento administrativo sancionador, según ha declarado el Tribunal Constitucional en multitud de sentencias**. Así, entre otras, la STC 205/2003, de 1 de diciembre, señala que «entre las garantías trasladables al procedimiento administrativo, se ha incluido expresamente el derecho a ser informado de la acusación» (ver, asimismo, SSTC 116/2002, de 20 de mayo, y 54/2003, de 24 de marzo).

Sin embargo, como en otra serie de derechos fundamentales, la traslación de esta concreta garantía al ámbito sancionador **no es automática** y no lo es, entre otras razones, porque

distintos son los procesos penal y sancionador. Uno es eminentemente oral, el otro escrito. El proceso penal está dirigido en la fase preliminar o de investigación por un juez imparcial y el proceso disciplinario por un instructor que es funcionario público, que debe actuar con sujeción a la ley pero que no goza de la imparcialidad propia de los Jueces, según lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y, finalmente quien resuelve en el proceso sancionador no es el órgano ante quien se realizaron las pruebas, sino otro distinto, la autoridad sancionadora con potestades amplias para revisar la propuesta del instructor.

Estas diferencias entre el proceso penal y el procedimiento sancionador explican las singularidades de las garantías procesales del art. 24.2 CE cuando se proyectan en el ámbito administrativo sancionador, que es precisamente lo que acontece en el caso del derecho a ser informado de la acusación, principio éste que, teniendo en ambos casos el mismo contenido, presenta sin embargo en esta segunda clase de procedimientos una serie de modulaciones que seguidamente serán objeto de análisis.

Hechas estas consideraciones previas a modo de introducción, es necesario determinar:

- el contenido del derecho a ser informado de la acusación;
- el momento en que ha de ejercitarse, y
- la relación entre la acusación y la resolución sancionadora, con especial referencia a la problemática de las normas en blanco.

B) Contenido del derecho a ser informado de la acusación

Antes de desarrollar el contenido del derecho enunciado, es necesario hacer una matización. Según reiterada Jurisprudencia Constitucional [por todas, STC 117/2002, de 20 de

mayo] el derecho a ser informado de la acusación **es instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa**, pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa de la que no se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse.

Asimismo, se han establecido por nuestro Alto Tribunal [STC 160/1994, de 23 de mayo] como elementos indispensables y esenciales de toda acusación el relato de los hechos, la calificación jurídica de los mismos y sus consecuencias jurídicas, esto es, la individualización de la sanción, sin que quepa en ningún caso la acusación implícita ni tácita.

En cuanto a la extensión de la acusación —según matiza el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 205/2003—, **no se exige detallar de forma exhaustiva los hechos objeto de acusación**, sino que resulta suficiente con que la acusación **contenga los hechos relevantes y esenciales** para efectuar una calificación jurídica. En esta materia, el casuismo —como señala el Tribunal Constitucional— es inevitable, por lo que habrá de analizarse caso por caso a efectos de determinar si la acusación alcanza o no el grado de concreción exigible para evitar la indefensión.

Hasta aquí los hechos que ha de contener obligatoriamente la acusación que, en suma, no son otros que aquellos que sirven para identificar la infracción cometida.

La acusación tiene que contener, asimismo, **la calificación jurídica de los hechos**, como se indica, entre otras, en la STC 205/2003 según la cual: «si en la información sobre la acusación no se contiene la calificación jurídica, se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE». Es por ello exigible a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que esta contenga los

elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa. En suma, que **se determinen con precisión los caracteres básicos** de la infracción cuya comisión se atribuye al inculpaado.

Finalmente, la acusación ha de **concretar la sanción a imponer**. Este es el criterio del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, y valgan como ejemplo la STC 145/1993, de 26 de abril, y de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la STS de 27 Sep. 1999 [Secc. 3.ª, recurso contencioso-administrativo núm. 494/1996 (Ponente: Sr. D. Óscar González González)]. En la primera de ellas, en lo que aquí importa, se dice: «este Tribunal en diversas sentencias y en relación al procedimiento sancionador, se ha referido como elementos indispensables de toda acusación sobre la que debe versar el ejercicio del derecho de defensa, a la calificación de la falta y sus consecuencias jurídicas». En concreto, el Tribunal Constitucional exige un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trate.

En conclusión, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reconocen que, en la mayoría de los casos, la mera infracción, en el procedimiento administrativo sancionador de las garantías procedimentales reconocidas en el art. 24 CE no supone *per se* la anulación o invalidación del procedimiento administrativo o de su resolución sancionadora, siendo necesario para que pueda apreciarse tal resultado invalidante, que se haya generado una situación de indefensión. Buen ejemplo de la doctrina expuesta lo constituye la STC 70/2012, de 16 de abril, en la que, entre otras cosas, se dice «en este sentido, en la STC 291/2000, de 30 de noviembre, ya declaró el Pleno de este Tribunal que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate, como en este supuesto acontece, de un acto

administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24.2 CE». En otras Sentencias del Tribunal Constitucional, como es el caso de la 18/1981, se dice que los principios del art. 24 CE en materia de procedimiento son aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto.

C) *Momento en que ha de realizarse la información de la acusación*

La CE no señala plazo para realizar la información de la acusación, pero en el art. 6.3.a) CEDH se especifica «en el más breve plazo».

Más allá de esta formulación genérica, se trata de determinar el momento preciso en que ha de hacerse dicha información, si en el momento inicial del expediente o en el pliego de cargos. En íntima conexión con la pregunta anterior, habremos de discernir si dicha información ha de realizarse también en las denominadas «diligencias reservadas» sobre cuya naturaleza se ha pronunciado reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional como las Salas Tercera y Quinta del Tribunal Supremo.

Respecto a la primera cuestión, esto es, el momento de la información, razona el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/1999, de 25 de enero, que «es evidente que tal indeterminación inicial se concreta inmediatamente en el pliego de cargos, en el cual se describen los hechos y se califica jurídicamente la conducta que se imputa al demandante de amparo seguidamente contestado en el pliego de descargos. Por consiguiente, puede deducirse que la originaria indefinición fáctica y jurídica no ha supuesto un desconocimiento de los hechos que determinan la incoación del expediente disciplinario, ni ha originado al demandante, que tuvo conocimiento tempestivo y completo de la imputación, una indefensión con relevancia constitucional (STC 120/1996)».

Por su parte, la STC 205/2003 explica que «si en el mismo pliego de cargos no se contienen los hechos relevantes y esenciales para efectuar la calificación jurídica de la infracción administrativa, se lesionan las garantías básicas de dicho procedimiento sancionador, con la consiguiente vulneración de las contenidas en el art. 24.2 CE».

Es por ello exigible, a la luz del derecho fundamental a ser informado de la acusación, que el pliego de cargos contenga los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa.

En definitiva, lo relevante es que el expedientado haya conocido, ora ya en la iniciación del procedimiento, ora en el pliego de cargos, el contenido de la acusación, pues en caso contrario, se lesionaría el derecho de defensa.

Así se reconoce actualmente en la LPAC, cuyo art. 64 establece (ap. 2.º) que el acuerdo de iniciación deberá contener, entre otros extremos, *Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*; si bien el ap. 3.º del mismo precepto matiza que *Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados*.

Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 Ene. 2001 (recurso núm. 7037/1996) señala que las aseveraciones e imputaciones que contiene el Acuerdo de iniciación *no tienen el valor de hechos probados ni el de sanción o reproche individual, sino solamente el de apreciaciones de carácter meramente presuntivo, destinadas precisamente a dar a conocer a los interesados la materia objeto de investiga-*

ción, y a fin de que puedan desarrollar sus garantías de defensa con total plenitud. Por tal razón, advierte asimismo la jurisprudencia que *la presunción de inocencia no se ve lesionada por una resolución que se limita a iniciar el procedimiento disciplinario, dado que será en su seno y, en el eventual proceso judicial que se entable contra la resolución dictada en él, donde deberán valorarse los elementos de hecho a partir de los que la Administración ha considerado procedente incoar un expediente sancionador* (S 7 Feb. 2011, recurso núm. 5438/2009),

Finalmente, el derecho a ser informado de la acusación comprende, a su vez, el de la obligatoriedad por parte de la Administración de notificar el pliego de cargos, información esta que debe ser —conforme señala el Tribunal Constitucional— personal. En tal sentido, se dice en la STC 291/2000, de 30 de noviembre (Pleno), que los posibles defectos en la notificación cuando se trate de un acto administrativo sancionador revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24 CE, de ahí que resulte prioritaria la notificación personal y solo subsidiariamente, de no ser conocido el domicilio del expedientado, serán admisibles las restantes formas de notificación admitidas en Derecho.

D) *Correlación entre la acusación y la resolución sancionadora*

La regla general en esta materia es que ha de existir una correlación entre la acusación y la resolución posterior, o dicho de otra forma, los hechos de la acusación condicionan el contenido de la resolución final. Se trata, por tanto, afirmado lo anterior, de precisar en qué medida ha de existir esta correlación. A estos efectos, distinguiremos entre:

Hechos.

Calificación jurídica.

Sanción.

— *Hechos:*

El Tribunal Constitucional ha declarado que el hecho imputado es inalterable desde el momento en que se inicia el expediente sancionador. Reveladora es la STC 117/2002, de 20 de mayo, que señala que «las garantías de defensa del sujeto sometido a un procedimiento administrativo sancionador alcanzan a la integridad —inalterabilidad— de los hechos imputados, desde el mismo momento en que, abierto el expediente sancionador, se deja también expedita a la parte la posibilidad de ejercitar las defensas que estime oportunas para conservar la integridad de su derecho».

— *Calificación jurídica:*

El art. 90.2 LPAC dice: *En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.*

Viene, así a recoger este precepto la jurisprudencia constitucional que ha venido admitiendo expresamente la posibilidad de que en la resolución se haga una diferente valoración jurídica de los mismos hechos, eso sí, con una doble limitación: un límite formal: el de informar de tal modificación cuando entrañe una agravación, y un límite material, según el cual solo será posible el cambio de calificación jurídica entre infracciones homogéneas.

Lo afirma la referida STC 117/2002, según la cual «el derecho fundamental a ser informado de la acusación impide una modificación de la calificación jurídica de la falta efectuada en la fase de resolución del expediente sin brindar al afectado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa».

— *Sanción:*

En cuanto a la extensión de la sanción propuesta, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de declarar en la referida STC núm. 117/2002 que «tampoco cabe concluir que se ha vulnerado el derecho a ser informado de la acusación porque se elevara la cuantía de la sanción. Cierto es que el órgano instructor había propuesto la [...] multa de 1.000.001 pesetas y que el [...] (órgano resolutor) incrementó la misma hasta 2.700.000 pesetas. Sin embargo, [...] la conducta fue calificada en todo momento como infracción muy grave, [...] estos ilícitos pueden ser sancionados con multa de 1.000.001 a 25.000.00 de pesetas [...]. Los hechos y su calificación jurídica no fueron alterados en el curso del expediente administrativo sancionador, limitándose el órgano que ostentaba la competencia resolutoria a aplicar los criterios legales de individualización de la sanción cuya naturaleza pecuniaria —de multa— tampoco varió».

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo parece haber adoptado últimamente una doctrina más favorable para las garantías de los expedientados. Es importante, en este sentido, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 Oct. 2014 (rec. núm. 336/2013), que aborda la cuestión consistente en si es necesario un nuevo y añadido trámite de audiencia al expedientado cuando el órgano resolutorio pretende imponer una sanción más grave que la apuntada en la propuesta de resolución, aunque dentro del abanico o intervalo contemplado en la norma sancionadora para la sanción indicada en dicha propuesta. A tal interrogante responde la sentencia en los siguientes términos:

3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

El art. 24.2 CE determina: «Asimismo, todos tienen derecho [...] a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables».

El Tribunal Constitucional afirma que no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualquier sanción administrativa.

Ahora bien —concreta el Tribunal Constitucional—, la anterior regla experimenta adaptaciones en dicho ámbito sancionador en razón a las diferencias existentes entre el Derecho penal y el administrativo. Así, en la STC 76/1990 se declara, en lo que aquí importa, que el derecho fundamental a no autoincriminarse sufre modulaciones en el ámbito sancionador a causa del deber del sujeto pasivo de colaborar con la Administración en la investigación o inspección de ciertos hechos por los que, a la postre, puede resultar sancionado con la finalidad de garantizar bienes jurídicos trascendentales. Así, cuando una norma con rango de ley establezca un deber de cooperación bajo amenaza de sanción en caso de incumplimiento, la garantía de la no autoincriminación en el ámbito sancionador se limita a prohibir la compulsión del testimonio expreso y directo contra uno mismo (en idéntico sentido, SSTC 198/1995, de 21 de diciembre, Pleno).

Esta doctrina ha sido de alguna manera recogida en la LPAC, que en su art. 18.1, al hilo de la regulación del llamado «deber de colaboración», establece que *las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas.*

4. Derecho a la defensa y a la asistencia letrada

El art. 24.2, párr. 1.º, CE garantiza el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado.

Dada la redacción del precepto, se suscita la duda de si conforme al art. 6.3 CEDH, el derecho de defensa incluye la autodefensa. El Tribunal Constitucional, en su STC 29/1995, de 6 de febrero, así lo entiende, de suerte que el art. 24.2 CE abarca tanto la autodefensa como la defensa mediante abogado. En efecto, en la sentencia citada se indica que el derecho a la defensa comprende no solo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también la posibilidad de defenderse personalmente.

Dicho lo cual, la siguiente cuestión a analizar es cómo se articula este derecho en el ámbito administrativo sancionador. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho de defensa rige en el procedimiento sancionador, cuestión distinta es su alcance en esta clase de procedimiento. Pues bien, la asistencia de Letrado no es preceptiva en el procedimiento sancionador por lo que la autodefensa es posible sin restricción alguna de suerte que, por un lado, la Administración no tiene obligación de informar sobre el derecho a la asistencia de letrado y, por otra, la falta de asistencia técnica no produce, en principio, indefensión, salvo que fuera absolutamente necesaria dada la complejidad del proceso, revelándose a estos efectos como insuficiente la autodefensa (STC 92/1996, de 27 de mayo).

Tampoco el Tribunal Constitucional ha considerado como declaración, a los efectos del art. 24.2 CE, la práctica del test de alcoholemia (SSTC 103/1985, de 4 de octubre, y 161/1997, de 2 de octubre), ni la obligación de identificar al conductor del vehículo (STC 197/1995, de 21 de diciembre).

En materia tributaria, habrán de tenerse en cuenta, entre otras, las SSTC 76/1990, de 26

de abril, 28 de enero de 1997, en las que se dice *que es doctrina reiterada de este Tribunal que las actas de inspección o infracción, en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el curso de sus comprobaciones e investigaciones, pueden ser consideradas por la Administración como medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia, sin perjuicio de que no gocen de mayor relevancia que los demás medios de pruebas admitidos en Derecho, y, por ello, no hayan de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas.*

Ahora bien, ese valor probatorio solo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias.

Al nivel de la legalidad ordinaria, no se ha contemplado nunca con carácter general la preceptividad de la asistencia letrada en los procedimientos administrativos sancionadores. Así, en el sistema de la Ley 30/1992 únicamente se aludía a la posibilidad de recibir asesoramiento (no necesariamente a cargo de letrado) en su art. 85.2, que en relación con las actuaciones de los interesados en el procedimiento administrativo establecía que *los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.* Ahora, en la LPAC 39/2015, su art. 53.1.g), en términos coincidentes con el precedente art. 85.2, establece que los interesados en un procedimiento administrativo tienen derecho *a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.*

Ahora bien, esta regla general sufre una matización y dos excepciones. La matización consiste en que en el ámbito del llamado «Derecho de extranjería» se contempla el derecho no ya a disponer de un asesor, sino

más aún, del derecho al asesoramiento a cargo de letrado; y las dos excepciones se dan en el procedimiento disciplinario penitenciario y, en el procedimiento disciplinario militar, donde se prevén normas específicas, con distintas matizaciones, que prevén la asistencia técnica obligatoria a favor del imputado, hasta el punto de que en estos casos dicha asistencia técnica no queda circunscrita únicamente a la defensa por abogados y se amplía a otros profesionales. Analizaré a continuación la asistencia técnica en dichos procedimientos.

A) Asistencia letrada en procedimientos sancionadores en materia de extranjería

La LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, dispone en su art. 22.2 que *los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.*

Obsérvese que este precepto dice que los extranjeros tienen derecho a la asistencia de letrado, incluso de oficio, en distintos procedimientos, como, *v. gr.*, el sancionador que pudiera determinar la imposición de la expulsión del territorio nacional.

En aplicación de dicho precepto, ha señalado la jurisprudencia que la deficiente información de derechos al expedientado, y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio, produce una situación

real y efectiva de indefensión, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que hubieran culminado en la resolución impugnada (STS de 16 May. 2008, recurso núm. 9316/2004); añadiendo la STS de 19 Jul. 2007 (recurso núm. 1915/2004) que si el expedientado solicita la asistencia de abogado pero no se le proporciona, se produce una indefensión que no puede considerarse sanada por la posterior interposición y sostenimiento del recurso contencioso-administrativo (esta vez asistido de abogado) contra la resolución sancionadora, toda vez que *el proceso jurisdiccional puede entablarse legítimamente con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión procedimental y reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate.*

B) Asistencia técnica en el procedimiento disciplinario penitenciario

El Tribunal Constitucional, en su STC 74/1985, de 18 de junio, estableció que tal asesoramiento puede ser el del Letrado elegido por el interno. Por su parte, la STC 116/2002 señala que «aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación del expediente constituye una de las garantías aplicables, no implica la obligatoriedad de ser asesorado por letrado». La STC 83/1997, de 22 de abril, profundiza en esta doctrina al decir que: «no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo, lo que no contradice el art. 24.2 CE, pues, como resulta del art. 6.3 CEDH, tal derecho a la gratuidad de la asistencia letrada solo existe claramente en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino cuando el derecho de defensa y los intereses de la justicia lo requieran».

Más significativas a los efectos aquí examinados son las SSTC 74/1985, 104/2003, de 2 de junio, y 55/2006, de 27 de febrero, en las que nuestro Tribunal Constitucional establece

que «pese a que el derecho a la asistencia de letrado debe referirse primordialmente a los procesos judiciales y específicamente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada, proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición».

En sintonía con la doctrina constitucional expresada, el Reglamento Penitenciario establece en su art. 242.2.i) la obligación por parte del Instructor del expediente disciplinario de informar al interno de su derecho a asesorarse por Letrado, funcionario o cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la reducción del pliego de descargos.

Sentado que el interno tiene derecho a ser asesorado por Letrado o por cualquier persona, la siguiente cuestión a analizar es la referente a las consecuencias que desde la perspectiva de los derechos fundamentales tendrá la falta de dicho asesoramiento. En otras palabras, si su ausencia conllevará sin más la vulneración del derecho de defensa.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha manifestado al respecto que el derecho fundamental a la asistencia letrada del recluso (al igual que los demás derechos instrumentales del derecho de defensa) solo resultará vulnerado cuando el vicio formal en que haya incurrido la Administración y que conculca el derecho en cuestión **origina la indefensión real o efectiva del sancionado**. Al respecto, la STC 27/2001, de 29 de enero, manifiesta que la Administración penitenciaria vulnera el derecho fundamental a la asistencia del recluso cuando la actuación de aquella hubiera causado la indefensión real del interno. Esta exigencia adicional conlleva la pérdida de autonomía de este derecho fundamental, dado que la prohibición de indefensión ya está expresamente recogida en el art. 24.2 CE.

C) *Asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar*

Al igual que en los demás procedimientos disciplinarios, **la asistencia letrada ni es preceptiva ni es gratuita**, pudiendo consecuentemente el expedientado elegir entre la defensa técnica o la autodefensa sin restricción alguna. Ahora bien, de optar por la asistencia técnica, esta podrá consistir bien en la defensa por un Letrado, bien por un militar, a tenor de cuanto establecen las leyes disciplinarias de las FF. AA. y de la Guardia Civil. Cuestión distinta es, por un lado, si dicho derecho es ejercitable no solo en los procedimientos por faltas graves, sino también en el seguido por faltas leves y, por otro, el momento de ejercitar dicho derecho.

Comenzando por la primera cuestión, cabe advertir que el Tribunal Constitucional, a raíz de su STC 74/2004, de 22 de abril, ha admitido (en contra del criterio de la Sala Quinta del TS) dicho derecho también en el procedimiento por faltas leves. Así, en dicha sentencia se dice que el derecho fundamental a la asistencia letrada es trasladable al caso (esto es, al procedimiento por falta leve), salvo que su ejercicio resulte incompatible con la finalidad del procedimiento disciplinario caracterizado por su rapidez, a fin de restablecer la disciplina que constituye, según constante doctrina del Tribunal Constitucional, un valor fundamental para el cumplimiento de las misiones atribuidas a las FF. AA.

Mayor complejidad reviste **la determinación del momento en que dicho derecho haya de ejercitarse**. Al margen de otros criterios, es lo cierto que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, especialmente en la STC 14/1999, refiriéndose a este problema ha dicho que la doctrina según la cual ha de darse entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar **no es aplicable al procedimiento disciplinario**, ya que hasta el pliego de cargos no se puede afirmar que se haya concretado la imputación inicial, de ahí que dicha sentencia desestimara el amparo porque las

declaraciones testificales practicadas sin la presencia del expedientado se produjeron antes de la formulación de pliego de cargos. Por lo demás, a modo de principio, se añade en dicha sentencia que «si bien el procedimiento militar de carácter disciplinario ha de configurarse conforme a las exigencias del art. 24 CE no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a todas y cada una de las garantías procesales que rigen el proceso penal».

5. Derecho a la prueba y su relación con el derecho a la presunción de inocencia

El art. 24.2 CE proclama que todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado de forma reiterada que tal derecho es aplicable al procedimiento sancionador, en este caso, sin restricción alguna. El Tribunal Constitucional así lo declaró por primera vez en la STC 18/1981, donde se dijo que entre las garantías indudablemente aplicables en los procedimientos sancionadores, *ex art. 24.2 CE*, se encuentra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa. Desde esa fecha, el Tribunal Constitucional ha mantenido invariablemente dicha doctrina, siendo a destacar a estos efectos la STC núm. 27/2001.

El art. 24.2 CE reconoce, asimismo, que todos tienen derecho a la presunción de inocencia.

La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia es de las más amplias y complejas. En virtud de la misma, el derecho a la prueba en el proceso penal ha experimentado una profunda transformación, advirtiendo el Tribunal Constitucional desde muy pronto que «una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general de derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse

en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata» (STC 31/1981, de 28 de julio). En el mismo sentido, pero añadiendo otros aspectos, señala que la presunción de inocencia, que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derechos en el ámbito de la jurisdicción criminal, pasa a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia en el art. 24.2 de la Ley Suprema, haciéndola vinculante para todos los Poderes Públicos y dotándole de la protección del amparo constitucional (STC 107/1983, de 29 de noviembre).

El derecho a la presunción de inocencia es un derecho público subjetivo que posee eficacia en un doble plano, del que se derivan las siguientes consecuencias (STC 109/1986, de 24 de septiembre): se trata de una regla de tratamiento del imputado y constituye al mismo tiempo una regla de juicio.

En cuanto a las relaciones entre el derecho a la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* señala la STC 44/1989, de 20 de febrero, que «desde la perspectiva constitucional la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo* resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 de la Constitución como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla *in dubio pro reo*, condición o exigencia “subjetiva” del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso».

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que para enervar la presunción de inocencia se requiere un mínimo de actividad probatoria, que ésta sea de cargo, y que haya sido obtenida lícitamente, es decir, sin vulnerar los derechos fundamentales, de ahí surge la llamada «doctrina de la prueba prohibida», debiéndose entender por tal la realizada con infracción de derechos fundamentales.

También es doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, y 81/1998, de 2 de abril, Pleno, entre otras) que aquellas pruebas derivadas de otras declaradas ilícitas solo serán inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de manera inescindible a las directas, esto es, si entre unas y otras existe lo que denomina «conexión de antijuridicidad». Esta doctrina se aparta de la hasta ahora vigente conocida como «teoría de los frutos del árbol envenenado», en la que se inspiraban tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo hasta fechas recientes.

La valoración de las pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia ha de ser racional, no arbitraria, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (entre otras, en las SSTC 212/1990, de 20 de diciembre), que también se vulnera la presunción de inocencia cuando la valoración de la prueba es arbitraria, irrazonable y basada en error patente.

La presunción de inocencia abarca los elementos subjetivos del delito, en este caso de los ilícitos administrativos en cuanto sean determinantes de la culpabilidad, por más que la prueba de estos últimos sea dificultosa y que en la mayoría de los casos no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria (STC 92/2000, de 10 de abril).

Sobre la prueba por indicios el Tribunal Constitucional ha establecido la siguiente doctrina: hay que distinguir entre suposiciones e indicios. Para que exista prueba indiciaria los indicios han de estar probados, ser plurales, y debe existir un engarce lógico entre el hecho básico y el hecho consecuencia.

A estos efectos dice el Tribunal Constitucional (STC 152/2002, de 22 de julio, Pleno): «Respecto a la denominada prueba de indicios, es reiterada doctrina de este Tribunal según la cual el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción del órgano judicial se forme a través de la deno-

minada prueba de indicios (en el mismo sentido, SSTEDH de 7 Oct. 1988 —*Salabiaku contra Francia*—; 25 Sep. 1992 —*Pham Hoang contra Francia*—; 20 Mar. 2001 —*Telfner contra Austria*—). Doctrina de la que cabe destacar, a los efectos que ahora interesan, los siguientes aspectos:

Partiendo de que lo característico de la prueba de indicios es que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a este a través de una regla de experiencia, dicha doctrina ha girado generalmente sobre la **razonabilidad y suficiencia de este engarce**, aunque afirmando también la necesidad absoluta de que el hecho o indicio esté acreditado (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 124/2001, de 4 de junio). En resumen, este Tribunal ha mantenido que para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas ha de gozar de los siguientes requisitos: a) el **hecho o hechos bases** (o indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos de delito **deben deducirse** precisamente de estos hechos base completamente probados; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial **exteriorice los hechos que están acreditados**, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia; d) y, finalmente, que este razonamiento esté **asentado en las reglas del criterio humano** o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC núm. 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12).

En consecuencia, la prueba de indicios no puede ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, cuando el hecho base

no está plenamente acreditado, cuando el hecho base **excluye el hecho consecuencia** y cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, esto es, cuando se trata de una inferencia irrazonable o no concluyente por excesivamente **abierta, débil o indeterminada**, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la inferencia es tan **inconcluyente** que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12). Se trata, expresado en negativo, «del **rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba**» (STC 169/1986, de 16 de octubre, FJ 2; doctrina que reproducen, entre otras, las SSTC núm. 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 6; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 137/2002, de 3 de junio, FJ 7)».

Pues bien, la doctrina expuesta **es aplicable en su integridad al procedimiento disciplinario**. Así lo establecen, entre otras, las SSTC 74/1985, 2/1987 y 297/1993, de 18 de octubre, que en lo sustancial dicen que, tratándose de sanciones disciplinarias, este conjunto de garantías se aplica con especial vigor al considerar que la sanción supone una grave restricción de la libertad.

En consecuencia, **ha de ser la Administración quien pruebe los hechos imputados mediante prueba de cargo válida y suficiente**. Las adaptaciones o modulaciones de este principio en el campo administrativo sancionador son consecuencia de la distinta estructura del proceso penal y sancionador, ya que este último es eminentemente escrito lo que determina que el principio de inmediación, tal y como existe en el proceso penal, prácticamente no existe, pues el órgano sancionador no ha presenciado las pruebas, sí el instructor, de suerte que la determinación de

si existe o no prueba ha de hacerse en base a lo documentado y no a las percepciones personales del juzgador, que sí resulta consustancial al principio de inmediación tratándose de la prueba testifical.

Por otra parte, hay que significar que las pruebas a tener en cuenta son las contenidas en el expediente disciplinario, no en las llamadas diligencias reservadas y que la insuficiencia de las pruebas de cargo detectadas en el procedimiento sancionador no puede ser suplida en sede jurisdiccional.

Así, respecto de las llamadas diligencias previas o reservadas, se regulan actualmente en el art. 55 LPAC, cuyo ap. 1.º establece con carácter general que: *Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento; precisando el ap. 2.º, en alusión específica a los expedientes sancionadores, que: 2. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de estos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.*

Siendo digno de tenerse cuenta que la jurisprudencia ha señalado, en relación con estas informaciones previas o reservadas, que:

1.º) *Las investigaciones previas no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrati-*

vo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente. Se trata, por tanto, de actuaciones que tienen lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho, cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia, y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquéllos así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquéllos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así, concluir, si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador (S 27 Feb. 2001, recurso núm. 8034/1996).

2.º) Cuando la Ley dice que se «podrá abrir» un período de información previa, ello no lleva a la conclusión de que cualquier actividad indagatoria previa o inspectora requiera de forma ineludible la apertura formal de un período de información previa (S 6 May. 2015, recurso núm. 3438/2012).

3.º) La incorporación de tales actuaciones previas al expediente sancionador y su valor probatorio, sin que ello suponga infracción de los principios constitucionales que se invocan por la recurrente, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional desde el principio (S 17 Abr. 2007, recurso núm. 3755/2003).

4.º) En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad (S 26 Dic. 2007, recurso núm. 1907/2005).

5.º) Es claro que un período de información previa, bien haya consistido en el simple desarrollo de algunas diligencias indagatorias o inspectoras, bien en un período abierto formalmente como tal, ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior. Esto es, tan pronto como tales actuaciones indagatorias previas ofrezcan indicios de la existencia de una infracción, es preciso proceder a la apertura del expediente que corresponda (S 6 May. 2015, rec. núm. 3438/2012).

No obstante, no debe perderse de vista que en la realidad de las cosas esta regla no opera en todos los casos de forma tan tajante como pudiera parecer a tenor de su enunciado, toda vez que el ordenamiento jurídico-administrativo confiere valor probatorio cualificado o reforzado a las manifestaciones efectuadas por los funcionarios públicos que en el ejercicio de su función declaran la existencia o producción de los hechos, por ellos constatados, que sirven de base al reproche sancionador; con lo que se desplaza hacia los ciudadanos la carga de acreditar que los hechos no sucedieron como quedó expuesto en las actas o denuncias expedidas por los agentes públicos actuantes.

En este sentido, el art. 77.5 LPAC dispone que *Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario*; habiendo explicado la jurisprudencia que a través de dicho precepto se establece una presunción *iuris tantum* de veracidad de las manifestaciones de los funcionarios actuantes. Eso sí, tal presunción queda limitada a *solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el funcionario o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acredi-*

tados por medios de prueba consignados en el propio documento. Y, en cualquier caso, la consideración de prueba solo afecta a los datos o circunstancias fácticas que refleje el documento, no a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas (STS Sala Tercera 3 Nov. 2003, rec. núm. 4896/2000).

En relación con la prueba en el expediente sancionador, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha precisado:

1.º) *Que en el procedimiento sancionador, que debe revestir similares garantías al proceso penal, el derecho a utilizar los medios de prueba para la defensa que resulten procedentes es un derecho fundamental que en todo caso debe ser respetado, de tal modo que la apertura del periodo probatorio solo puede ser obviado en el caso de que la Administración asuma íntegramente la versión del administrado (STS 1 Jun. 2000, recurso núm. 2732/1996).*

2.º) *Que, por tanto, la decisión sobre la pertinencia de la prueba ha de ser proclive a la mayor efectividad del derecho de defensa y no al contrario; siempre teniendo en cuenta que en los procedimientos sancionadores administrativos, los hechos relevantes para la decisión podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho (STS 23 Nov. 2004, recurso núm. 207/2001).*

3.º) *Que, no obstante, el expedientado no tiene derecho a que se practiquen cualesquiera pruebas que proponga o solicite, sino tan solo las que sean efectivamente pertinentes o necesarias, por lo que cabe que el instructor del expediente administrativo rechace la prueba propuesta por el expedientado, siempre y cuando explique las razones que le inducen a inadmitirla (STS 6 Oct. 2003, recurso núm. 1267/1998).*

4.º) *Y que, en todo caso, la resolución del instructor del expediente sobre la práctica de*

prueba y la admisión o rechazo de medios probatorios se caracteriza como un acto de trámite, no impugnabile por separado (STS 18 Jul. 2003, recurso núm. 11701/1998).

Otra relevante especificidad del procedimiento administrativo sancionador es la recogida en el ap. 4.º de este art. 77, que establece que en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

En fin, desde el punto de vista procesal contencioso-administrativo, la Ley de la Jurisdicción 29/1998, en su art. 60, tras decir con carácter general que se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito, puntualiza que *Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos*, de manera que en los procesos concernientes a sanciones administrativas el recibimiento a prueba deviene preceptivo cuando las partes discrepan sobre los hechos concurrentes.

6. El principio *ne bis in idem*

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio *ne bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora, a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, ha dicho que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Así lo recogen entre otras la STC 154/1990, de 15 de octubre, por solamente citar alguna.

El Tribunal Constitucional ha configurado dicha garantía como un derecho fundamental que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscribida puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento. Junto a esta vertiente el Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal de este principio, que se concreta en la regla de la precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal.

II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS NO APLICABLES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los derechos no aplicables en el procedimiento administrativo sancionador son tres, a saber:

- El derecho al Juez predeterminado por la ley.
- El de la publicidad de los procedimientos.
- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En cuanto al derecho al Juez predeterminado por la ley, es doctrina del Tribunal constitucional (por todas, STC 22/1990, de 15 de febrero) que no puede pretenderse que el instructor en un procedimiento administrativo sancionador y, menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales porque,

en este tipo de procedimientos, el instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora, no dejando de ser juez y parte a un mismo tiempo. El derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es predicable en la misma medida de un órgano administrativo.

Por lo que respecta a la publicidad del procedimiento sancionador, dice la STC 190/1987, de 1 de diciembre, «el art. 24.2 CE “no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios” y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 tengan que ser públicos los procedimientos disciplinarios».

Ha dicho el Tribunal Constitucional, respecto a un proceso sin dilaciones indebidas en el ámbito administrativo sancionador, que esta garantía es exclusivamente aplicable a los procesos judiciales y no a los procedimientos administrativos. Así lo ha expresado, entre otras, la STC 26/1994, de 27 de enero, que en su FJ 3 dice: «Respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, este Tribunal en su ATC 328/1996, FJ 2, ya manifestó que es solo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos, debiendo en todo caso denunciarse el retraso en el curso del proceso y acreditar por ello la causación de un perjuicio, doctrina que hay que reiterar ahora pues el término proceso, utilizado por el art. 24.2 CE, es equiparable a actuaciones jurisdiccionales, sin que sea extensible al procedimiento administrativo, en el que las dilaciones han de ser corregidas a través de cualquiera de los procedimientos existentes para dilucidar la responsabilidad de los funcionarios, pudiendo dar lugar al nacimiento de la oportuna pretensión resarcitoria».

BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- AGUADO I CUDOLÁ, V., *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.
- BENLLOCH PETIT, G., «El principio de “non bis in idem” en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario», *Poder Judicial*, núm. 51, 1998.
- BUENO ARMILLO, A. M.^a, REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M. y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Panorama del derecho administrativo sancionador en España», *Revista Socio-Jurídicos*, núm. 1, vol. VII, 2005, Universidad del Rosario, Bogotá.
- CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F., *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CARBALLO ARMAS, P., *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: selección jurisprudencial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio «ne bis in idem»*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., «Art. 24. Garantías procesales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, vol. III, Edersa, Madrid, 1996.
- ESCRIBANO TESTAUT, P., *Las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: principales novedades*, Fiscal.es, 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Coord.), *El procedimiento administrativo común (Comentarios, jurisprudencia, formularios)*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), *Procedimiento sancionador, infracciones y sanciones tributarias*, vols. I y II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GUASP, J. y ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, 5.^a ed., Civitas, Madrid, 2002.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., REBOLLO PUIG, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMILLO, A., «Panorama del derecho administrativo sancionador en España», *Revista Socio-Jurídicos*, núm. 1, vol. VII, 2005, Universidad del Rosario, Bogotá.
- JIMÉNEZ ASENSI, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- JIMÉNEZ PLAZA, M. I., *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, Barcelona, 2004.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, LETE Argitaletxea e IVAP, 2006, Bilbao.

LLISET BORRELL, F., ROMERO HERNÁNDEZ, F. y LÓPEZ-PELLICER, J. A., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999 y su conexión con el régimen local*, 2.ª ed., El Consultor, Madrid, 2000.

LUNA RODRÍGUEZ, R., «Consolidación de la Jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a no autoincriminarse en los procedimientos tributarios. La novedosa sentencia J. B. contra Suiza», *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2002.

MARCOS CARDONA, M., *El procedimiento sancionador tributario*, Justel, Madrid, 2005.

MARTÍN MORALES, R. y DÍAZ CABIALE, J. A., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

MARTÍN VALDIVIA, S., «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable en el procedimiento sancionador administrativo. Doctrina Constitucional (a propósito de las Sentencias del Tribunal Constitucional 154/1994, 197/1995 y 8/1996)», *Poder Judicial*, núm. 54, 1999.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/1998 de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MENÉNDEZ REXACH, A., RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. y CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Las garantías básicas del procedimiento administrativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005, Madrid.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

PASTOR ALCOY, F., *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia: valoración del silencio del imputado, la credibilidad del acusado y los testigos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

REBOLLO PUIG, M., «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. especial de 2001: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid.

— «El derecho administrativo sancionador», *Urna avaliagao das tendencias contemporâneas do Directo Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría*, coordinado por D. DE FIGUEREIDO MOREIRA NETO, Renovar, Río de Janeiro, 2003.

RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J., «La aplicación de las garantías del proceso equitativo al procedimiento administrativo: elementos de la jurisprudencia europea para el debate», *La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coordinado por M. J. MONTORO CHINER, Atelier, Barcelona, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

VÁZQUEZ ALCOVER, E., «Art. 208. Procedimiento para la imposición de sanciones tributarias», *Procedimiento sancionador; infracciones y sanciones tributarias*, vol. I, dirigido por J. GARBERÍ LLOBREGAT, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

VELASCO CABALLERO, F., *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 2003.

Artículo 25

1. *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.*

2. *Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.*

3. *La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.*

Sumario general:

El derecho a la legalidad penal, por **SUSANA HUERTA TOCILDO** y **ADELA ASÚA BATARRITA**

El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo, por **GERMÁN VALENCIA MARTÍN**

Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos, por **JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

La prohibición de sanciones privativas de libertad impuestas por la administración civil, por **JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS**

ARTÍCULO 25.1

EL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL

Sumario: I. Introducción. II. Garantías derivadas del principio de legalidad penal. 1. La exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal. A) Consideraciones previas. B) El problema de las llamadas normas penales en blanco. 2. El principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables. A) Consideraciones generales. B) El principio de retroactividad de las normas penales favorables. 3. Mandato de taxatividad y conceptos jurídicos indeterminados. 4. Interpretación permitida, interpretación prohibida y analogía. A) Consideraciones generales. B) Alcance y límites del control constitucional de estas operaciones. C) El control del legislador. III. Non bis in idem y principio de legalidad penal. 1. Consideraciones generales y crítica a la exclusión de la aplicación de este principio en supuestos de existencia de una relación de sujeción especial. 2. Consecuencias materiales y procesales. IV. Relaciones entre los principios de proporcionalidad y de legalidad. V. Otros principios penales relacionados con el de legalidad. 1. Personalidad de la pena. 2. Responsabilidad por el hecho propio. 3. Culpabilidad. VI. Supuestos excluidos del art. 25.1 CE.

SUSANA HUERTA TOCILDO

CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El art. 25.1 CE otorga al principio de legalidad penal el rango de derecho fundamental protegible en vía de amparo. La escueta fórmula elegida para ello suscitó inicialmente serias dudas en un importante sector doctrinal acerca de si el contenido esencial de tal derecho coincidía con el que tradicionalmente se ha venido atribuyendo al mencionado principio, suscribiéndose por algunos autores la idea de que una de sus principales exigencias, la de reserva absoluta de ley en materia penal, no era directamente deducible del citado precepto constitucional, sino del art. 81.1 CE, lo que habría de traducirse en una exigencia de reserva de ley orgánica para toda la materia penal que vendría justificada por afectar ésta, en todo caso, a derechos fundamentales y libertades públicas. Esta visión restrictiva del contenido del derecho fundamental a la lega-

lidad penal no ha sido sin embargo la recogida en la interpretación que del art. 25.1 CE ha realizado el Tribunal Constitucional en la copiosa jurisprudencia dictada a este respecto, sino que, por el contrario, como ya he tenido ocasión de resaltar en otros lugares con mayor detenimiento (HUERTA TOCILDO, 1993, 86 y ss.; 2000, 18 y ss.), ha ido incorporando al indicado derecho todos los elementos característicos del principio de legalidad penal que aparecen plásticamente reunidos en la conocida expresión *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta, stricta et certa*, esto es, tanto la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal cuanto las prohibiciones de retroactividad de las normas penales desfavorables y de la analogía *in malam partem* como, finalmente, el mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales. De manera que su progresivo reconocimiento del completo cuadro de garantías

deducible de dicho principio aleja definitivamente el fantasma de una perturbadora distinción entre el contenido tradicionalmente atribuido al mismo y su contenido constitucional. Buena prueba de ello es el ingente número de resoluciones en las que se hace referencia a la doble garantía de libertad y de seguridad jurídica implícita en el indicado derecho fundamental [SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5; 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 5; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 127/1990, de 5 de julio, FJ 8. A); 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 21/1993, de 18 de enero, FJ 4 y 6/1994, de 17 de enero, FJ 2, entre otras muchas], así como la expresa acogida que en varias de ellas se da a su completa formulación en términos latinos (*vid.*, p. ej., la STC 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 5).

II. GARANTÍAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. La exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal

A) Consideraciones previas

Del origen y significado democrático del principio de legalidad penal, y de su función limitadora del *ius puniendi* estatal, se desprende la necesidad ineludible de que únicamente la ley sea fuente de delitos o faltas, penas o medidas de seguridad y circunstancias de agravación. No rige, en consecuencia, en el ámbito penal lo dispuesto en el art. 1.1 del Código Civil, a cuyo tenor son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (expresamente se excluye la posibilidad de acudir al Derecho consuetudinario como complemento de las normas penales en la STC 26/1994, de 27 de enero, FJ 5).

Desde sus primeras resoluciones, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el principio reconocido en el art. 25.1 CE se tra-

duce en una **reserva absoluta de ley en materia penal** (*vid.* STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7). Algo más de tiempo se tomó, sin embargo, para rechazar, frente a la opinión doctrinal anteriormente reflejada, la existencia de una reserva absoluta de ley orgánica en relación con toda la materia penal que hubiera de derivarse, sin más, de la conexión del art. 25.1 CE con el art. 81.1 CE (*vid.* STC 25/1984, de 23 de febrero, FJ 3), sino, en su caso, de la invocación conjunta de los arts. 17.1 y 81.1 CE respecto de aquellas normas penales en las que la conducta prohibida se amenaza con pena privativa de libertad, lo que no sucede cuando se trata de penas de naturaleza pecuniaria (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FF. JJ. 5 a 7; 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 2; 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4). Esta doctrina [reiterada entre otras en las SSTC 17/1987, de 13 de febrero, FF. JJ. 1 y 3; 122/1987, de 14 de julio, FJ 2; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3. A); 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 120/1994, de 25 de abril, FJ 3; 120/1998, de 15 de junio, FJ 3; 53/2002, de 27 de febrero, FF. JJ. 12 y 13; 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 8 y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5] permite establecer las siguientes conclusiones: 1) la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal respecto de toda la materia penal se desprende directamente del derecho fundamental contenido en el art. 25.1 CE; 2) por el contrario, no puede deducirse de ese precepto, sino de una conexión entre los arts. 17.1 y 81.1 CE, la exigencia de ley orgánica en dicho ámbito con la consecuencia de que sólo podrá reclamarse cuando se trate de normas penales que establezcan penas privativas de libertad y no cuando se trate de normas que amenazan la conducta prohibida con penas de multa pese a que, en caso de impago de la misma, el condenado pueda verse privado de libertad al imponérsele un arresto penal sustitutorio; y 3) la reserva de ley orgánica en relación con las normas penales que establecen penas privativas de libertad no puede exigirse retroactivamente respecto de aquellas que tienen naturaleza preconstitucional ni, en el caso de las leyes penales en blanco, respecto de la norma que les sirve de complemento.

A la vista de estos criterios, se hace patente que la jurisprudencia constitucional no ha asumido aquella postura doctrinal que reclamaba una reserva de ley orgánica para toda la materia penal, ni su presupuesto de origen a cuyo tenor la exigencia de reserva absoluta de ley en ese ámbito no está contenida en el art. 25.1 CE, sino en el art. 81.1 CE (insisten en ello, no obstante, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1987, 51; 1990, 63; y 1996, 69). Asimismo se observa que el Tribunal Constitucional no participa de la opinión mantenida por un importante sector doctrinal (JAREÑO LEAL, 1994, 37 y ss.) en el sentido de que el arresto sustitutorio por impago de una pena de multa tiene naturaleza de pena privativa de libertad, ya que, de haberla acogido, tendría que haber declarado la extensión de la reserva de ley orgánica también a las normas penales que establecen penas pecuniarias. Es de esperar, sin embargo, una expresa revisión de esta doctrina a la vista de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado expresamente que el mencionado arresto sustitutorio tiene naturaleza de *medida privativa de libertad arcaica establecida exclusivamente en beneficio del Tesoro público* (vid. STEDH de 2 de julio de 2002, asunto Görkan c. Francia, 50) y de que el propio Tribunal Constitucional ha admitido recientemente que tiene naturaleza de pena privativa de libertad (STC 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 5).

B) *El problema de las llamadas normas penales en blanco*

En estrecha relación con la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal, hubo un tiempo en el que la doctrina penal discutió vivamente acerca de la constitucionalidad de las **normas penales en blanco**, nombre que se da a aquellos preceptos en los que el supuesto de hecho no aparece descrito en su totalidad debiendo acudir para su complemento a otra norma o conjunto de ellas de naturaleza extrapenal. La duda de constitucionalidad no se plantea, sin embargo, sino

cuando la norma penal en cuestión remite a regulaciones de procedencia reglamentaria, dando así entrada a una participación del poder ejecutivo en la configuración de las descripciones típicas. Pues bien: en relación con este último supuesto, el Tribunal Constitucional procedió a resolver tal duda en el sentido de declarar que este tipo de normas penales son compatibles con el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, siempre y cuando se den los siguientes requisitos: 1) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; y 2) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial* de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, esto es, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penal conminada (vid. SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 62/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 24/1996, de 13 de febrero, FJ 3; 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3; 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8). A ello debe añadirse el reciente rechazo de las órdenes ministeriales como posible complemento (vid. SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3; 51/2005, de 14 de marzo, FJ 3, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 8).

La razonable exigencia de estos requisitos hubiera debido, sin embargo, conducir al Tribunal Constitucional a considerar inconstitucional, en algunas de las resoluciones anteriormente citadas (en particular, en las SSTC 127/1990 y 62/1994, relativas al llamado delito ecológico), la norma penal sometida a su examen dado que lo que deja en manos de la normativa administrativa es un elemento normativo del tipo penal cuya presencia resulta esencial (vid. GARCÍA ARÁN, 1993, 63-103; HUERTA TOCILDO, 2001, 43 y ss.). Parece, por otra parte, necesario que, cuando la norma

penal remitida sea de naturaleza reglamentaria, se exijan para su adecuación al derecho reconocido en el art. 25.1 CE los mismos requisitos que cuando se trate de un supuesto de colaboración reglamentaria en materia de Derecho administrativo sancionador sin que, a tales efectos, pueda estimarse suficiente un reenvío legal *in toto* a la normativa reglamentaria. En definitiva, las normas penales en blanco que remiten para su complemento a disposiciones reglamentarias y los reglamentos que desarrollan ciertos aspectos de los catálogos de infracciones y sanciones administrativas en virtud de una ley que les habilita para ello no son sino las dos caras de una misma moneda que, como tales, deben ser igualmente tratadas.

2. El principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables

A) Consideraciones generales

Si el principio de reserva absoluta de ley en sentido formal afecta a la fase de definición de las conductas prohibidas y de sus correspondientes sanciones o fase de criminalización y se dirige ante todo al poder legislativo, el **principio de irretroactividad** (o prohibición de retroactividad) de las normas penales desfavorables tiene incidencia en la fase de aplicación de la ley y se dirige principalmente a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal.

Dicho principio cumple la importante función de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos evitando que puedan ser sorprendidos a posteriori por la tipificación de una conducta que en el momento de su comisión no estaba definida como delito o falta, o por una circunstancia de agravación sobrevenida, o por la imposición de penas más elevadas que las entonces previstas o medidas de seguridad antes inexistentes. Enunciado ya con carácter general en el art. 9.3 CE, su acogida por el art. 25.1 CE resulta tan inequívoca que al-

gún autor ha mantenido que es ésta la única exigencia que claramente se desprende del mismo (CEREZO MIR, 1985, 152, n. 3), opinión que obviamente no puede compartirse a la vista de lo ya indicado en relación con la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal y de lo que veremos más adelante respecto de la inclusión por el Tribunal Constitucional de ulteriores elementos en el núcleo duro del derecho reconocido en el art. 25.1 CE no obstante su falta de mención expresa.

Desde un principio, la jurisprudencia constitucional dio carta de naturaleza al referido principio al tiempo que advertía que del mismo no cabe inferir una prohibición de aplicación retroactiva de las normas penales cuando éstas resultaren más favorables para el reo (*vid.* STC 35/1981, de 11 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido: SSTC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 5; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 95/1992, de 11 de junio, FJ 3; 21/1993, de 18 de enero, FJ 5; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 4; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 9 y 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3). En fallos posteriores se iría concretando su completa dimensión mediante la ampliación de su alcance a ciertas normas procesales de naturaleza desfavorable, concretamente a las relativas a los requisitos para poder imponer la prisión preventiva (STC 32/1987, de 10 de marzo, FJ 3), descartándose, por otra parte, la posibilidad de su extensión a los procesos relativos a la extradición y a la aplicación de la orden de detención europea toda vez que, al no tener éstos como objeto una pretensión punitiva del Estado, las cuestiones de irretroactividad planteadas respecto de ellos no pueden tener acomodo en el art. 25.1 CE [*vid.* SSTC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3; 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 3; 83/2006, de 13 de marzo, FJ 5; 177/2006, de 5 de junio, FJ 8.a), y 293/2006, de 10 de octubre, FJ 5].

En relación con su contenido, en el FJ 5 de la ya mencionada STC 21/1993 se dice que *un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal [...] indica*

que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contempla la situación más benignamente o porque tal situación ha dejado de contemplarse. Este pronunciamiento me parece especialmente adecuado para servir de pórtico de entrada al siguiente apartado en la medida en que establece una íntima conexión entre los principios de irretroactividad de lo desfavorable y de retroactividad de lo favorable como las dos caras de una misma moneda, lo que ciertamente resulta escasamente compatible con la reiterada exclusión del segundo de ellos del ámbito de actuación del art. 25.1 CE.

B) *El principio de retroactividad de las normas penales favorables*

En efecto, desde sus mismos inicios (*vid.* STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3), la jurisprudencia constitucional se manifestó contraria a la inclusión del **principio de retroactividad de las normas penales más favorables** en el marco de protección del art. 25.1 CE (no obstante reconocer que dicho principio se deduce *a sensu contrario* del art. 9.3 CE), descartando así, sin más explicaciones, la posibilidad de reclamarlo por esta vía en amparo (*vid.*, en el mismo sentido, entre otras, SSTC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 68/1982, de 22 de noviembre, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 22/1990, de 15 de febrero, FJ 7; 177/1994, de 10 de junio, FJ 1; 99/2000, de 10 de abril, FFJJ 5 y 6; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 85/2006, de 27 de marzo, FJ 4; 116/2007, de 21 de mayo, FJ 10; 21/2008, de 31 de enero, FJ 5, y los AATC 471/1984, de 24 de julio, FJ 2; 876/1986, de 29 de octubre, FJ 2; 1264/1988, de 21 de noviembre, FJ 2; 226/1990, de 4 de junio, FJ 2; 30/1998, de 28 de enero, FJ 7).

El examen de algunas de estas resoluciones me suscita un primer motivo de perplejidad, dado que si bien todas ellas coinciden en que del art. 25.1 CE no puede extraerse un dere-

cho a la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable, en algunas de ellas tal conclusión se hace equivaler a una imposibilidad absoluta de reclamar dicho principio en amparo en tanto que otras admiten que lo sea por invocación conjunta de los arts. 9.3 y 17.1 CE —aunque ello suponga limitarlo a supuestos de condena a pena privativa de libertad— o bien por la vía de reconducir su alegación al art. 24.1 CE como falta de tutela judicial efectiva (así se hace en las citadas SSTC 177/1994 y 99/2000). Por otra parte, como ya he tenido ocasión de manifestar en otros lugares con mayor detenimiento (*vid.* HUERTA TOCILDO, 1993, 97 y ss.; 2000, 33 y ss.), creo que carece de fundamento la tajante separación que el Tribunal Constitucional establece entre los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más favorable una vez admitido que este último se encuentra implícitamente contenido, *a sensu contrario*, en el art. 9.3 CE (*vid.* RUIZ REBOLLO, 2003, 194 y ss.) ya que tal afirmación hubiera debido conducirlo a mantener idéntico punto de vista en relación con el art. 25.1 CE a la vista de que este último precepto no es sino una concreción en el ámbito sancionador del primeramente mencionado (*vid.*, por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). A distinta conclusión sólo puede llegarse por el camino de afirmar que el principio de retroactividad de las normas penales favorables se opone al cuadro de garantías que representa el principio de legalidad penal, lo que, conforme se ha visto, no patrocina la jurisprudencia constitucional al haberse pronunciado reiteradamente en el sentido de resaltar su falta de contradicción con el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables (por todas, STC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 2).

A este respecto no está de más señalar que, lejos de suponer una exigencia enfrentada a las derivadas del principio de legalidad penal, la retroactividad de las normas penales favorables constituye una derivación necesaria de ese correcto entendimiento del principio de irretroactividad de las desfavorables a que aludía la STC 21/1993 anteriormente cita-

da. Lo que no obsta, desde luego, para que ambos principios difieran en cuanto a su fundamento y a las funciones que están llamados a cumplir: de estricta garantía de la seguridad jurídica, el primero de ellos; de garantía de la libertad individual, el segundo. En el momento de actuar, los ciudadanos deben poder conocer, en efecto, lo que les está permitido y prohibido hacer, así como, en este último caso, qué sanción penal les amenaza. A esta garantía de seguridad jurídica responde indudablemente el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables, no teniendo en cambio, a tales efectos, incidencia alguna el hecho de que, con posterioridad a la realización de una conducta punible en el momento de llevarse a cabo, la misma fuere despenalizada o sancionada con menor pena. Mas ello no ha de hacernos olvidar que el principio de legalidad penal tiene también atribuida una función de garantía de la libertad individual que quedaría empañada, por no decir anulada, si la ley posterior más favorable careciera de incidencia respecto de las conductas llevadas a cabo bajo la vigencia de la ley a la que ha venido a sustituir; incidencia que, a mi modo de ver, no trae por fundamento motivos «pietistas» o humanitarios, ni obedece a una concesión «graciosa» del legislador, sino que se deriva directamente del significado político y democrático del principio consagrado en el art. 25.1 CE y, más concretamente, de su función de garantía de la libertad individual que impide que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ello ya no se juzga necesario o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cualitativa o cuantitativamente atenuada.

Pese a no ser ésta la visión del principio de retroactividad de las normas penales favorables actualmente mantenida por la jurisprudencia constitucional, ello no ha impedido que haya sido defendida ocasionalmente por algunos de sus miembros (*vid.* los votos particulares suscritos por los Magistrados MENDIZÁBAL ALLENDE y CRUZ VILLALÓN a la precitada STC 177/1994 y a la STC 203/1994, de 11 de

julio, resoluciones ambas en las que acabó concediéndose el amparo por vulneración del art. 24.1 CE). No es ocioso recordar, por otra parte, que en la STC 232/1997, de 18 de diciembre, se concedió el amparo por vulneración del derecho reconocido en el art. 25.1 CE a quien había sido condenado en segunda instancia por aplicación de un tipo penal que en ese momento ya había sido derogado. Ciertamente es que, no obstante haber sido dicha vulneración el único motivo del recurso, la citada resolución guarda absoluto silencio acerca del principio de referencia y que en ella se fundamenta la infracción del art. 25.1 CE en la incorrecta interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de apelación en tanto en cuanto no podía desconocer el dato relativo a la despenalización del delito objeto de su enjuiciamiento (de falta de razonabilidad lesiva del art. 24.1 CE se habla a este respecto en la STC 99/2000, de 10 de abril, FF. JJ. 5 y 6); pero, a mi juicio, lo verdaderamente significativo es que abre paso a la posibilidad de reclamar en amparo la aplicación *ex post facto* de la norma penal más beneficiosa. Debe, ello no obstante, señalarse que con esta solución se ha procedido a cerrar en falso el debate suscitado en el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión al hilo de la advocación al mismo de los recursos de amparo que finalmente dieron lugar a las precitadas SSTC 177/1994 y 203/1994, posibilitando con ello la incongruencia de que en resoluciones posteriores se haya seguido acudiendo a la doctrina tradicional como si nada hubiera pasado sin advertir que, a partir de la STC 232/1997, no puede ya el Tribunal Constitucional —sin ir en contra de sus propios fallos— rechazar un recurso de amparo cuyo único motivo fuera la invocación de una vulneración del art. 25.1 por infracción del principio de retroactividad; y ello tanto si se considera directamente derivable de dicho precepto como si se califica de simple garantía legal (*vid.*, en este último sentido, CUERDA RIEZU, 1998, 284 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2000, 61 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, 2002, 46 y ss.). Por lo demás, creo oportuno recordar —por cuanto tiene de indicativo en punto a la evi-

dente relación entre los principios de legalidad y de retroactividad de las normas penales más favorables— que, bajo la rúbrica de *Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas*, el art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea da entrada, junto con el actual contenido del art. 7 del Convenio Europeo (CEDH), al segundo de dichos principios al disponer que, si con posterioridad a cometerse una infracción *la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta*; que el art. 49 de la fallida Constitución Europea reproduce, bajo esa misma rúbrica, idéntico texto; que los arts. 22 a 24 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional recogen algunas de las exigencias del principio de legalidad admitiendo expresamente entre ellas la relativa a la retroactividad de las normas penales posteriores más favorables; y, finalmente, que pese a que dicha exigencia no se encuentra explícitamente recogida en el art. 7 CEDH entre las derivadas del derecho a la legalidad penal que en dicho precepto se reconoce, el TEDH no ha dudado en afirmar su vulneración por razón de la condena impuesta al autor de una conducta que, siendo delictiva en el momento de su realización, había sido ya despenalizada en el de su enjuiciamiento (*vid.* Sentencia de 8 de julio de 1999, caso Baskaya y Okçuoglu c. Turquía; sobre esta normativa y jurisprudencia internacionales, *vid.*, extensamente, HUERTA TOCILDO, 2005, I, 455 y ss.).

3. Mandato de taxatividad y conceptos jurídicos indeterminados

La exigencia de **taxatividad** en la descripción de los tipos penales está estrechamente ligada a la necesidad de predeterminación normativa suficiente de los ilícitos y de sus penas, tantas veces predicada por el Tribunal Constitucional en conexión con el art. 25.1 CE [*vid.*, entre otras muchas, SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2.b); 218/2005,

de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5]. Se trata en realidad de un requisito inherente a la tarea de definición de las conductas merecedoras de sanción que, por imperativo del principio de reserva absoluta de ley, está atribuida en exclusiva al legislador democrático. No bastaría en efecto, para garantizar debidamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, con una tipificación confusa o indeterminada que les llevara a tener que realizar arduos labores de interpretación —para las que no todos están preparados— a la hora de conocer con antelación lo que les está permitido y lo que les está vedado hacer. Es por ello esencial que la formulación típica sea lo suficientemente clara y precisa como para permitirles programar sus comportamientos sin temor a verse sorprendidos por sanciones que en modo alguno pudieron prever. Cierto es que con ello no se elimina toda posibilidad de incursión en errores de tipo o de prohibición que tendrán su correspondiente reflejo a la hora de establecer si el hecho les era o no imputable objetiva y subjetivamente. Pero una cosa es que, en el caso concreto y debido a determinadas circunstancias, tales yerros hayan sido inevitables y otra, muy distinta, es que la norma penal induzca a ellos o los favorezca por motivo de su deficitaria o atormentada formulación.

De acuerdo con la doctrina mantenida a lo largo del tiempo por el Tribunal Constitucional, a esta exigencia de *lex certa* no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados **conceptos jurídicos indeterminados** —de los que en su jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos— que podrían definirse como aquellos *cuya delimitación permite un margen de apreciación, máxime cuando responden a bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional [...] y en supuestos en que la concreción de dichos bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate* [STC 62/1982, de 16 de octubre, FJ 7. C)]. Se refería esta Sentencia a los conceptos de pudor, moral, y buenas costumbres utilizados en el

art. 431 del Código Penal entonces vigente, precepto que finalmente fue derogado en 1989 como consecuencia del clamor doctrinal alzado en su contra por motivo de su absoluta indeterminación y consiguiente carencia de fronteras, lo que sin embargo no constituyó razón suficiente para que el Tribunal Constitucional (posiblemente en seguimiento de la dirección anteriormente marcada por su homónimo alemán en relación con un tipo penal muy similar; *vid.* TIEDEMANN, 1991, 160-161) lo tuviera por compatible con las exigencias dimanantes del art. 25.1 CE. Con ser ello cuando menos opinable (*vid.*, en sentido crítico, HUERTA TOCILDO, 1993, 110), no puede negarse la importancia de esta resolución en lo relativo a los límites que traza respecto del empleo de esta clase de elementos que, para poder estimarse acordes con el principio de taxatividad en la descripción de los tipos penales, deberán en primer lugar responder a *bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional* y, en segundo lugar, ser de necesaria utilización ante la imposibilidad de una mayor precisión en supuestos en los que la concreción de dichos bienes es dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate, esto es, en supuestos de movilidad y diversidad valorativa.

Este carácter indispensable de su uso se reitera en sucesivas ocasiones (a partir de la STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4) como requisito, a su vez no dispensable, para su compatibilidad con el art. 25.1 CE. Pero, además, van perfilándose otros requerimientos como el relativo a la necesaria posibilidad de determinación de su contenido semántico con ayuda de los métodos interpretativos tradicionales (así, en la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 10, se insiste en que aun cuando los términos empleados en el tipo puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica si son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminen el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación). Esta apertura hacia la admisión, en

ciertos casos, de una mera determinabilidad de los tipos penales entendida como posibilidad de concreción razonablemente factible de los mismos en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con la suficiente seguridad los elementos constitutivos de la infracción tipificada (*vid.* SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 150/1991, de 4 de julio, FJ 5; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 5, entre otras muchas) no quita para que se recuerde que *el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los tipos [...] penales, de tal manera que de ellos se desprenda, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada* [STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 2.c); ni para que se declaren contrarios al art. 25.1 CE aquellos tipos penales formulados en forma tan abierta que su aplicación o no dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los Tribunales (SSTC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 100/2003, de 2 de junio, FJ 2; 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).

Del análisis de todas estas resoluciones cabe extraer los siguientes puntos fundamentales respecto de las relaciones entre el art. 25.1 CE y los tipos penales formulados con ayuda de conceptos jurídicos indeterminados: 1) el mandato de taxatividad obliga al legislador a configurar los tipos penales con la mayor claridad posible; 2) ello no obstante, *los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad o precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad en tanto no aboque a una inseguridad jurídica* (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1); 3) tampoco está obligado el legislador penal a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica sino que tal labor definitoria únicamente resulta inexcusable cuando utilice términos que, por su falta de

arraigo en la cultura jurídica, carecen de toda virtualidad significativa y cuyo contenido semántico no puede ser concretado con ayuda de criterios lógicos, técnicos o de experiencia; 4) en cualquier caso, no puede formular tipos tan abiertos que conviertan a los Jueces en legisladores, en patente conflicto con la exigencia de reserva absoluta de ley que se desprende del art. 25.1 CE, ni hacer un uso indiscriminado de cláusulas normativas abiertas, ya que las mismas *sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos* (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3); y 5) en aquellos supuestos en los que el legislador haya formulado los tipos penales con un cierto margen de indeterminación —pues la absoluta indeterminación le está vedada por el art. 25.1 CE— su determinabilidad exigirá una labor exegética por parte del intérprete y aplicador de la norma, quien debe llevarla a cabo siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que precisen el alcance de dichos preceptos y los hagan previsible, es decir, con arreglo a los criterios metodológicos anteriormente enunciados y a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución.

Tales son las pautas constitucionales que han de seguir el legislador y los órganos judiciales para garantizar, desde sus respectivos cometidos, el respeto al mandato de precisión y claridad en la descripción de las conductas prohibidas y hacerlas así compatibles con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE. Sin duda alguna, constituyen importantes cauteles en orden a prevenir una proliferación indiscriminada de figuras típicas oscuras o indescifrables pero no obstan para que, cada vez con mayor frecuencia, aparezcan algunas cuya cabal comprensión está tan sólo al alcance de unos pocos elegidos. De poco sirve en estos casos acudir a los métodos tradicionales de interpretación, puesto que general-

mente se trata de construcciones completamente novedosas, surgidas al hilo de los desafíos característicos del mundo actual en terrenos tan tecnificados como la genética, las comunicaciones, la informática o las operaciones de ingeniería económica. Ante esta perspectiva, parece necesario exacerbar el control constitucional de la exigencia de taxatividad a través de una actitud de mayor rigor ante la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas abiertas o elementos normativos de difícil comprensión para los ciudadanos, así como proceder a una interpretación restrictiva basada en el principio *in dubio pro libertate* (para un análisis de la aplicación de este principio a los problemas indicados, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, 1983, 29), tal y como ha sido patrocinada por el Tribunal Constitucional alemán (*vid.* BVerfGE, t. 26, 43), a fin de evitar que, en contra del principio de división de poderes y de la reserva absoluta de ley en materia penal, el juzgador que haya de interpretarlos se convierta en legislador, con los consiguientes riesgos que ello entraña (sumamente indicativa a este respecto es la STC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 5). En este sentido, considero sumamente importante la exigencia de motivación reforzada establecida por el Tribunal Constitucional en relación con los tipos penales (STC 51/2005, de 14 de marzo, FJ 5) o sancionadores (STC 151/1997, de 39 de septiembre, FJ 3) que hagan uso de *cláusulas normativas abiertas y por ello necesitadas de valoración o complementación judicial*.

4. Interpretación permitida, interpretación prohibida y analogía

A) Consideraciones generales

La **interpretación de las normas penales** con vistas a su aplicación a un supuesto de hecho concreto es tarea que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales de esa jurisdicción. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de un control constitucional de tales operaciones cuando fueren contrarias a

la letra de la ley, resultaren irrazonables o ilógicas o se manifestaren por completo ajenas a la orientación material o fin de protección de la norma penal aplicada.

Por imperativo del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE, el criterio que los órganos judiciales han de seguir inicialmente en materia de interpretación de las normas penales es el denominado literal o gramatical, método consistente en averiguar el significado de los vocablos o frases con que se expresan las prohibiciones y los mandatos de actuación que en ellas se contienen (*vid.*, en este sentido, recientemente, la STC 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). La importancia de este sistema de indagación del sentido literal posible de la proposición normativa radica en su función de valladar o límite máximo de toda interpretación constitucionalmente legítima, ya que en ningún caso podrá otorgarse tal calificativo a la que exceda del mismo. Sin embargo, las miserias de este método nos son bien conocidas, dado que los tipos penales no siempre aparecen redactados en forma clara y unívoca, sino que, con demasiada frecuencia, se acude para su formulación a conceptos oscuros o indeterminados, a elementos normativos de difícil aprehensión, a términos sólo aparentemente anclados en el lenguaje vulgar o a voces procedentes de un lenguaje técnico-científico de imposible comprensión para los no «iniciados»; por no hablar de la existencia cierta de deficiencias sintácticas o de puntuación en los textos legales que, en no pocas ocasiones, entorpecen la captación de su verdadero sentido. Se hace, por ello, necesario recurrir en tales supuestos a otros criterios o métodos de interpretación, entre los que destaca el llamado *teleológico* o de averiguación del fin de protección de la norma en cuestión, pues, cuando no se sabe exactamente qué es lo que la ley dice, ayuda mucho saber qué es lo que ha querido decir. De ello se infiere que el método literal raramente puede aspirar a ser empleado en solitario, lo que no obsta para que se erija en barrera infranqueable de los restantes criterios de interpretación que no podrán conducir a resultados

opuestos a los deducibles de lo expresado literalmente en el texto legal ni ir más allá de lo que sus propios términos manifiestan.

Conceptualmente distinta de la interpretación extensiva (*vid.* HUERTA TOCILDO, 1993, 104 y ss.) aunque generalmente identificada con ella (por todas, STC 185/2000, de 1 de julio, FJ 4), la analogía *in malam partem* consiste lisa y llanamente en la extensión de la norma penal a hechos que no contempla, por mucho que sean similares a los que en ella se describen como prohibidos. Dicho en palabras del Tribunal Constitucional: *sólo puede hablarse de una aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas* (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

B) Alcance y límites del control constitucional de estas operaciones

La jurisprudencia constitucional no ha vacilado a la hora de derivar del art. 25.1 CE tanto la prohibición de interpretación extensiva de las normas penales cuanto la aplicación analógica de las mismas, siempre que una y otra fueren *in malam partem* o contra reo, esto es, cuando supongan la creación de delitos y faltas, penas o medidas de seguridad y circunstancias de agravación. Así lo ha expresado en numerosas ocasiones, tanto por lo que respecta a la interpretación extensiva *in malam partem* (*vid.*, p. ej., SSTC 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 7, y ATC 324/1984, de 30 de mayo, FJ 2) como en relación con la aplicación analógica *in peius* de las normas penales (*vid.*, entre

otras muchas, SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 5; 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 8; 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 51/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 6; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FF. JJ. 12 y 13; 13/2003, de 28 de enero, FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 6), siendo especialmente reseñables las conclusiones alcanzadas acerca de la valoración como analogía prohibida de los supuestos de utilización de la figura del fraude de ley a efectos de subsunción de una conducta no prevista específicamente en un tipo penal (*vid.* SSTC 75/1984, de 27 de junio, FFJJ 5 y 6; 120/2005, de 10 de mayo, FJ 4, y 48/2006, de 13 de febrero, FJ 3). Pero además de las anteriores y más extremas manifestaciones de transgresión del derecho a la legalidad penal a consecuencia de la creación judicial *ex novo* de delitos, faltas o circunstancias de agravación, o de la aplicación de los tipos penales a supuestos no contemplados en ellos, es posible encontrar otras variantes de interpretación, subsunción o aplicación judicial de las normas penales incompatibles con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE. Lamentablemente, una de las más notorias fue declarada compatible con dicho precepto por la STC 89/1983, de 12 de marzo, FFJJ 2 y 3 (*vid.* comentario muy favorable a la misma de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1984, 11 y ss.) relativa a un recurso de amparo presentado contra una condena por aplicación en sentido agravatorio de la figura del delito continuado, entonces carente de todo apoyo legal y originariamente creada por la jurisprudencia para que surtiera el efecto contrario. No se trataba, pues, en este caso de una interpretación extensiva de un tipo penal ni de su aplicación a un supuesto de hecho no específicamente previsto en él pero semejante a los allí descritos sino, lisa y llanamente, de la creación judicial *ex novo* de una nueva circunstancia de agravación. No lo supo ver así el Tribunal

Constitucional, sino que, tras sentar la tesis de que *la interpretación de los tipos penales y la subsunción en los mismos de los comportamientos enjuiciados no son revisables en amparo, salvo que los defectos presentes en estas operaciones lesionen un derecho fundamental* y tras precisar, en frase que ha alcanzado fortuna, que el art. 25.1 CE *no puede ser entendido de manera tan rigurosa que convierta al juez en ejecutor autómatas de la Ley*, dio un verdadero salto lógico al declarar que la aplicación en sentido agravante de la construcción jurisprudencial conocida bajo el nombre de delito continuado *no crea nuevas figuras delictivas ni aplica penas no previstas en el ordenamiento*. Opinión ésta que, desde luego, no puede compartirse (*vid.*, críticamente, HUERTA TOCILDO, 1993, 106-107; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1984, 663-664; BOIX REIG, 1987, 2294), puesto que la aplicación *in malam partem* de un criterio de determinación de la pena que no estaba legalmente previsto en el momento de comisión del delito necesariamente implicaba la aparición de un nuevo tipo penal de configuración jurisprudencial.

La mencionada STC 89/1983 se enmarca en una primera época en la que el Tribunal Constitucional parecía querer evitar todo conflicto con la jurisdicción ordinaria en relación con las operaciones de interpretación, subsunción y aplicación de las normas penales, en una actitud de autocontención que normalmente se justifica con el argumento de que la jurisdicción constitucional no es competente para revisar las decisiones adoptadas a tal respecto por los órganos judiciales dado que no tiene el carácter de última instancia en materia penal (*vid.* en este sentido lo declarado en el ATC 465/1983, de 13 de octubre, FJ 1). La tónica general que caracteriza a este período está perfectamente reflejada en las siguientes palabras de la STC 104/1985, de 13 de febrero, FJ 1: *El Tribunal Constitucional tiene encomendado proteger los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 y 30.2, conociendo de toda calificación jurídica realizada por los Tribunales ordinarios que*

viole o desconozca los indicados derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas, sin que tampoco pueda conocer de ellos vía art. 24.1 CE aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas, o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución. Esta visible renuencia a asumir el control de las decisiones judiciales con el argumento de que las cuestiones planteadas son de mera legalidad y no presentan contenido constitucional va atemperándose sin embargo con el transcurso del tiempo; seguramente porque, cuando se trata de establecer si tales decisiones han vulnerado el derecho contenido en el art. 25.1 CE, la distinción entre mera legalidad y legalidad ordinaria resulta especialmente dificultosa (*vid.* STC 111/1993, de 11 de marzo, FJ 5), pues, por lo que se refiere a las operaciones de interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, es tenue el hilo que separa a ambas clases de cuestiones; o dicho con las palabras del ATC 83/1994, de 14 de marzo, FJ 3, ha de reconocerse que *distinguir entre lo que se mantiene dentro de los límites de la competencia judicial de libre interpretación y aplicación de la ley penal y lo que, por el contrario, constituye una extralimitación lesiva del principio de legalidad no es tarea sencilla.*

A partir de 1997, el Tribunal Constitucional inicia una línea de actuación más proclive al control constitucional de las mencionadas operaciones judiciales y, en consecuencia, a su revisión en vía de amparo. Así, en la ya citada STC 137/1977 se contiene un claro pronunciamiento acerca de la posibilidad y alcance de dicho control y de los criterios o

pautas para hacerlo efectivo que puede sintetizarse en los siguientes puntos: 1) la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados son ajenos a la jurisdicción constitucional al ser tareas que corresponden, en exclusiva, a la jurisdicción ordinaria; 2) no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador infringe el art. 25.1 CE; 3) el control constitucional de tales operaciones queda limitado, en cuanto a su finalidad, al objetivo de evitar que las resoluciones judiciales resulten imprevisibles para sus destinatarios, impidiéndoles así *programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente*; y 4) para el ejercicio del indicado control, hay que acudir *criterios lógicos, técnicos y de experiencia*, examinando en particular la razonabilidad de tales operaciones a partir de *las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y de modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica*. De todo ello se infiere que *no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino también aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios* (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1999, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FF. JJ. 3 y 4; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 122; 87/2001, de 2 de abril, FJ 8; 123/2001, de 4 de junio, FJ 11; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 123/2001,

de 20 de mayo, FJ 9; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 13/2003, de 28 de enero, FJ 4; 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; 120/2005, de 10 de mayo, FJ 6; 145/2005, de 6 de junio, FJ 8; 151/2005, de 6 de junio, FJ 9, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

El paso adelante dado por la STC 137/1997 resulta gigantesco si se compara con la tímida actitud inicial. Se ha pasado, en efecto, de la denegación de prácticamente toda posibilidad de revisar en amparo las decisiones judiciales a una aceptación inequívoca de que el control constitucional de las mismas se hace necesario en determinadas ocasiones sin que ello suponga invasión alguna de las competencias atribuidas en exclusiva a la jurisdicción ordinaria en materia de interpretación, subsunción y aplicación de las normas penales. Esto último resulta patente a la vista de lo expresado (entre otras en las SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3 y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16) respecto de la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional decida cuál de las diversas interpretaciones posibles de una norma penal es la más correcta, oportuna o adecuada al ceñirse su labor a la comprobación de que la interpretación realizada era una de las posibles de la norma según los valores de la seguridad jurídica y del monopolio legislativo en materia penal representados por el derecho contenido en el art. 25.1 CE y a la verificación de que respondía a unas reglas mínimas de interpretación que la hacían previsible para sus destinatarios; sin que, desde luego, le correspondiera dirimir polémicas doctrinales o judiciales sobre la interpretación óptima de la norma aplicada, ni tampoco afirmar la existencia de interpretaciones alternativas más favorables a los acusados (SSTC 126/2001, de 4 de junio, FJ 6, y 88/2003, de 19 de mayo, FJ 13). En cuanto al objeto de dicho control, creo importante resaltar que la STC 13/2003, de 28 de enero, FJ 4 lo ha extendido a las relaciones concursales entre distintos tipos penales.

C) El control del legislador

Las pautas anteriormente enunciadas se refieren a las operaciones de subsunción e interpretación de las normas penales llevadas a cabo por los órganos judiciales y al alcance del control constitucional de las mismas, pero también existe la posibilidad de someter a control al legislador, a través del recurso o cuestiones de inconstitucionalidad, siempre que el tenor literal de una norma penal sea interpretable en un sentido incompatible con los principios y valores constitucionales y entre ellos, esencialmente, con la exigencia de certeza o de previsibilidad dimanante del art. 25.1 CE; en cuyo caso caben dos posibilidades: la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma penal en cuestión por oposición a dichos principios y valores siempre que no sea posible otra interpretación conforme a los mismos o su conservación mediante el dictado de una sentencia interpretativa en la que se exprese cuál es la interpretación que resulta conforme con ellos. En el entendimiento de que tal interpretación conforme ha de estar presidida por el respeto al tenor literal del precepto interpretado y *partir de los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y de los principios limitadores del ejercicio del ius puniendi que permiten restringir su ámbito de aplicación [...] haciéndolo compatible con las exigencias derivadas del principio de legalidad* (por todas, SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8; 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7, y 235/2009, de 7 de noviembre, FJ 7).

III. NON BIS IN IDEM Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

1. Consideraciones generales y crítica a la exclusión de la aplicación de este principio en supuestos de existencia de una relación de sujeción especial

Estrictamente considerado, el principio conocido como *non bis in idem* no ha sido enten-

dido por la doctrina penal como una derivación inmediata del principio de legalidad de los delitos y de las penas, sino como una consecuencia inherente a las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad que a todos los poderes públicos impone el art. 9.3 CE (ARROYO ZAPATERO, 1983, 19). Ello no ha impedido que, desde sus mismos inicios, el Tribunal Constitucional lo estimara íntimamente unido a los principios de legalidad y de tipicidad —y, por ello, *implícitamente recogido en el art. 25.1 de la CE*— al tiempo que descartaba su aplicación a las sanciones administrativas impuestas en el ámbito de una *relación de sujeción especial* (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4).

A mi juicio, ambos extremos merecen ser resaltados pero no idéntica valoración. No dudo en calificar dicha valoración de necesariamente positiva respecto del primeramente enunciado en la medida en que considero que el principio de legalidad penal propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*, exceso en el que se incurriría de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismos hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el art. 25.1 CE se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos (a esa misma conclusión conduce la afirmación doctrinal de que el principio en cuestión está recogido en el art. 9.3 CE, pues si, como ha quedado dicho anteriormente, el art. 25.1 CE es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho ya enunciados en el art. 9.3 CE con carácter general, lógico es pensar que esos mismos principios forman parte integrante del derecho fundamental a la legalidad penal recogido en el primero de los citados preceptos). Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha fortalecido en los últimos

tiempos su fundamentación de la conexión entre el principio de tipicidad —derivado del de legalidad— y la prohibición de doble sanción por unos mismos hechos al establecer que esta garantía material *tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente* [por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 1; 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2, y 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3.a)].

Por el contrario, creo que la valoración del segundo ha de ser por fuerza negativa respecto de la jurisprudencia constitucional recaída antes de la STC 234/1991, de 10 de diciembre (FJ 2), resolución ésta en la que el Tribunal Constitucional manifiesta, frente a la anterior y constante doctrina mantenida acerca de la inaplicación automática del referido principio en supuestos de existencia de una relación de supremacía o sujeción especial, su rechazo de tal automatismo al declarar que, en estos casos, la doble sanción penal y disciplinaria únicamente resulta constitucionalmente admisible en la medida en que una y otra respondan a un distinto fundamento; lo que es ciertamente de alabar porque lo criticable en definitiva es que esa situación de sujeción especial, por lo demás difusamente determinada (de imprecisa califica la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial) suponga una excepción no debidamente justificada al criterio general de que no puede sancionarse dos veces a una persona por los mismos hechos e idéntico fundamento (*vid.*, ampliamente, GARCÍA MACHO, 1991, 515 y ss.; HUERTA TOCILDO, 2002, 37 y ss.). La cuestión no parecía, sin embargo, haber quedado enteramente resuelta a la vista del retroceso representado por la STC 177/1999, de 11 de octubre, en cuyo FJ 4 se vuelve al automatismo

anterior al afirmarse que el principio en estudio *impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración*; pero afortunadamente la STC 188/2005, de 7 de julio, ha retomado [en sus FFJJ 2.d) y 5] el camino correctamente emprendido por la STC 234/1991 en el sentido de declarar la imposibilidad constitucional de imposición a un sujeto de una doble sanción por un mismo hecho e idéntico fundamento no obstante darse en el caso una relación de sujeción especial a la Administración. Cabe por lo tanto esperar que sea ésta la tendencia definitiva, así como desear que la justificación de ese doble fundamento no se construya en forma apriorística sino como resultado de una detenida ponderación de los intereses en juego.

2. Consecuencias materiales y procesales

La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* tiene una vertiente material y otra de naturaleza procesal. En el plano material —que es el que aquí nos interesa por ser el directamente relacionado con el art. 25.1 CE— supone que nadie podrá ser condenado dos veces por los mismos hechos y con idéntico fundamento, de lo que se desprende que la indicada prohibición no se opone a que esa duplicidad de sanciones recaiga sobre quien ha realizado un hecho cuya tipicidad obedece a un doble fundamento, siempre y cuando, claro está, se compruebe que efectivamente así es. Desde el punto de vista procesal supone la prohibición de un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, siendo ello reconocido por primera vez por la STC 159/1987 de 26 de octubre (FF. JJ. 2 y 3) como derecho vinculado a la cosa juzgada material (y, en consecuencia, al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE), cuyos perfiles se irían matizando en resoluciones posteriores especialmente en lo tocante a la

admisión del doble enjuiciamiento en aquellos casos en los que, en el primeramente desarrollado y culminado con sentencia absoluta firme, se hubiesen desconocido garantías formales básicas de las partes acusadoras [*vid.*, entre otras, SSTC 188/2005, FF. JJ. 2.c) y 5; 21/2000, FJ 2; 4/2004, de 14 de enero, FJ 4; 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3b), y 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3]. Esta dualidad de derechos fundamentales respectivamente afectados por las vertientes material (art. 25.1 CE) y procesal (art. 24.1 CE) del *non bis in idem* sería ya argumento suficiente para descartar un tratamiento unitario de las mismas —a veces patrocinado por la jurisprudencia constitucional— que, por otra parte, resultaría inadecuado dadas sus profundas diferencias estructurales y de fundamento (*vid.*, en este sentido, extensamente, PÉREZ MANZANO, 2002, 69 y ss.).

La inclusión del aspecto material del principio en estudio en el art. 25.1 CE produce unas consecuencias procesales que son inherentes a su función limitadora del *ius puniendi* estatal; pues si lo que se pretende es que no puedan coexistir dos sanciones por un mismo hecho, una de las dos habrá forzosamente de decaer. Esta situación de conflicto obliga a establecer ciertas reglas dirigidas a determinar cuál de esas dos sanciones debe prevalecer, a cuyo efecto el Tribunal Constitucional ha enunciado los siguientes criterios de ordenación: 1) cuando los hechos sean a la vez constitutivos de ilícito penal y de ilícito administrativo, la sanción penal es absolutamente prioritaria y excluye a la sanción administrativa no pudiendo, en consecuencia, actuarse en esta última vía hasta que el Juez de lo Penal se haya pronunciado de manera que, de anticiparse a ello los órganos de la Administración, la sanción administrativa resultante sería contraria al art. 25.1 CE [*vid.*, entre otras, SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3c); 339/2003, de 18 de diciembre, FJ 3, y 188/2005, FJ 2.a)]; 2) una vez recaída sentencia absoluta en vía penal, el procedimiento administrativo podrá reanudarse y, en su caso, desembocar en la imposición de una

sanción administrativa puesto que ya no podría hablarse de un *bis in idem* material, con la importante matización de que en el procedimiento administrativo subsiguiente deben respetarse los hechos declarados probados en vía penal, ya que éstos no pueden existir o dejar de existir según sea el órgano del Estado que los enjuicie (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3, y 35/1990, de 1 de marzo, FJ 3), de lo que se desprende que, si bien la sentencia penal absolutoria no cierra en principio el paso a la vía administrativa (*vid.* STC 98/1989, de 1 de junio, FJ 10, y ATC 413/1990, de 26 de noviembre, FJ 4), esta última no podrá imponerse cuando la absolución hubiese estado motivada por la falta de prueba suficiente de los hechos o de su autor; y 3) la prohibición de doble sanción únicamente podrá alegarse una vez recaída sanción en el primer procedimiento, esto es, en el procedimiento penal (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 4).

Sentadas estas premisas, creo necesario incluir aquí un breve comentario sobre las dispares SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 2/2003, de 16 de enero. En la primera de ellas (criticada, entre otros autores, por CORCOY/GALLEGO, 2000, 159 y ss.) no fue atendido al mandato de paralización del procedimiento administrativo hasta tanto no hubiera resolución definitiva en el procedimiento penal, siendo en consecuencia sancionado el actor por resolución administrativa que alcanzó firmeza. Celebrado posteriormente procedimiento penal por los mismos hechos, fue asimismo condenado a pena privativa de libertad y multa pero, en relación con esta última, se procedió al descuento de la cantidad ya satisfecha en concepto de sanción administrativa. Recurrida dicha decisión en amparo, fue concedido por entender el Tribunal Constitucional que la prohibición de doble sanción no puede hacerse depender del orden jurisdiccional de actuación. Sin embargo, a la vista de que dicho orden preestablecido —a favor de la jurisdicción penal— no constituye una cuestión meramente formal o procesal, dado que tiene un fundamento material residente en la mayor gravedad de las infracciones penales respecto de

las administrativas (*vid.*, a este respecto, PÉREZ MANZANO, 2002, 61 y ss.), me parece evidente que no puede compartirse el criterio alcanzado por la STC 177/1999 en el sentido de que no importa qué sanción recayó en primer lugar —en este caso, la administrativa—, sino que lo realmente importante sería que la segunda sanción —en este caso, la penal— habría ocasionado, cronológicamente hablando, la aparición de un *bis in idem* prohibido. Por otra parte, ni tan siquiera puede afirmarse que tal lesión se hubiera producido en el plano material, dado que *no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscribida cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada* (*vid.* SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 6; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 2, y 334/2005, de 20 de diciembre, FJ 2).

IV. RELACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD

Bajo la rúbrica de «Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas», el art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reproduce en sus dos primeros apartados el contenido del art. 7 del Convenio europeo e incorpora, además, un tercer apartado no incluido en dicho precedente por el que se establece que *la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción*, dando así acogida al principio de proporcionalidad entre las respectivas gravedades de la infracción penal y de la pena por ella imponible (*vid.*, también, el art. 49 de la finalmente descartada Constitución Europea, en el que se reproduce, bajo esa misma rúbrica, idénti-

co texto). Ello avala la existencia de una estrecha conexión entre los principios de legalidad y de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* (y, consiguientemente, la posibilidad de invocación de este último en amparo por la vía del art. 25.1 CE) por más que conceptualmente quepa establecer distinciones entre ambos (*vid.*, por todos, DE LA MATA BARRANCO, 2007, 114 y ss.). La jurisprudencia constitucional se ha mostrado, sin embargo, singularmente cauta a la hora de establecer dicha conexión (sugerida ya en la STC 111/1993, de 25 de marzo), no pudiendo afirmarse que lo hiciera de manera clara antes de la STC 136/1999, de 20 de julio (*vid.* comentario a la misma en HUERTA TOCILDO, 2000, 64 y ss.) uno de cuyos principales pronunciamientos radica precisamente en admitir la posibilidad de control constitucional del legislativo por la vía de comprobar que ha respetado en sus decisiones el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas, así como la posibilidad de reclamación en amparo del ejercicio de dicho control a través de la alegación de que la falta de proporción entre delito y pena, observable en una norma penal, supone una vulneración del art. 25.1 CE. Cuestiones ambas cuyo abordaje exige reflexionar acerca de lo que significa el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas y acerca de su relación con el principio de legalidad en materia penal y sancionadora.

Desde mi punto de vista, un correcto entendimiento del significado democrático del principio de legalidad conduce necesariamente a la conclusión de que la idea de proporcionalidad le es inherente y, en consecuencia, a considerarla integrada en el contenido esencial del art. 25.1 CE (en el mismo sentido, entre otros, BOIX REIG, 1987, 2301; CUERDA ARNAU, 1997, 459). Ciertamente que la exigencia de proporcionalidad no es exclusiva del Derecho penal, sino que tiene naturaleza de principio regulativo general derivado de la misma esencia del Estado de Derecho (BLECKMANN, 1994, 177 y ss.) y por ello aplicable en principio a todo el ordenamiento jurídico (OSSENBÜHL, 1993, 154), pero ello no obsta para que,

con algunas excepciones, su ámbito natural de aplicación siga siendo el correspondiente a las restricciones operadas por los órganos del Estado en las libertades constitucionalmente reconocidas; con el resultado de que tales restricciones sólo serán legítimas si son necesarias y adecuadas para la preservación de intereses públicos constitucionalmente legítimos y preponderantes; de manera que, así entendido, el principio de proporcionalidad tiene un particular radio de acción en el campo del Derecho penal y administrativo sancionador. Por otra parte, su propia naturaleza de principio de alcance general explica que, pese a su falta de mención expresa en los textos constitucionales, haya sido calificado de *principio constitucional no escrito* que, en tanto que equivalente a la *prohibición del exceso*, tiene asignada una función de control allí donde la protección de los intereses públicos puede entrar en colisión con los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos; de forma que, aun sin constituir un *canon de constitucionalidad autónomo* cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, siendo normalmente y de forma particular aplicable en el ámbito de los derechos fundamentales siempre que *la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo [...] implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza* (*vid.*, por todas, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3). La inexistencia de una consagración explícita del principio de proporcionalidad en la Constitución no excluye, por consiguiente, su operatividad como instrumento de control de la actuación de los poderes del Estado cuando ésta se traduce en una restricción de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce. Pero para que ese control pueda llevarse a cabo, es necesario que dicho principio se invoque con el derecho fundamental afectado en concreto por dicha actuación.

De todo ello se desprende que aunque la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito penal o administrativo y la de sus correspondientes sanciones no se mencione explícitamente en el art. 25.1 CE, no por ello ha de considerarse extraña al derecho a la legalidad penal que en dicho precepto se reconoce ni negarse que la vulneración del principio de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado pueda invocarse en vía de amparo *ex* art. 25.1 CE. Cosa distinta es que el ejercicio por el Tribunal Constitucional de esa facultad de control de la proporcionalidad haya estado presidido por una actitud de suma cautela, especialmente cuando el objeto del mismo viene constituido por normas emanadas de un poder legislativo democráticamente elegido. Este palpable y comprensible ejercicio de prudencia se manifiesta en las distintas resoluciones en las que, con anterioridad a la STC 136/1999, hubo de pronunciarse sobre esta cuestión y puede sintetizarse, a tenor de lo declarado en la STC 55/1996, en los siguientes puntos: 1) el principio de proporcionalidad no puede ser invocado en forma autónoma sino en relación con la vulneración de concretas normas constitucionales, siendo su principal ámbito de aplicación el propio de los derechos fundamentales (FJ 3); 2) cuando su invocación tiene origen en una decisión del poder legislativo en materia penal, debe partirse de la idea de que, dentro de los límites marcados por la Constitución, el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena *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* (FJ 6); 3) ello no supone, sin embargo, que las normas penales sean un ámbito exento del referido control, sino que el alcance del mismo es mucho más restringido cuando se trata de decisiones del legislador que cuando recae sobre decisiones judiciales, toda vez que, en este último terreno, el principio de proporcionalidad cobra un singular relieve a la hora de examinar

las posibles vulneraciones de derechos fundamentales producidas a raíz de las operaciones judiciales de medición e imposición de la pena o sanción prevista al ser la proporcionalidad un límite infranqueable a la discrecionalidad judicial (*vid.* SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7, y 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4); 4) el alcance del control constitucional de la proporcionalidad de las normas penales se limita, en cualquier caso, *a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho* (FJ 8); y 5) para determinar si el legislador penal ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la configuración de los tipos penales habrán de utilizarse los siguientes criterios: a) comprobación de que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada —o, mejor, los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma— son lo suficientemente relevantes como para motivar la intervención del *ius puniendi* (*vid.* STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9); b) comprobación de que la medida en cuestión era idónea (juicio de idoneidad) y necesaria (juicio de necesidad) para alcanzar esos fines; y c) verificación de la existencia de una proporción en sentido estricto entre las respectivas gravedades del delito y de la pena (o juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Esta doctrina merece, a mi juicio, una valoración positiva. No así, en cambio, sus concretas aplicaciones en los supuestos que dieron lugar a la ya citada STC 55/1996, así como a las SSTC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre (*vid.* IGLESIAS RÍO/LOZANO GARCÍA, 1999, 5 y ss.), decisiones todas ellas en las que la necesaria actitud de cautela a la hora de emitir un juicio de proporcionalidad sobre normas penales equivale prácticamente a la concesión de un cheque en blanco al legislador penal para diseñar la política criminal, seleccionar los bienes jurídicos que estima merecedores de protección y determinar qué conductas de ataque a los mismos deben ser

prohibidas y qué penas les corresponden, con la única condición, en sí misma vacía de contenido, de que proceda dentro de los límites marcados por la Constitución.

V. OTROS PRINCIPIOS PENALES RELACIONADOS CON EL DE LEGALIDAD

1. Personalidad de la pena

La responsabilidad penal es personal e intransferible, lo que quiere decir, en una primera lectura, que —salvo que se trate de un supuesto de participación delictiva o de *actuación en nombre de otro* legalmente prevista— nadie puede ser hecho responsable de un hecho cometido por otra persona. Pero, además, el reconocimiento de este **principio de personalidad de la pena** tiene otras connotaciones, puesto que no sólo se opone a la existencia de sanciones colectivas en aquellos casos en los que la responsabilidad individual no haya podido ser determinada, sino que tiene asimismo la virtud de colocar al individuo, con todas sus características personales, en el centro de toda imputación penal; de lo que las doctrinas alemana e italiana han extraído la idea de que el hombre no puede ser considerado, en el sistema de responsabilidad penal, como un simple medio para la consecución de finalidades político-criminales, por muy adecuadas que éstas parezcan desde el punto de vista de las necesidades de prevención general.

Aunque, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, el principio de personalidad de las penas no haya recibido en el nuestro una consagración expresa, ello no ha impedido que el Tribunal Constitucional lo haya considerado contenido en el art. 25.1 CE como una derivación más del principio de legalidad penal (*vid.* STC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6). De suerte que no parece que haya inconveniente alguno en aceptar que una de sus consecuencias, la necesidad de adecuación de los concretos

marcos penales a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor, pueda ser reclamada en amparo frente a una norma penal en la que tales extremos no hubieran sido tenidos en cuenta a la hora de establecer la pena correspondiente a la conducta descrita en ella como prohibida. Por esta vía, podrían examinarse ciertos supuestos de penas inadecuadas a la personalidad del recurrente y a las necesidades de prevención especial que actualmente no tienen acceso al recurso de amparo debido a la interpretación que del art. 25.2 CE viene haciendo la jurisprudencia constitucional.

2. Responsabilidad por el hecho propio

El Derecho penal sólo se ocupa de «acciones u omisiones», esto es, de conductas activas o pasivas que se exteriorizan a través de hechos. Sólo lo que la persona hace, o no hace cuando debía hacerlo, puede ser penalmente relevante. En consecuencia, ni la actitud, ni la forma de ser o de vida, ni el carácter, ni las inclinaciones, sentimientos o pensamientos pueden motivar una reacción penal o sancionadora. A este rechazo de la legitimidad de un Derecho penal de autor en el que las descripciones típicas pudieran configurarse exclusivamente como conductas desviadas de las pautas socialmente imperantes, sin consideración alguna a su falta de lesividad o de ofensividad, no ha sido ajeno el Tribunal Constitucional conforme se demuestra en la STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 6, al afirmarse expresamente en ella que los llamados *tipos de autor*, basados en una *conducta de vida*, no son compatibles con las exigencias derivadas del art. 25.1 CE; lo que, por otra parte, es indicativo de que entiende enraizado en dicho precepto constitucional el **principio de responsabilidad por el hecho**. De manera que, habida cuenta de que también considera como derivación del mismo el principio de personalidad de las penas, cabe concluir que el **principio de responsabilidad por el hecho propio** forma parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad penal.

3. Culpabilidad

En la STC 150/1991, de 4 de julio [FJ 4.a)] se dice textualmente que *la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos [...] Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación»* (en el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2, en la que, además, la vigencia del mencionado principio se extiende también a las infracciones administrativas sin perjuicio de la posibilidad de imponer sanciones de esta clase a las personas jurídicas, respecto de las que *el elemento subjetivo de la culpa [...] se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas ya que en ellas falta el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de infringir las normas*). Aunque en la resolución citada en primer lugar no se dice en qué lugar de la Constitución está ubicado el principio de culpabilidad, tanto de su referencia a la STC 65/1986, de 22 de mayo, como de lo expresado en otro pasaje de la misma se desprende que el Tribunal Constitucional lo considera derivado de la exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana (art. 10 CE). Pese a ello, su ubicación constitucional sigue siendo dudosa a la vista de que en la STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 4) se conecta *el elemento subjetivo de la culpabilidad* con la exclusión de toda *responsabilidad objetiva o sin culpa* en el terreno propio del Derecho penal y en el de las infracciones administrativas, considerándose que la misma sería inadmisibles en nuestro ordenamiento en el que rige el principio de culpabilidad que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado; pues es de señalar que esta sentencia, dictada a raíz del examen de un recurso y dos cuestiones de in-

constitucionalidad contra varios preceptos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, llega a las anteriores conclusiones al examinar las alegaciones relativas a una pretendida infracción del art. 25.1 CE por el art. 77.1 de dicha Ley. Personalmente soy de la opinión de que el principio de culpabilidad es cosa distinta del principio de legalidad, siendo asimismo diferenciable del principio de proporcionalidad (*vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, 1998, 187; DE LA MATA BARRANCO, 2007, 109 y ss.). Ello no excluye, sin embargo, que algunos de los elementos tradicionalmente integrados en aquél —como, por ejemplo, la prohibición de responsabilidad penal objetiva o por el resultado— puedan reconducirse al ámbito del art. 25.1 CE. Sería, en cualquier caso, deseable que el Tribunal Constitucional se pronunciara con mayor claridad acerca del lugar exacto de su recepción constitucional, pues evidentemente no tiene las mismas consecuencias derivarlo del debido respeto a la dignidad humana que del derecho a la legalidad penal.

VI. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ART. 25.1 CE

Hasta aquí el cuadro de los posibles elementos integrantes del derecho fundamental a la legalidad penal. Pero el análisis no quedaría completo si no se examinara también este derecho en su vertiente negativa, es decir, en relación con las categorías que quedan excluidas de su radio de acción y que, por consiguiente, no son susceptibles de amparo por invocación del art. 25.1 CE. El repertorio que de ellas ofrece la jurisprudencia constitucional es extenso y variado. Destaca, en primer lugar, su negativa a incluir en el precepto antes citado lo que ha venido en denominarse **principio de legalidad invertido** —consistente en un pretendido derecho fundamental de la víctima de un delito a obtener por ello la condena penal de su supuesto autor— con apoyo en el argumento de que, al ser los derechos fundamentales *derechos de libertad*, la introducción en ellos de la pretensión punitiva

va supondría alterar radicalmente su sentido [vid., entre otras, SSTC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997 de 10 de marzo, FJ 5; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 2.b); 81/2002, de 22 de abril, FJ 2, y 93/2003, de 19 de mayo, FJ 3]. De lo que se desprende que el art. 25.1 CE no reconoce un derecho a reclamar en amparo el ejercicio del *ius puniendi* estatal ni, por consiguiente, puede ser invocado en aquellos supuestos en que se rechace una querrela por delito. Conclusión ésta que, a mi juicio, debe extenderse al **principio de proporcionalidad invertido** o posibilidad de invocar un derecho a que el delito en cuestión se sancione con una pena superior a la legalmente prevista (vid. CUERDA ARNAU, 1997, 484).

Además de en todos aquellos casos en los que, al no poderse hablar de la imposición de una sanción penal o administrativa (vid. RUIZ REBOLLO, 2003, 315 y ss.), es obvio que el art. 25.1 carece de toda posibilidad de aplicación (entre los que, a modo de ejemplo, cabe citar los siguientes: sanciones impuestas a consecuencia de la comisión de un ilícito de naturaleza civil o, más en general, en virtud del ordenamiento jurídico privado, obligación de satisfacer una liquidación tributaria, sanciones laborales, condena en costas, privación de haberes, denegación de una solicitud de pensión, multas coercitivas, corte del suministro del agua, interrupción del devengo de un subsidio de desempleo, revocación de una licencia municipal, imposición de intereses por mora o cese por necesidades del servicio), el

Tribunal Constitucional también ha rechazado la inclusión en dicho precepto de todas aquellas reclamaciones que se susciten en relación con la **responsabilidad civil derivada de delito**, cuya naturaleza civil no se altera por el hecho de dirimirse en un procedimiento penal (STC 189/2001, de 24 de septiembre). Tampoco han sido objeto de examen por esta vía las cuestiones relativas a la **prescripción de los delitos y faltas**, ya sea porque el Tribunal Constitucional consideró en un principio que constituía una cuestión de mera legalidad ordinaria ajena a sus competencias (vid., por todas, SSTC 73/1989, de 20 de abril, FJ 2, y 196/1991, de 17 de octubre, FJ 2), ya sea por entender —una vez admitido por la STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, la posibilidad de examen de esta cuestión en sede constitucional— que su tratamiento es el propio del derecho reconocido en el art. 24.1 CE (vid., entre otras, SSTC 63, 64, 65, 66, 68 y 69/2001, de 17 de marzo; 63/2005, de 14 de marzo y 29/2008, de 20 de febrero). Esta última conclusión me parece discutible, habida cuenta de que la decisión final sobre si un delito o falta debe o no entenderse prescrito puede afectar al pronunciamiento de una sentencia condenatoria por motivo de un ilícito que ya no existe lo que, evidentemente, supondría una vulneración del art. 25.1 CE (vid. HUERTA TOCILDO, 2005, II, 513 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, 2005, concluye por su parte —en relación con la citada STC 63/2005— que el Tribunal Constitucional considera un problema de tutela judicial efectiva lo que en realidad constituye un problema del principio de legalidad).

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *REDC*, núm. 8, 1983.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal», *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983.
- «Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (Notas sobre la STC 63/2005)», *La Ley*, núm. 6249, de 10 de mayo de 2005.

BLECKMANN, A., «Bagründung und Anwendungsbereich des Verhältnismässigkeitsprinzip», en *Juristische Schulung* (=JuS), 1994.

BOIX REIG, J., «De nuevo sobre el principio de legalidad», *RGD*, núm. 512, Valencia, 1987.

- «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución española en el Derecho penal*, Bilbao, 1983.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 3.^a edición, Madrid, 1985.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. A., *Derecho Penal. Parte General*, I, 2.^a ed., Valencia, 1897; 3.^a ed, Valencia 1990; 4.^a ed., Valencia, 1996.

- «Sobre la reserva de ley orgánica en materia penal y administrativa», en *Comentarios a la Constitución española*, tomo III, Madrid, 1984.

COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid, 1982.

CORCOY BIDASOLO, M. y GALLEGRO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: *ne bis in idem* procesal y material (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad Penal*, núm. 8, 2000.

CUERDA ARNAU, M. L., «Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal», en *Homenaje al Prof. Dr. Casabó Ruiz*, Valencia, 1997.

CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes penales y el principio de legalidad penal en clave constitucional», en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Dir. por M. BOLADO y J. Antonio GARCÍA REGUEIRO, Barcelona, 1998.

DE LA MATA BARRANCO, N., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007.

GARCÍA ARÁN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», en *Estudios penales y criminológicos*, tomo XIV, Santiago de Compostela, 1993.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia», en *REDC*, núm. 10, 1984.

GARCÍA MACHO, R., «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», en *Civitas. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991.

HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *REDC*, núm. 39, 1993.

- «A vueltas con la prescripción penal», en AA. VV., *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, II, Madrid, 2005.
- «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal» (art. 7 CEDH), en AA. VV., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, I, Madrid, 2005.

- «Ílícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios», en AA. VV., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad*, Madrid, 2000.
- «Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal», *Revista penal*, núm. 8, 2002.

IGLESIAS RÍO, M. A. y LOZANO GARCÍA, C., «El delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1845, 1999.

JAREÑO LEAL, A., *La pena privativa de libertad por impago de multa*, Valencia, 1994.

LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

- *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000.

MESTRE DELGADO, E., «Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora», *REDA*, núm.59, 1988.

OSSENBÜHL, F., «Masshalten mit dem Übermassverbot» en *Fest. für Prof. Dr. Lerche*, München, 1993.

PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2002.

RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2003.

TIEDEMANN, K., «Constitución y Derecho Penal», *REDC*, núm. 33, 1991.

ACTUALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 25.1

Sumario: I. Garantías de legalidad: leyes penales en blanco, taxatividad de la ley. II. Los límites de la interpretación de la ley penal. III. La garantía de proscripción del bis in idem. IV. La garantía de irretroactividad de la norma penal desfavorable. 1. La doctrina Parot y la STEDH Del Río Prada: el concepto de pena y los cambios jurisprudenciales desfavorables. 2. La retroactividad favorable desde el fundamento material del principio de legalidad. V. Proporcionalidad, culpabilidad, personalidad de las penas y principio de legalidad.

ADELA ASÚA BATARRITA

CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

El presente texto ofrece básicamente una actualización de referencias jurisprudenciales del periodo comprendido entre 2008 hasta el primer trimestre de 2018, como mera adición al espléndido texto original, de la primera edición, de la recordada profesora Susana HUERTA TOCILDO, decana de las catedráticas de Derecho penal en las universidades españolas.

Durante estos últimos 10 años la jurisprudencia del TC en materia de legalidad penal ha continuado su línea autorrestrictiva, de prudente deferencia con el legislador (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016, 362 y ss.), estimando en muy contadas ocasiones las impugnaciones, en particular en lo que se refiere a recursos y a cuestiones de inconstitucionalidad. Las reformas operadas en el Código Penal por la LO 5/2010 y por la LO 1/2015 han dado lugar a la presentación de un único recurso de inconstitucionalidad, sobre la nueva pena de prisión permanente revisable (RI 3866/2015), que se articula, entre otros fundamentos, sobre la posible vulneración de las garantías asociadas al principio de legalidad penal. Las cuestiones de inconstitucionalidad son menos infrecuentes, y por ello será a través de las resoluciones que resuelven tales cuestiones, así como a través de los RR. AA. —desde el prisma de la interpretación y aplicación de la ley— como pueden visualizarse los rasgos de la evolución de la doctrina constitucional sobre el alcance de

las garantías de legalidad y sobre la materia que queda sometida a la observancia de tales garantías. Una evolución basculada hacia el mantenimiento de la doctrina anterior, pero que va incorporando nuevos criterios empujada, en buena medida, por las decisiones del TEDH en lo que respecta a la vulneración del art. 7 del Convenio. Lo que incide en la obligada revisión de posiciones anteriores con el alcance previsto en el art. 10.2 CE. Por su parte, el TJUE impone la adopción de su interpretación de los arts. 49 y 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario *ex art.* 93 CE, y en los demás ámbitos, *ex art.* 10.2 (sobre estas interrelaciones, por todos, ARZOZ SANTISTEBAN, 2014, 263 y ss.). La tutela jurisdiccional multinivel de los derechos fundamentales se impone como una realidad dinámica, en absoluto exenta de complejidad, pero de enriquecedora incidencia en la ampliación de cánones hermenéuticos y en la exigencia de fundamentación coherente con los nuevos escenarios. El balance de esta década ofrece algunos ejemplos.

I. GARANTÍAS DE LEGALIDAD: LEYES PENALES EN BLANCO, TAXATIVIDAD DE LA LEY

El único precepto del CP de 1995 declarado inconstitucional ha sido el art. 335, delito de

caza y pesca de especies protegidas, en su versión anterior a su reforma por la LO 15/2003. Un supuesto paradigmático de vaciamiento de la reserva de ley mediante la técnica de la ley penal en blanco. La STC 101/2012, de 8 de mayo, declaraba, 11 años después de la presentación de la cuestión, la inconstitucionalidad y nulidad de aquel art. 335 CP, por carencia ostentosa de descripción o referencia al núcleo esencial de la prohibición, con remisión en bloque a lo que el Gobierno determinara a través de normas reglamentarias o de listados de especies cinegéticas. De manera que bastaba «simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos» (FJ 5). Así era efectivamente, se punía la caza o pesca de especies protegidas que no estuvieran «autorizadas por normas específicas en la materia». En la actualidad la intervención penal conforme al art. 335 CP se condiciona a que «esté expresamente *prohibido* por las normas específicas sobre su caza o pesca». Una ligera diferencia que parece haber salvado la constitucionalidad, por más que se mantenga esa dependencia mediante remisión a decisiones sublegislativas (cfr. ALCACER GUIRAO, 2012). La proliferación de tipos penales contruidos «en clave sancionatoria» emborronan —con una cierta jactancia de decisionismo legislativo— la garantía de lesividad sustancial y de gravedad diferenciada de los delitos respecto a los ilícitos administrativos. Queda a la interpretación estricta de su alcance por la justicia ordinaria la neutralización del peligro de dilución total de la garantía de legalidad penal, lo cual, a la vista de alguna interpretación reciente del TS en materia de conducción de vehículos de motor sin autorización, no resulta muy esperanzador (GONZÁLEZ AGUDELO, 2017, 35 y ss.)

En cuanto a la garantía de taxatividad, las impugnaciones basadas en la indeterminación de la conducta típica difícilmente prosperarán en tanto sea posible una interpretación que contraiga el ámbito típico a confines más

precisos, acorde con los principios penales. La tradicional denuncia de indeterminación que recae sobre el art. 368 CP ha quedado «corregida» por la jurisprudencia mediante la consolidación de su interpretación sobre el ámbito típico, lo que aporta la seguridad jurídica que la letra de la ley anterior no aseguraba. No obstante, en las SSTC 146/2017, de 14 de diciembre, y 36 y 37/2018, de 23 de abril, el Tribunal vuelve a ocuparse de la denuncia de excesiva indeterminación, que no prospera, pero con el añadido, que ahora interesa resaltar, de que la queja se proyectaba también sobre lo que los recurrentes consideran cambio jurisprudencial *in peius* sorpresivo: la aclaración de lo que se entiende por «grupo de autoconsumo» penalmente atípico, que acabó con la condena de miembros de asociaciones de cannabis legalmente registradas como tales. La novedad se cifra en que los demandantes invocaban la doctrina emanada de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto *Del Río Prada c. España*), que desautorizó, por incompatible con la garantía de legalidad *ex art* 7.1 CEDH, la aplicación retroactiva de un cambio sorpresivo e imprevisible de la jurisprudencia que creó la denominada «doctrina Parot» (a la que me referiré con más detalle en otro apartado posterior). A tal sentencia se refiere el TC para recordar que en el caso *Del Río Prada* se produjo «una aplicación retroactiva desfavorable de la legalidad penal que supuso, *de facto*, una alteración sustancial de la penalidad que ya había sido establecida judicialmente para ese proceso. Dada la práctica judicial existente hasta ese momento, tal variación de la penalidad no era en modo alguno previsible» (STC 36/2018), mientras que «no puede compartirse que en este caso exista una aplicación retroactiva de un novedoso criterio interpretativo desfavorable e imprevisible que venga a sustituir a otro más beneficioso» (STC 146/2017, FJ 5). Por ello, «perfilada de este modo la doctrina constitucional sobre lo que puede legítimamente considerarse una aplicación retroactiva de nuevas construcciones jurisprudenciales constitucionalmente proscrita, es evidente que el presente caso no queda abarcado en la misma»

(STC 36/2018, FJ 4). La jurisprudencia, como complemento de la «calidad de la ley», queda por lo tanto sometida a las exigencias de accesibilidad y previsibilidad cuando sea desfavorable, y así queda reconocida —en un implícito *overruling*, derivado de lo previsto en el art. 10.1 CE— como doctrina asumida por el propio TC.

Siguiendo la línea tradicional, la STC 185/2014, de 6 de noviembre, desestimaba la cuestión de constitucionalidad planteada respecto al art. 623.1 CP por tacha de imprecisión y falta de taxatividad del tenor legal: no resulta inconstitucional porque cabe «una interpretación conforme con la Constitución que no solo no fuerza el tenor literal del precepto, sino que se acomoda al mismo, a la par que constituye el resultado exegético inmediato de una interpretación atenta a los principios constitucionales rectores del *ius puniendi* y acorde con los criterios hermenéuticos al uso en Derecho penal»; por ello debe entenderse como requisito típico para apreciar la reiteración de faltas de hurto, «la previa comisión de varias infracciones en un plazo temporal próximo, sean faltas de hurto declaradas en previa sentencia firme, sean faltas probadas en el proceso en que se plantea la aplicación de la figura de perpetración reiterada de faltas de hurto conforme al art. 623.1 CP, sin que pueda bastar para apreciarla la existencia de previas denuncias, imputaciones o condenas no firmes por falta de hurto». Una interpretación conforme que es llevada al fallo de la resolución. Y que se reproduce en otras resoluciones posteriores sobre cuestiones idénticas.

II. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

En la jurisprudencia de la década que examinamos, en lo tocante a extralimitación en la interpretación del alcance de los tipos penales, un caso particular y de alguna forma peculiar es el tratado en la STC 196/2013, de 2 de diciembre, Sala Segunda. Se otorga el amparo

al demandante —condenado por un delito de retención ilegal de menores definido en el art. 225 bis 2.2.º CP— cifrando la vulneración de la legalidad penal *ex art.* 25.1 CE en la interpretación extensiva de los elementos típicos, que repercute en la predeterminación valorativa de la internacionalidad del demandante.

En cambio, conforman una larga serie de resoluciones las que se dictan otorgando amparos por la interpretación extensiva efectuada en materia de prescripción penal. Lo que sitúa la naturaleza sustantiva penal de la prescripción en primer plano, quedando sometida a las garantías derivadas del art. 25.1, aunque hay que señalar una cierta evolución en lo que se refiere a la prescripción extintiva del delito. Efectivamente, la reciente STC 25/2018, de 5 de marzo, referida a esta vertiente de la prescripción, declara contraria al art. 25.1 CE la interpretación *extra legem* efectuada, desfavorable, por desbordar el tenor literal del precepto (art. 132.1 CP) en la fijación del inicio del plazo de prescripción de la infracción penal. El problema suscitado aquí era distinto al que dio lugar a la larga serie de recursos de amparo sobre la fijación del momento en que «el procedimiento se dirige contra el indiciariamente responsable» (art. 132.2 CP), como interrupción del plazo extintivo. Serie que se fue resolviendo conforme al criterio sentado en la STC 63/2005, de 14 de marzo, que había desautorizado la interpretación que establecía el efecto interruptor en la mera interposición de una denuncia o querrela, pero considerando que se lesionaba la tutela judicial conforme al art. 24.1 CP, eludiendo en el fallo el pronunciamiento sobre el art. 25.1 CE. Mediante la reforma del art. 132.2 por LO 5/2010, el legislador ha adoptado una solución intermedia sobre este punto, que aclara los márgenes de la interpretación superando el problema de la divergencia interpretativa (sobre la problemática y la divergencia de posiciones, por todos CARDENAL MONTRAVETA, 2012).

En cuanto a la vertiente de prescripción de las penas, su incidencia penal sustantiva parece haber suscitado menos dudas. No obs-

tante la parquedad del art. 134.2 CP (antes de la reforma por LO 1/2015) sobre las causas de interrupción del plazo de prescripción, pretendió ser «completada» por decisiones judiciales que de hecho creaban nuevas causas interruptivas *extra legem*. La STC 97/2010, de 15 noviembre, desautoriza aquella interpretación que, por más que pudiera considerarse racional desde la perspectiva político criminal, venía a suplantar la decisión legislativa, ampliado *in peius* la dicción de la norma. La larga serie de recursos de amparo estimados bajo la misma fundamentación se extiende hasta 2016 (SSTC 12 y 14 /2016, de 1 de febrero). La nueva redacción del referido art. 134.2 CP contempla hoy otras causas de «suspensión» del plazo prescriptivo, con la precisión que compete a la potestad legislativa garantizar.

Como es notorio, la vulneración del art. 25.1 CE reside en la infracción de los límites de la interpretación penal, no en el hecho de que la figura penal en cuestión, de haber sido concebida de otra manera, es decir, a la manera que la interpretación sugiere, podría o no devenir inconstitucional. Diferencia de no escasa relevancia, pues en otro caso el mensaje de la infracción constitucional conllevaría implícitamente una desautorización de la propia ley, de forma similar a la reprobación de un control de constitucionalidad de la ley (sobre este problema, que se hizo particularmente visible en relación a la STC 111/1993, referida a la interpretación del art. 321.1 CP 1973, delito de intrusismo, FERRERES COMELLA/MIERES MIERES, 1999).

En el ordenamiento comunitario europeo ha sido recientemente reconsiderado el carácter de la prescripción en la importante STJUE de 5 de diciembre de 2017, Gran Sala, as. 42/17, *M. A. S.* En ella se declara la aplicabilidad de las mismas garantías de legalidad penal de los delitos y las penas al instituto de la prescripción, de manera que la aplicación de modificaciones de los plazos prescriptivos —respecto a infracciones en materia de IVA— no puede llevarse a cabo de forma retroactiva si

implica violación del principio de legalidad de los delitos y las penas. En un claro *overruling*, el Tribunal cierra así una crisis de calado, contestando a las cuestiones prejudiciales presentadas por la Corte Constitucional italiana a raíz de la doctrina Taricco (STJUE de 8 de septiembre de 2015, Gran Sala, as. C10/14, *Taricco*), según la cual la doctrina italiana sobre la prescripción en materia del fraude del IVA chocaba con la debida protección de los intereses financieros de la Unión y las obligaciones de los Estados miembros derivadas del propio TJUE (sobre esta relevante sentencia RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, 2017). La sentencia *M. A. S.* no desacredita totalmente la anterior posición mantenida en *Taricco*, pero incorpora esa decisiva excepción a la inaplicación de los cortos plazos prescriptivos previstos en la ley estatal: que «no implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción».

III. LA GARANTÍA DE PROSCRIPCIÓN DEL *BIS IN IDEM*

En relación a la incompatibilidad/compatibilidad de sanciones penales y administrativas en supuestos de triple identidad de hechos, sujeto, y perspectiva valorativa, se ha consolidado la doctrina sentada en la STC 2/2003, de 16 de enero, en coincidencia básica con la línea avalada por el TJUE, y en divergencia con los aspectos más estrictos de la doctrina del TEDH. El acento en la salvaguarda de la proporcionalidad sustantiva en la sanción penal, por encima de la garantía del *ne bis in idem*, vertiente procesal, resulta acorde con el sentido del garantía de proporcionalidad, pero presenta problemas cuando la pena impuesta en proceso penal, subsiguiente a la sanción administrativa, no admite, por su naturaleza, el «descuento» del importe, duración o cuan-

tía de la sanción previa (cfr. en profundidad PÉREZ MANZANO, 2016, 157 y ss.). Recientemente el Tribunal de Justicia ha corroborado y precisado su posición sobre modulaciones del alcance del art. 50 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en varias resoluciones del pasado 20 de marzo (SSTJUE de 20 de marzo de 2018, Gran Sala: as. C-524-15, *Menci*; as. C-537/16, *Garlsson Real Estate y otros*; as. acumulados C-596/16 y C-597/16, *Di Puma y Zecca*). La aceptación de limitaciones a la prohibición del *bis in idem* queda condicionada a que los procedimientos y sanciones que se acumulan respondan a fines complementarios, y a que la acumulación resulte necesaria por razón de objetivo de interés general; asimismo a que las normas sean claras y accesibles, y a que la gravedad del conjunto de sanciones impuestas se mantenga en lo estrictamente necesario respetando la proporcionalidad según lo establece el art. 52.1 de la CDDFFUE.

IV. LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL DESFAVORABLE

La irretroactividad de las normas penales desfavorables es el dogma por excelencia del principio de legalidad en su proyección sobre la dinámica de la sucesión de leyes (por todos, Frigols i Brines, 2004; Correcher Mira, 392 y ss.). Punto de conexión entre los arts. 9.3 y 25.1 CE, actúa como banco de pruebas de la coherencia y efectividad de la garantía de la legalidad penal en relación a las diversas instituciones del espectro punitivo. Nadie pone en duda su vigencia incontestable en cuanto a las normas que definen los delitos, establecen penas, medidas de seguridad o circunstancias de agravación. Las divergencias comienzan con la demarcación de estos conceptos, con las dudas sobre dónde se fija la frontera: frontera que se desplaza de distinta manera según se adopte una perspectiva sustantiva y no meramente formal. Igualmente el debate sobre qué se entiende por «ley» en tanto que pueda incorporarse en ella la inter-

pretación, es decir, la jurisprudencia en esa tarea que delimita de hecho los contornos de la ley, con efecto vinculante de mayor o menor grado, pero sin duda con efecto comunicativo claro para los justiciables.

Respecto a la diferenciación entre la «pena» en sentido estricto y las «condiciones de cumplimiento o de ejecución» ya tuvo lugar una importante discusión con la aplicación del nuevo «periodo de seguridad» previo al acceso al tercer grado penitenciario, instaurado por la LO 15/2003. La disposición transitoria única de la citada Ley disponía la aplicación del nuevo régimen restrictivo sobre las personas que cumpliendo pena de prisión no hubieran accedido todavía al tercer grado, independientemente de que a la fecha de comisión del delito o a la fecha de la sentencia firme no existieran aquellas restricciones, restricciones que condicionan otros posibles beneficios o ventajas penitenciarias. Las divergencias interpretativas y las críticas que denunciaban su inconstitucionalidad (IGLESIAS DEL RÍO, 2015) solo amainaron tras la unificación de doctrina por el TS en su STS 748/2006 de 12 de junio. Mediante la interpretación restrictiva del tenor de aquella disposición quedó finalmente excluida su aplicación a las condenas derivadas de hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la citada reforma (por todos, BARBER BURUSCO, 2014, 74 y ss.). En cuanto a la proyección de la irretroactividad sobre la jurisprudencia desfavorable, la negativa había sido el criterio indiscutido —salvo propuestas doctrinales minoritarias receptoras de la praxis y la fundamentación del ámbito del *Common Law* (por todos FERRERES COMELLA, 2002; VIDALES RODRÍGUEZ, 2001; LAPORTA SAN MIGUEL, 2016)— hasta la recepción de la STEDH del caso *De Río Prada* que determina el desenlace de la «doctrina Parot». Doctrina fijada en la STS 197/2006, de 28 de febrero, confirmada en STC 40/2012, de 29 de marzo (y la larga serie consecutiva), y desautorizada por la STEDH *Inés Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013, Gran Sala. La trascendencia de estas resoluciones me lleva a ofrecer una breve síntesis de este caso que

ejemplifica el significado de la tutela jurisdiccional multinivel de los derechos fundamentales en nuestro ámbito regional europeo (cfr. LASCURAIN, 2016 a). Me ceñiré a los aspectos relativos al derecho a la legalidad penal.

1. La doctrina Parot y la STEDH Del Río Prada: el concepto de pena y los cambios jurisprudenciales desfavorables

La llamada «doctrina Parot» consiste en una reinterpretación judicial de la dicción del art. 70.2 CP 1973 (análogo al actual art. 76.1 CP) en cuanto al significado del límite de 30 años como tiempo máximo de cumplimiento de la condena en casos de acumulación de delitos. Tiene que ver por lo tanto con la naturaleza del cómputo de los días cumplidos, que regía conforme al instituto de «redención de pena por trabajo» (art. 100 CP 1973): el tiempo «redimido» se convertía en tiempo de cumplimiento jurídicamente reconocido como real. Y tiene que ver sobre todo con el efecto retroactivo de la jurisprudencia sobre ese cómputo. Según la «doctrina Parot», el cambio de interpretación no repercutiría sobre la «pena», sino únicamente sobre «condiciones de ejecución de la pena» y por tanto sobre un campo no afectado por la prohibición de irretroactividad. Pero, además, la eventual alteración de esas condiciones no derivaría de la aplicación de una ley posterior desfavorable, sino de un legítimo cambio de criterio jurisprudencial respecto a la norma aplicable al caso. Sin embargo, no hay duda de que era una modificación *in peius*, imprevisible e inopinada, y sin vocación de continuidad, pues solo podía proyectarse hacia el pasado (MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, 243 y ss.). Se modificaba así el entendimiento secular —desde 1944 hasta 2006— de la regla del concurso de delitos vigente hasta el nuevo CP 1995, en relación a la institución asimismo vigente hasta el año 1995 de la redención de penas por trabajo. Se ha señalado que se trataba de una «retroactividad oculta» de la ley posterior (CORRECHER MIRA, 2018, 424 y ss.), pues la nue-

va interpretación no puede negar su inspiración en la dicción del art. 76.1 CP 1995, un precepto que incorporó la exigencia de que los 30 años de condena fueran de «condena efectiva», sin ficciones jurídicas de descuentos. Y bajo su sombra, la «doctrina Parot» reinterpreta el antiguo art. 70.1 CP 1973 ya derogado, para hacerle decir que ese tope de los 30 años de cumplimiento bien podía entenderse como exigencia de tiempo «efectivo» en prisión. Una interpretación que apela de forma expresa a consideraciones de política criminal, a «el valor de justicia proclamado en la Constitución Española» y al principio de humanidad que ante todo debe estar al lado de las víctimas (STS 197/2006, FJ 3.º), máxime ante la gravedad de los atentados terroristas. El legislador ya venía actuando desde la LO de 2003 en esta línea política criminal de endurecimiento de la respuesta para los delitos de mayor gravedad, leyes más severas que contrastaban con la normativa aplicada conforme al cómo anterior, una tensión inevitable que no puede resolverse forzando las garantías constitucionales derivadas del art. 25.1 CE (cfr. CUERDA RIEZU, 2014).

El reguero de recursos de amparo que llegan al TC se resuelve en las correspondientes SSTC 39 a 69/2012, de 29 de marzo, en las que se confirma la compatibilidad constitucional de la jurisprudencia retroactiva *in peius* y la consideración de que no se ha producido afectación a la «pena» impuesta en las condenas, por más que se tradujera en un alargamiento considerable de tiempo en prisión. La mayoría de los recursos se desestiman, salvo tres casos a los que se otorga amparo por vulneración del art. 24.1 CE en relación a la intangibilidad de resoluciones judiciales previas (cfr. con detalles RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 2016; LLOBET ANGLI, 2015). La construcción se desmorona en Estrasburgo cuando la STEDH citada, de 21 de octubre de 2013, declara vulnerado el art. 7.1 del Convenio porque la nueva exégesis de aquel art. 70 CP 1973 sí afecta al alcance de la pena al producir un alargamiento evidente del tiempo real de cumplimiento, y porque los cambios de interpreta-

ción por parte de los Tribunales están igualmente sometidos a la prohibición de retroactividad desfavorable desde el prisma de la accesibilidad y la previsibilidad de su contenido, de manera que los cambios desfavorables no conviertan en ilusoria y meramente teórica la garantía de legalidad penal. Los votos particulares que acompañaron tanto a la STS de 26 de febrero de 2006 como las referidas SSTC de 29 de marzo de 2012 ya advertían de que las argumentaciones avaladas por la mayoría resultaban contrarias a la doctrina del TEDH. Por ello, la decisión del Tribunal europeo en absoluto podía calificarse de imprevisible o de sorpresiva (HUERTA TOCILDO, 2016), pues no se podía ignorar el concepto material de la pena que venía manteniendo el Tribunal de Estrasburgo y la evolución constatada en sus últimas resoluciones de esos mismos años (LANDA GOROSTIZA, 2012); así como su tradicional consideración conjunta de la ley y la jurisprudencia conforme a la concepción propia del ámbito del *Common Law* (detalle de la jurisprudencia del TEDH al respecto, en LANDA GOROSTIZA, 2015, n. 29 y ss.).

Una vez asimilado el resultado final del llamado «diálogo» en este circuito multinivel de jurisdicciones, queda como herencia la acomodación de la doctrina de nuestros Tribunales a los cánones aplicados por el TEDH. Asimismo, la constatación de que es necesaria una reflexión más detenida sobre el papel de la jurisprudencia y de las garantías de accesibilidad y previsibilidad de los cambios desfavorables. EL peligro de «petrificación» de la jurisprudencia, como algunos temen (GIMENO SENDRA, 2013), no es un efecto ineludible, como no lo es en el propio sistema del *Common Law* y en la doctrina del TEDH (baste como ejemplo de la admisibilidad de cambios de interpretación *in peius* lo resuelto respecto a la violación en el matrimonio, que tanto en los tribunales británicos como en el Tribunal europeo fueron considerados cambios previsibles y por ello conformes con el Convenio: STEDH S. W. c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995).

El TC ha incorporado con toda normalidad a su doctrina el canon de previsibilidad y accesibilidad respecto a los cambios jurisprudenciales desfavorables, si bien por el momento ello le ha conducido a la inadmisión o bien a la desestimación de los recursos correspondientes, en aplicación del referido criterio. Así, en el ATC 155/2016, referido a la negativa al reconocimiento de la condena cumplida en Francia a efectos de aplicar las reglas del art. 76 CP sobre acumulación y límites máximos, se utilizan como marco de contraste los cánones del TEDH, con la consecuencia de denegar el amparo solicitado. El TS había aplicado su propia exégesis directa de la DM 208/675/JAI —dado que la incorporación de la DM al ordenamiento interno se produjo tardíamente por LO 7/2014—, una exégesis perjudicial para los afectados, y distinta a la utilizada en una sentencia anterior dictada en un asunto similar. El TC niega que «esa interpretación dispar de la legislación penal en dos procesos diferentes suponga una aplicación retroactiva de un cambio sorpresivo e inesperado de criterio jurisprudencial en perjuicio de las expectativas consolidadas por el reo en ese proceso», porque además «la situación de partida que presenta el supuesto que se nos plantea es completamente diversa a la afrontada en la STEDH de 21 de octubre de 2013 (*asunto Del Río Prada c. España*)», ya que en aquel caso la variación de la penalidad no era en modo alguno previsible. La denegación del amparo —denegación de los varios motivos por los que se había impugnado la resolución del TS que afectaba al recurrente— fue recurrida ante el TEDH, de cuya admisión se tiene noticia, a la espera de la resolución correspondiente.

También, como he indicado antes al tratar la exigencia de «taxatividad», el TC reconoce expresamente la prohibición de un cambio interpretativo desfavorable que resulte imprevisible en STC 146/2017, de 14 de diciembre, y en las SSTC 36 y 37/2018, de 23 de abril. En sus fundamentos jurídicos se recoge con cierto detalle la doctrina de la

STEDH *Del Río Prada* como canon de referencia, pero se desestima la impugnación respecto a la lesión del art. 25.1 CE precisamente porque el Tribunal entiende que la exégesis desfavorable efectuada en la sentencia recurrida —aun admitiendo que realmente se tratara de un cambio jurisprudencial— no podía calificarse de sorpresiva o inopinada.

2. La retroactividad favorable desde el fundamento material del principio de legalidad

Como principio inherente a la propia garantía de legalidad desde su vertiente material, la retroactividad favorable de la ley *mitius* ha recibido un aval definitivo en la STEDH de 17 de septiembre de 2009, *Scoppola c. Italia*. En ella el Tribunal europeo explicita y argumenta su *overruling* fundamentándolo largamente en el propio fundamento del art. 7.1 del Convenio y en la evolución de su propia doctrina influida por las culturas jurídicas de los países miembros en esta materia, y en concreto teniendo en cuenta la del propio Estado del recurrente.

El TC no se ha pronunciado expresamente sobre la retroactividad favorable. En dos ocasiones en las que podía haberlo hecho declaró extintas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, por la pérdida sobrevenida de objeto. Así procedió en la STC 6/2010, de 7 de mayo, transcurridos siete años desde el planteamiento de la cuestión sobre la *vacatio legis* de la LO 15/2003 en relación a la despenalización del delito de conducción de vehículos de motor sin seguro obligatorio de responsabilidad civil. Con mucha más rapidez resolvió el Tribunal en el ATC 137/2015, de 21 de julio, la inadmisión, por extinción del objeto, de la cuestión planteada dos meses antes, también sobre la *vacatio legis* prevista para la LO 1/2015 que afectaba a la despenalización de la «falta» concerniente al incumplimiento del régimen de visitas familiar.

V. PROPORCIONALIDAD, CULPABILIDAD, PERSONALIDAD DE LAS PENAS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En relación a la exigencia de proporcionalidad de las penas, en la dimensión sustantiva de la legalidad penal como tutela de la libertad, deben reseñarse la larga serie de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto a los preceptos penales modificados a raíz de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Sintéticamente me voy a limitar a listar las resoluciones de cabecera, cuyos fundamentos jurídicos se reproducen en las posteriores resoluciones sobre las cuestiones prácticamente idénticas; entre las impugnaciones —además de la referida al art. 14 CE como alegación central— se incluía la de lesión del art. 25.1 por desproporcionalidad de la sanción, y por afectación del principio de la culpabilidad individual y por el hecho propio, denunciando que la agravación residiría en circunstancias genéricas de violencia de género históricas o sociológicas que no se corresponden con la culpabilidad individual por el hecho.

Así, la STC 45/2009, de 19 de febrero, lidera el grupo de las objeciones de constitucionalidad referidas al art. 171.4 CP en relación al delito de amenazas leves. La STC 127/2009, de 26 de mayo, se refiere con argumentos prácticamente idénticos a las impugnaciones referidas al delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP. La STC 41/2010, de 22 de julio, en relación a la cualificación del delito de lesiones contemplada en el art. 148.4 CP (cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016 b). Asimismo respecto a la pena de alejamiento prevista en el art. 57 CP como pena de imposición obligatoria y no facultativa, y sin posibilidades de modulación, a partir de la STC 60/2010, de 7 de octubre, fueron desestimadas varias cuestiones de inconstitucionalidad que invocaban la vulneración de los arts. 1, 10.1, 18, 24.1 y 25.1 CE (cfr. PRIETO DEL PINO, 2016, 300 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

ALCACER GUIRAO, R., «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad de las normas penales en blanco: consideraciones al hilo de la STC 101/2012 de 5 de junio», *Diario La Ley*, 13 de septiembre de 2012.

ARZOS SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

BARBER BURUSCO, S., *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*, Dykinson, Madrid, 2014.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «Constitución y prescripción de la pena», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDA-SOLO, M. (Dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

CORRECHER MIRA, J., *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CUERDA ARNAU, M., «Cambios jurisprudenciales y retroactividad favorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España)», *Revista Penal*, núm. 31, 2013.

CUERDA RIEZU, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Separación de Poderes*, Iustel, Madrid, 2014.

FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en material penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L. J., «Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal (A propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, 1999.

FRIGOLS I BRINES, E., *Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Bosch, Barcelona, 2004.

GIMENO SENDRA, V., «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley*, núm. 8307, 2013.

GONZÁLEZ AGUDELO, G., «El principio de reserva de ley penal y las leyes penales en blanco: una reflexión sobre el derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 28, 2017.

HUERTA TOCILDO, S., «La anulación de la Doctrina Parot por STEDH de 21 de octubre de 2013: mucho ruido para un fallo jurídicamente cantado», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

IGLESIAS DEL RÍO, M. A., «Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 6, 2015.

LANDA GOROSTIZA, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012.

- «No hay pena sin ley», en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2015.

LAPORTA SAN MIGUEL, F., «La doctrina Parot y la Teoría del Derecho», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La protección multinivel de la garantía de tipicidad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016 a).

- «El control constitucional de las leyes penales», en NIETO MARTIN, MUÑOZ MORALES y BECERRA MUÑOZ, *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Madrid, 2016 b).

LLOBET ANGLÍ, M., «No solo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la doctrina Parot», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Las cicatrices jurídicas del terrorismo: la doctrina Parot y otras interpretaciones irrazonables de la Ley», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

PÉREZ MANZANO, M., «La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y Europa. Efectos internos de una convergencia jurisprudencial inversa (de Luxemburgo a Estrasburgo)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

PRIETO DEL PINO, A. M., «Los contenidos de racionalidad en el principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad», en NIETO MARTIN, MUÑOZ MORALES y BECERRA MUÑOZ, *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ascenso y caída de la doctrina Parot: tutela multinivel de los derechos a la legalidad y a la libertad», en LASCURAÍN SÁNCHEZ y PÉREZ MANZANO (Dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Derechos fundamentales y primacía del Derecho de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 9107, 27 de diciembre de 2017.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

EL DERECHO A LA LEGALIDAD SANCIONADORA EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

Sumario: I. Introducción: una jurisprudencia imponente, pero expuesta a la crítica. II. Exigencias en el plano normativo. 1. Doctrina general: la doble garantía material y formal. 2. La reserva de ley: especialidades en el ámbito sancionador administrativo. 3. Predeterminación normativa de las infracciones y sanciones. 4. Normas preconstitucionales. 5. La tipificación por remisión: suma de problemas materiales y formales. 6. Supuestos especiales. A) Las relaciones de sujeción especial. B) Las ordenanzas locales. 7. Distribución de competencias y principio de legalidad. III. Exigencias en el plano aplicativo. IV. La dimensión temporal. V. Otras posibles vertientes del principio de legalidad. 1. Principio de proporcionalidad. 2. Principio de culpabilidad. 3. Prescripción de las infracciones. VI. La prohibición del bis in idem. 1. Non bis in idem procesal y material. 2. Duplicidad de sanciones penales y administrativas. A) Identidad de fundamento. B) Diversidad de fundamento. VII. El concepto de sanción. VIII. Conclusiones.

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

I. INTRODUCCIÓN: UNA JURISPRUDENCIA IMPONENTE, PERO EXPUESTA A LA CRÍTICA

Creo que la manera más justa de comenzar estas páginas es hacerlo reconociendo el **destacado papel** que ha desempeñado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la transformación sufrida por el Derecho administrativo sancionador español en estos cuarenta años que conmemoramos de vigencia de la Constitución; transformación que, como es bien sabido, ha consistido esencialmente en rodear el ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de potestades sancionadoras de **garantías parangonables** a las que rigen en el ámbito penal, tanto en aspectos sustantivos como procedimentales.

El germen se encuentra, como es lógico, en la propia Constitución, que, a diferencia de lo habitual en el panorama comparado, in-

cluyó expresamente a las infracciones y sanciones administrativas dentro de la formulación del principio de legalidad en materia sancionadora como derecho fundamental (art. 25.1). A partir de esta equiparación, el Tribunal Constitucional desde fechas tempranas (SSTC 18/1981 y 77/1983) ha ido extendiendo al ámbito sancionador administrativo el amplio conjunto de garantías (sustantivas) articulado por la doctrina penal en torno al mencionado principio (HUERTA, 2000, 13 y ss.), si bien **matizándolas o flexibilizándolas** en ocasiones, debido sobre todo a la menor gravedad de las sanciones administrativas, que en el ámbito civil no pueden implicar nunca privación de libertad (art. 25.3). Y lo propio ha hecho con las garantías del art. 24, limitadas en principio por la Constitución al ámbito procesal, si bien en esta ocasión de manera más selectiva y adaptada a las características del procedimiento administrativo sancionador.

Obviamente, en esta labor el Tribunal Constitucional no ha contado únicamente con el tenor literal del art. 25.1, susceptible de interpretaciones distintas, como ponen de relieve los debates en las Cortes Constituyentes (MARTÍN-RETORTILLO, 1984, 109 y ss.), sino con un sólido **respaldo doctrinal**, muy crítico con el estado de cosas anterior (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981, 147 y ss.), y con algunos **precedentes jurisprudenciales** valiosos, a los que también se rendirá tributo.

Ello no significa que la situación actual de nuestro ordenamiento sancionador administrativo se considere enteramente satisfactoria (entre otros, GARBERÍ, 1989, 218 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, 165 y ss.; PARADA, 2007, 407 y ss.). Pero lo relevante ahora es que, con el paso del tiempo, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ido convirtiendo en el **blanco principal de algunas críticas doctrinales**. Así, NIETO (2005, 556 y ss.) la acusa de haber hecho decir a la Constitución lo que esta no dice y de haber devaluado después, mediante el expediente de la adaptación matizada, los principios previamente afirmados. También combate la servidumbre que ha impuesto al Derecho sancionador administrativo en relación con el Derecho penal y apuesta por su progresiva emancipación en el marco del Derecho administrativo. No menos duras son las críticas que le dirige HUERGO (2007, 15 y ss.), que apuntan a su propia línea de flotación, la pretendida identidad cualitativa de ambas potestades dentro de un común *ius puniendi* estatal, y al concepto de sanción, a su juicio excesivamente amplio. También para él el criterio de la aplicación matizada es fuente de inseguridad y supone un obstáculo para el normal desarrollo legislativo en la materia. Más recientemente, entre otros, PAREJO (2014, 1 y ss.) sigue reclamando, en aras de una adecuada regulación legal de la potestad sancionadora administrativa y en evitación de su indebida utilización con fines punitivos, la neta distinción entre aquella, mero instrumento para la consecución del interés general en sectores

administrativizados, de las sanciones del Derecho penal, achacando también a la jurisprudencia constitucional la confusión creada al respecto por la inserción de ambas dentro de un discutible *ius puniendi* del Estado.

No se trata ahora de apurar estas críticas. Baste con lo dicho para justificar el título que, con deliberado afán realista, he elegido para esta introducción. Primeramente, y en lo que sigue, vamos a repasar (y también, aunque en menor medida, valorar) los **principales pronunciamientos** del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE al ámbito sancionador administrativo, tratando sobre todo, como es lógico, de mostrar, cuando las haya, las adaptaciones reconocidas por dicha jurisprudencia.

En los **últimos diez años**, desde la primera edición de esta obra, **no ha habido grandes cambios** en la doctrina constitucional que ahora nos ocupa, sino ante todo nuevas aplicaciones de las líneas jurisprudenciales ya establecidas, y por ende un número menor de Sentencias de amparo, en consonancia con la nueva regulación de este recurso tras la reforma de la LOTC por la LO 6/2007. Este comentario conserva, pues, en lo esencial, su estructura y texto originarios, si bien con inclusión de referencias jurisprudenciales adicionales.

II. EXIGENCIAS EN EL PLANO NORMATIVO

1. Doctrina general: la doble garantía material y formal

Aunque, como ya hemos visto, la jurisprudencia constitucional sobre la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas empieza a fraguarse con anterioridad, e incluso hay alguna sentencia previa que aborda específicamente el tema que ahora nos ocupa (STC 2/1987, régimen penitenciario), la **formulación característica** de las exigencias norma-

tivas del principio de legalidad en el ámbito sancionador administrativo data de la **STC 42/1987** (FJ 2), en materia de juego, cuyas palabras a este respecto se han convertido en un auténtico canon, repetido continuamente tanto en la jurisprudencia constitucional como ordinaria.

En lugar de recurrir a la clásica formulación en el ámbito penal (ley previa, escrita, cierta y estricta), la sentencia desdobra deliberadamente dichas exigencias o garantías en dos (material y formal), con el propósito evidente de mostrar las **analogías y diferencias** al respecto entre los ámbitos sancionador administrativo y penal. Analogías en cuanto a la garantía material o de predeterminación normativa de las infracciones y sanciones, que por ello se califica como «absoluta», y diferencias en cuanto a la garantía formal o reserva de ley, menos estricta («relativa») en el ámbito sancionador administrativo que en el penal, como veremos seguidamente.

2. La reserva de ley: especialidades en el ámbito sancionador administrativo

Ciertamente, uno de los aspectos menos aclarados de la jurisprudencia que comentamos (entre otros, NIETO, 2005, 207 y ss.) es su **categoría afirmación** de que del art. 25.1 CE se desprende una reserva de ley incluso en el ámbito sancionador administrativo, si tenemos en cuenta el empleo en dicho precepto del término «legislación». Los antecedentes parlamentarios avalarían, más bien, la opinión contraria, si se tiene en cuenta el paso sucesivo por las expresiones «ordenamiento jurídico», «ley» y finalmente «legislación» (MARTÍN-RETORTILLO, 1984, 123 y ss.). Seguramente, el Tribunal Constitucional entendió que la solución al problema consistía en distinguir entre relaciones de sujeción general y especial, afirmando la reserva de ley en el primer caso (por su mayor proximidad con el ámbito penal) y no en el segundo, como se desprende de la STC 42/1987, en contraste

con la anterior 2/1987. No obstante, la solución no era ni es tan sencilla, por la dificultad de deslinde entre ambas categorías de relaciones y la existencia de otros problemas, como el de las ordenanzas locales, cuestiones que trataremos más adelante.

Por de pronto y con carácter general, lo que sí ha trazado claramente el Tribunal Constitucional son las **diferencias con la reserva de ley en el ámbito penal**. La reserva de ley para la tipificación de las infracciones administrativas y previsión de las correspondientes sanciones es una reserva de ley ordinaria (no orgánica), relativa (no absoluta) y autónoma.

— **Reserva de ley ordinaria**, porque el carácter orgánico de la penal se deriva de la índole de las sanciones, privativas de libertad, características de este ámbito, es decir, de la conexión del art. 81.1 con el art. 17 y no simplemente con el art. 25.1 CE (STC 140/1986). Por tratarse de una reserva de ley ordinaria, puede ser colmada por disposiciones del Gobierno con rango de ley, siempre que se den sus presupuestos habilitantes (STC 3/1988).

— Al margen de lo anterior, la diferencia crucial reside en la **relatividad de la reserva de ley** en el ámbito sancionador administrativo, frente a su carácter absoluto en el ámbito penal, lo que significa que la primera, a diferencia de la segunda, admite la **colaboración reglamentaria** (STC 3/1988). O, en términos más exactos, que la colaboración reglamentaria, excepcional en el ámbito penal y admisible solo en los estrechos márgenes de las «normas penales en blanco», puede legítimamente alcanzar una intensidad mayor en el ámbito sancionador administrativo y presentarse bajo formas más variadas, empezando por la existencia de reglamentos con contenido propiamente sancionador, inimaginables en el ámbito penal.

Pero la relatividad de la reserva no empece su carácter de **auténtica reserva de ley**, lo que la distancia de la exigencia de una simple ha-

bilitación legal. Por eso, no solo están excluidos, por supuesto, los reglamentos independientes, sino que tampoco caben las meras habilitaciones en blanco «vacías de todo contenido material propio», tan frecuentes en otros momentos (STC 42/1987). Ejemplos recientes de descalificación de tipificaciones independientes o de la previsión de sanciones sin cobertura legal los proporcionan las STC 135/2010 y 199/2014, respectivamente.

— Finalmente, la **autonomía de la reserva de ley** en el ámbito sancionador administrativo, destacada más esporádicamente (STC 117/1995), significa su exigibilidad con independencia de la que pueda existir o no para la regulación sustantiva del sector correspondiente.

En definitiva, este es, sin duda, uno de los aspectos en los que más ha cambiado nuestro ordenamiento sancionador administrativo, y en los que el liderazgo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta más evidente. La elevación de rango es un **hecho palpable**, y no existe hoy ley administrativa que, siendo necesario, no se cuide de incorporar, generalmente con elevado grado de detalle, el correspondiente capítulo sancionador.

3. Predeterminación normativa de las infracciones y sanciones

La exigencia de predeterminación normativa de las infracciones y sanciones (también llamada mandato de tipificación, de taxatividad, ley cierta y estricta, etc.) constituye el **común denominador** del principio de legalidad en los ámbitos sancionador administrativo y penal. Esto es lo que se desprende de su calificación como «de alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas» (STC 42/1987).

Ciertamente, no se trata de una exigencia exclusiva, pero sí muy característica del De-

recho sancionador, por la especial relevancia que tiene en este ámbito el principio de seguridad jurídica, que constituye su fundamento (SSTC 194/2000). Y lo que significa es que la legislación sancionadora debe garantizar la **previsibilidad** por parte de los ciudadanos de las conductas constitutivas de infracción y de las sanciones que llevan aparejadas (STC 219/1989). O, dicho de otro modo, que la sancionadora debe ser una potestad esencialmente reglada, por lo que la legislación no puede conceder a su titular, sea la Administración o la justicia penal, un excesivo margen de apreciación o discrecionalidad (STC 207/1990). Todo ello es referible tanto a las infracciones como a las sanciones:

— En el terreno de las **infracciones**, la falta de previsibilidad puede obedecer a un mal empleo de las tipificaciones por remisión (supuesto al que nos referiremos después) o de los **conceptos indeterminados**. No obstante, en este punto la tolerancia es variable según se trate de relaciones de sujeción general o especial, dado que un importante factor de medida de la previsibilidad de las conductas sancionables es el círculo de sus destinatarios (SSTC 151/1997, 129/2006, 104/2009 y 86/2017). Por ello, la jurisprudencia juzga con más rigor el empleo de conceptos indeterminados en normativas sancionadoras de alcance general (STC 305/1993), que de carácter disciplinario (funcionarios, militares, profesionales colegiados, etc.), donde se admite con mayor naturalidad (STC 69/1989), aunque con el correctivo importante, para compensar el déficit de predeterminación normativa, de exigir en estos casos en el momento aplicativo un plus de motivación (STC 151/1997).

— En cuanto a las **sanciones**, el Tribunal ha declarado inconstitucional el establecimiento de multas de cuantía indeterminada (STC 29/1989), pero no el establecimiento de sanciones potestativas, como la suspensión del permiso de conducir para ciertas infracciones de tráfico (STC 113/2002).

Pero el supuesto más interesante a este respecto es el relativo a la **graduación de las infracciones o correlación entre infracciones y sanciones**. A través de una línea jurisprudencial consolidada (SSTC 207/1990, 25/2002 y 100/2003), el Tribunal ha convertido en un imperativo constitucional para toda normativa sectorial administrativa de carácter sancionador (con muy singulares excepciones, STC 129/2006) el efectuar por sí misma una graduación de las infracciones (p. ej., muy graves, graves y leves), sin que baste con el establecimiento de criterios al respecto dirigidos al aplicador, pues de lo contrario se genera, a su juicio, un déficit inaceptable de previsibilidad y se otorga a la Administración un margen excesivo de discreción en cuanto a la sanción a imponer («graduación *ad hoc*»). Aunque el Tribunal no lo diga, esta doctrina exige como complemento necesario una tipificación más diferenciada de lo que suele ser habitual, para evitar la quiebra del principio de proporcionalidad que puede resultar de la simple catalogación normativa como graves o muy graves de amplios conjuntos de infracciones de desigual gravedad.

En los últimos años, el Tribunal ha mantenido su reproche a las técnicas de **graduación *ad hoc*** que seguía utilizando, por ejemplo, la legislación de defensa de los consumidores y usuarios (SSTC 166/2012 y 10/2015). Curiosamente, en cambio, no ha objetado una regulación similar de la (antigua) legislación de defensa de la competencia con el débil argumento de contener una graduación «única» (STC 175/2012), lo que en realidad no es sino una exacerbación de aquella técnica.

4. Normas preconstitucionales

En muy buena medida, la afirmación de las exigencias materiales y formales del principio de legalidad en el plano normativo se hizo **con motivo del enjuiciamiento de sanciones impuestas en aplicación de normas preconstitucionales**, empezando por

la propia STC 42/1987. Por eso, a la par que se sentaban las pautas correctas de actuación *pro futuro*, el Tribunal hubo de discernir en qué medida eran aplicables a la legislación preconstitucional.

Su doctrina parte de la diferenciación entre las exigencias formales y materiales. **La reserva de ley**, en este como en cualquier otro campo, **no es aplicable con carácter retroactivo**, por lo que un reglamento sancionador independiente no puede ser reputado por ese solo motivo inconstitucional, pero las habilitaciones en blanco a la potestad reglamentaria para la tipificación de infracciones y previsión de sanciones contenidas en leyes preconstitucionales hay que entenderlas derogadas a partir de la Constitución («caducadas por derogación»), de modo que el titular de la potestad reglamentaria no puede seguir haciendo uso de ellas para continuar innovando el ordenamiento sancionador en el sector correspondiente, a menos que (e igual si el punto de partida es un reglamento independiente preconstitucional) no se trate de una verdadera innovación, sino de una simple adaptación del ordenamiento preexistente a una materia más específica.

Por el contrario, **las exigencias materiales**, como todo precepto constitucional de este signo, **sí son aplicables con carácter retroactivo**, de modo que cualquier norma preconstitucional, del rango que sea, carente de la suficiente previsibilidad, no puede constituir el fundamento legítimo de ninguna sanción, ni tomarse como base de un régimen sancionador establecido por vía puramente reglamentaria.

El Tribunal ha hecho aplicación de esta doctrina en numerosas ocasiones (SSTC 29/1989, 177/1992, 116/1993, 305/1993, etc.). Aun en tiempos más recientes ha vuelto a ser de aplicación en relación con un ordenamiento sancionador que tardó en ser remozado, el contenido en el Estatuto de la Viña y el Vino (STC 50/2003), así como en el ámbito disciplinario notarial (STC 21/2010).

5. La tipificación por remisión: suma de problemas materiales y formales

En general, la tipificación indirecta o por remisión se da cuando para la determinación de las conductas sancionables es necesario acudir a otras **normas no sancionadoras** a las que la norma sancionadora reenvía, explícita o implícitamente, en la descripción del tipo. Pero es objeto de especial preocupación cuando las normas remitidas son de carácter reglamentario.

En el ordenamiento sancionador administrativo esta forma de tipificación es de lo más **normal y frecuente**, lo cual se debe a la conjunción de una doble circunstancia (NETO, 2005, 312 y ss.). En primer lugar, a las propias características de dicho ordenamiento, que, a diferencia del penal, no es una selección de injustos, sino el correlato de toda una serie de regulaciones sectoriales que establecen los correspondientes mandatos o prohibiciones. Y en segundo lugar, a la imposición de la reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo o a eso que se ha llamado «autonomía» de dicha reserva. En efecto, si la ley ha de proceder por sí misma a la tipificación de las infracciones en temas cuya regulación sustantiva puede a su vez remitir legítimamente a normas reglamentarias, es evidente que no puede hacer otra cosa que asumir como infracción el incumplimiento de los contenidos de dichas normas reglamentarias, pues no cabe concretar en negativo aquello que en positivo todavía no está regulado.

No cabe, pues, juzgar esta técnica con los mismos criterios con que se enjuician las «normas penales en blanco» (*vid.*, p. ej., STC 24/2004), pues lo que es excepcional en un caso, es normal en el otro; lo que no quiere decir que su admisibilidad sea incondicionada. En efecto, la tipificación por remisión puede plantear numerosos **problemas**, dos de los cuales han recibido hasta ahora especial atención: las cláusulas residuales y la validez de las normas remitidas.

— A través de una jurisprudencia consolidada (SSTC 341/1993 y 60/2000), el Tribunal considera inconstitucionales las **cláusulas**, habituales sobre todo en otros momentos y cuya pretensión evidente es la exhaustividad, **de tipificación residual** normalmente como infracciones leves, pero también incluso, con algún tipo de cualificación, como infracciones graves o muy graves (STC 26/2002), de cualquier incumplimiento de normas reglamentarias no encuadrable en otros tipos de infracción. Lo discutible es que el Tribunal ha venido considerando inconstitucionales estas cláusulas no tanto por la inseguridad que generan, es decir, por vulneración de las exigencias materiales del principio de legalidad, sino ante todo por vulneración de la reserva de ley, en cuanto «se deja al poder reglamentario por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción», olvidando que en mayor o menor medida esto es algo que ocurre en toda tipificación indirecta. Por eso, no las objeta en tanto se refieran a incumplimientos de normas legales.

— En las tipificaciones por remisión, la legitimidad de la sanción está obviamente condicionada a la vigencia (publicidad) y validez de las **normas remitidas**. El Tribunal ha enjuiciado varios casos de esta índole, relacionándolos con las exigencias del principio de legalidad en el plano normativo (SSTC 93/1992, 120/1996 y STC 131/2003), aunque probablemente, dado que las normas remitidas no son sancionadoras, sería más apropiado considerar que la vulneración del principio de legalidad se produce en estos casos en el plano aplicativo, al integrarse el tipo con una norma inválida o inexistente. En esta segunda línea, a mi juicio más acertada, se mueve la STC 181/2008 (intrusismo), relativa a la integración del tipo con una norma no sancionadora imprecisa.

En los últimos años, el tratamiento de las tipificaciones por remisión por la doctrina constitucional ha experimentado una **evolución**, en mi opinión, **positiva**, en la medida en que ahora se las juzga en general desde la **doble óptica for-**

mal (que la ley contenga los «elementos esenciales» de la infracción) y **material** («previsibilidad» de las conductas sancionables) del principio de legalidad. Con este enfoque, se han seguido censurando, como «práctica normativa vedada», tipificaciones residuales y excesivamente abiertas de infracciones leves [SSTC 162/2008 (industria), 81/2009 (deporte) y 97/2009 (comercio minorista)], pero también se han considerado admisibles otras remisiones cumplidoras de ambas exigencias [SSTC 104/2009 (tipificación residual de infracciones graves en el sector de la energía nuclear), 145/2013 (impuesto de sociedades) y 86/2017 (audiovisual)]. En la STC 145/2013 se advierte, con razón, que en la tipificación por remisión el «cierre taxativo del régimen sancionador (garantía material)» corresponde al reglamento, que es al que cabrá imputar en su caso su incumplimiento, lo que no excluye que en ciertos casos, «por el modo como se articula la remisión» (valgan los ejemplos señalados de tipificación residual), pueda achacarse directamente a la ley. La STC 13/2013 (tipificación residual en el transporte urbano) mantiene, en cambio, el enfoque tradicional, ceñido a la vulneración de la reserva de ley.

6. Supuestos especiales

El Tribunal Constitucional ha admitido hasta la fecha una **especial flexibilización**, fundamentalmente de las exigencias formales del principio de legalidad, en dos supuestos: las relaciones de sujeción especial y las ordenanzas locales, si bien por razones y con alcances diferentes.

A) *Las relaciones de sujeción especial*

Desde el principio (SSTC 2/1987 y 42/1987), el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la doctrina entonces imperante (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981, 147 y ss.), ha tenido en cuenta la distinción entre relaciones de sujeción general y especial para construir las exigencias del principio de legalidad en el plano normativo.

En las relaciones de sujeción especial, el principio de legalidad se contraería esencialmente a su vertiente material (predeterminación normativa de las infracciones y sanciones), **desapareciendo**, en cambio, la **reserva de ley** «al menos por lo que respecta a la tipificación de las infracciones» (no en cuanto a la previsión de las sanciones), «por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria» en este tipo de relaciones. A este respecto, bastaría con la existencia de una habilitación legal, aun en blanco, para la tipificación de las infracciones por vía reglamentaria.

Esta doctrina no ha cambiado desde entonces. Lo que sí ha hecho el Tribunal de manera decidida en su jurisprudencia posterior es poner **freno** a cualquier posible **interpretación expansiva** del concepto de relaciones de sujeción especial, a la que era más proclive en cambio la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el fin confesado de evitar la producción de vacíos legales (GARCÍA MACHO, 1992, 169). Así, por ejemplo, se ha negado que constituyan relaciones de este tipo las de los detectives (STC 61/1990), taxistas (STC 132/2001), estanqueros (STC 26/2005) o titulares del derecho a utilizar una denominación de origen (STC 50/2003), supuestos muchos de ellos en los que también resultaba controvertida la naturaleza sancionadora de las medidas, como veremos en un apartado posterior. El principal argumento utilizado por el Tribunal para proscribir el uso expansivo de la noción de relaciones de sujeción especial es su falta de recepción constitucional, su carácter simplemente descriptivo de algunas situaciones de limitación de derechos fundamentales previstas constitucionalmente, a las que habría que ceñir por ello su uso (presos, colegiados, funcionarios, militares, etc.).

A mi modo de ver, el **debate** sobre este punto **no** puede entenderse **cerrado**. No parece convincente que la mención constitucional de ciertas situaciones se convierta en una desventaja frente a otras similares. También debe ser objeto de revisión la tópica afirmación de que el derecho a la legalidad sancionadora es

uno de los que pueden verse afectados en el caso de las relaciones de sujeción especial (STC 132/2001). Lo singular en este tipo de relaciones son las conductas sancionables, el tipo de sanciones y la aplicación del *non bis in idem*, pero no se advierte ninguna razón para que padezca el derecho a la legalidad.

La proscripción del uso expansivo de la noción de relaciones de sujeción especial ha proseguido en los últimos años (SSTC 162/2008, industria; 81/2009, espectáculos deportivos; y 104/2009, sector nuclear). Y en las que propiamente lo son, como la de los profesionales colegiados, la reserva de ley se sigue exigiendo con **notable mayor rigor** en el establecimiento de las sanciones (STC 21/2010, notarios) que en la tipificación de las infracciones (STC 201/2013, indirectamente en un asunto competencial).

B) *Las ordenanzas locales*

La **tradición** del Derecho local español ha consistido en permitir que las entidades locales acompañaran la regulación de las materias de su competencia con la tipificación de las infracciones correspondientes, con tal de que la cuantía de las multas no superase, salvo previsión legal distinta, un cierto máximo establecido en función de la población de los municipios, lo que equivalía a una habilitación en blanco para la tipificación de infracciones.

Sin embargo, una vez afirmada por el Tribunal Constitucional la exigencia de reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo, por imperativo del art. 25.1 CE, se abrió como es lógico un claro portillo para la impugnación por este solo motivo de numerosas sanciones impuestas por los Ayuntamientos en aplicación de sus ordenanzas, que vino acompañado de **posiciones** doctrinales y decisiones jurisprudenciales **dispares**. Incluso cuando se partía de la exigibilidad de la reserva de ley, surgía en ocasiones otra polémica distinta, como era la relativa a la determinación de la Ley sectorial que diera «cobertura legal» a

las infracciones tipificadas en las ordenanzas. Un rastro tardío de dicha polémica está presente todavía en las SSTC 16/2004 y 25/2004, a propósito de uno de los supuestos más característicos, como eran las ordenanzas en materia de ruido.

La ocasión para que el Tribunal Constitucional tomara posición al respecto se hizo esperar, pero llegó por fin con la **STC 132/2001** (taxis), anticipada en buena medida por la STC 233/1999, en materia de tributos locales. El Tribunal mantiene la reserva de ley en este ámbito, pero admitiendo una especial relativización por un doble motivo, ya barajado por la doctrina (NIETO, 1994, 123 y ss.): el carácter democrático y representativo del órgano competente para aprobar las ordenanzas (el Pleno de la Corporación) y la garantía constitucional de la autonomía local. Así pues, en las materias de competencia local sustantiva, y a los efectos del establecimiento en las ordenanzas del correspondiente régimen sancionador, basta con que la ley fije, por lo que respecta a la infracciones, los «**criterios mínimos de antijuridicidad**» a partir de los cuales las ordenanzas puedan configurar los tipos de infracción, y por lo que respecta a las sanciones, la relación de las posibles sanciones a imponer en función de la gravedad de las infracciones.

Con independencia de lo impreciso de la noción «criterios mínimos de antijuridicidad», creo que se ha llegado a un **equilibrio aceptable**. En el fondo, la problemática es análoga a la que se plantea en la tipificación por remisión o en ciertos ámbitos disciplinarios. El detalle último de los tipos solo lo puede dar quien, en este caso por formar parte de su autonomía, es competente para establecer o completar el régimen sustantivo de la materia.

7. Distribución de competencias y principio de legalidad

A diferencia de lo que ocurre con los entes locales, las Comunidades Autónomas no tienen

obviamente ningún problema para colmar las exigencias formales del principio de legalidad en materia sancionadora, por su potestad legislativa. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha podido afirmar reiteradamente, sin entrar en contradicción con su jurisprudencia sobre el art. 25.1 CE, que la potestad sancionadora (tanto en el plano normativo como aplicativo) no constituye un **título competencial** autónomo, sino **adjetivo o instrumental**, que sigue, pues, el reparto de competencias en las respectivas materias (STC 87/1985 y posteriores).

Lo que interesa destacar aquí es que, a diferencia de la reserva de ley (o de la reserva de ley orgánica en el ámbito penal), las **cuestiones** atinentes al reparto de competencias son **ajenas al contenido de los derechos fundamentales** e insusceptibles, por tanto, de fundar un recurso de amparo (STC 185/1999).

Pero, a la inversa, la jurisprudencia antes examinada sobre la graduación normativa de las infracciones sí puede tener algún efecto en el orden competencial. En efecto, lo que con seguridad se perseguía al omitir dicha graduación en la legislación básica, era reservar este extremo al desarrollo legislativo autonómico, pero sin aplazar por ello la operatividad del régimen sancionatorio hasta la aprobación de las respectivas normativas autonómicas. El **efecto colateral** y probablemente indeseado de la **STC 100/2003**, al declarar inconstitucional dicha técnica, es obligar al legislador básico estatal a establecer un régimen sancionador mucho más detallado, reduciendo en consecuencia las posibilidades de desarrollo legislativo autonómico (en la misma línea, las SSTC 210/2005, 98/2006, 187/2006 y 252/2006).

III. EXIGENCIAS EN EL PLANO APLICATIVO

Las exigencias del derecho a la legalidad sancionadora en el plano aplicativo (también llamadas principio de tipicidad) constituyen la otra cara de la moneda de las exigencias en el

plano normativo (STC 137/1997), y se traducen en la **prohibición de la interpretación extensiva o analógica** de las infracciones y sanciones *in malam partem*. En la jurisprudencia se vinculan especialmente, con razón, con las de orden material, dada la relatividad o inexigibilidad en algunos casos de la reserva de ley, aludiendo así a una doble proyección de las garantías materiales del principio de legalidad (STC 229/2007).

Si bien durante bastante tiempo la jurisprudencia se ocupó preferentemente, en el ámbito sancionador administrativo, de la afirmación de las exigencias normativas, en la actualidad ofrece ya también **espléndidos ejemplos** sobre las exigencias en el plano aplicativo (SSTC 151/1997, 111/2004, 138/2004, 9/2006, 229/2007, 54/2008, etc.).

En este punto no hay, en principio, diferencias apreciables entre los ámbitos sancionador administrativo y penal. Lo que se garantiza, en definitiva, es el derecho a no ser castigado por conductas atípicas (desde la perspectiva, al menos, del tipo seleccionado), que es el supuesto más frecuente, o con sanciones no previstas por la normativa (STC 301/2005). No obstante, dado que al Tribunal Constitucional no le compete «la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores», el alcance de su control y, por consiguiente, la **relevancia constitucional de las operaciones de subsunción** se limita a aquellos casos en que «[la subsunción] carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional» (SSTC 137/1997 y 151/1997). Esto no quiere decir que la jurisdicción contencioso-administrativa deba aplicar igualmente este canon, puesto que su control comprende también, como es obvio, el de la estricta legalidad ordinaria (en este sentido, la clarificadora distinción de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., 2005, 261 y ss., entre «norma de conducta» y «norma de control»).

El punto de partida para controlar la razonabilidad de la subsunción en los términos indicados lo constituye la **motivación** de la resolución sancionadora, pero evidenciada la falta de razonabilidad, los posibles vicios en la motivación no constituyen una simple vulneración del art. 24.1 CE, sino del propio derecho a la legalidad en materia sancionadora, lo que implica la anulación de la sanción y no la mera retroacción de actuaciones (STC 111/2004).

Por el contrario, si el apartamiento de tales reglas se traduce en el **castigo de una conducta amparada en otro derecho fundamental** (p. ej., la libertad de expresión), es este el que adicional y principalmente se vulnera (SSTC 151/2007), de la misma manera que si ello ocurre en el plano normativo (STC 86/2017, sector audiovisual).

Tal vez la única singularidad que ofrece a este respecto el Derecho sancionador administrativo se deriva de la circunstancia de que **el titular de la potestad sancionadora es la Administración y no los Tribunales**. Así pues, la lesión solo puede cometerla en principio la Administración, y a la jurisdicción contencioso-administrativa solo se le podrá reprochar, en su caso, el no haberla reparado anulando la sanción. Por lo mismo, los Tribunales de lo contencioso no pueden intentar subsanar la lesión corrigiendo la subsunción efectuada por la Administración, aunque de hacerlo lo que estarían vulnerando es el derecho a la tutela judicial efectiva, por incongruencia, pero no propiamente el art. 25.1 CE (STC 133/1999; en otro sentido, la STC 218/2005). *A fortiori*, se vulnera también el art. 24.1 CE si el remedio buscado en sede judicial consiste en alterar la naturaleza del acto sancionador (STC 169/2015). No supone, en cambio, un vicio de incongruencia la variación no del tipo, sino de su cobertura legal (STC 57/1998). Por las mismas razones, si la conducta sancionada deviene atípica por su adecuación al Derecho comunitario europeo o por la declaración de inconstitucionalidad del precepto sancionador, el art. 25.1 lo vulne-

ra la Administración, y la resolución judicial que no reconoció efectos *ex tunc* a la Sentencia del TJUE o que negó la retroactividad de dicha declaración lo que vulnera es el art. 24.1, al no estar fundada en Derecho (SSTC 145/2012 y 30/2017, respectivamente).

En los últimos años cabe advertir un **protagonismo indiscutible** de la jurisprudencia constitucional referida al «**momento aplicativo**» del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, siguiendo las pautas ya establecidas, acomodadas a formulaciones estándar del mencionado **canon de razonabilidad «semántica, metodológica y axiológica»** (p. ej., la utilizada por la STC 12/2018, FJ 3), y con magníficos supuestos en los que no cabe profundizar aquí, muchos de ellos en ámbitos disciplinarios y en conexión con otros derechos fundamentales (SSTC 187/2015, 38/2017 y 12/2018), pero también en otros variados campos y con problemáticas diversas [SSTC 90/2012 (denominaciones de origen), 30/2013, 29/2014 y 199/2014 (tráfico), 146/2015 (tributos), 78/2016 (sanciones parlamentarias), 219/2016 (clases pasivas), etc.].

IV. LA DIMENSIÓN TEMPORAL

El llamado «elemento cronológico» del principio de legalidad no ofrece tampoco ninguna singularidad en el ámbito sancionador administrativo. A la primera de sus vertientes, la **irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables**, el Tribunal Constitucional le ha reconocido naturalmente el carácter de derecho fundamental, puesto que más allá de su enunciado en el art. 9.3 CE, constituye un componente clásico del principio de legalidad (ley previa), que resulta además de la propia dicción literal del art. 25.1 CE. La prohibición de aplicación retroactiva *in peius* se extiende, además, lógicamente, a las disposiciones no sancionadoras que sirvan para integrar los tipos (STC 38/1997).

Sin embargo, a la segunda, la **retroactividad de las disposiciones sancionadoras favo-**

rables, el Tribunal, pese a reconocer su relevancia constitucional en el marco del art. 9.3 *a sensu contrario*, le ha negado hasta la fecha la condición de derecho fundamental, ni siquiera en conexión con el art. 17.1 CE, lo que imposibilita su alegación en sede de amparo (en contra, MENDIZABAL, en su voto particular a la STC 177/1994, y HUERTA, 2000, 33 y ss.). En el caso de las infracciones y sanciones administrativas, ha invocado además el argumento *a fortiori*, en la medida en que las sanciones no pueden llegar a ser privativas de libertad (STC 99/2000).

V. OTRAS POSIBLES VERTIENTES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Vamos a examinar ahora otros tres capítulos básicos del Derecho sancionador, que también pueden formar parte de un entendimiento amplio del principio de legalidad (HUERTA, 2000, 17 y ss.), pero cuya **incardinación dentro del art. 25.1** resulta **más problemática** a la luz de la jurisprudencia constitucional y, cuando menos, presenta diferencias en los ámbitos penal y sancionador administrativo.

1. Principio de proporcionalidad

En el **plano normativo** es verdad que el Tribunal Constitucional, tras un período inicial de vacilaciones, ha acabado reconociendo que el principio de legalidad (art. 25.1) comprende «la prohibición de penas desproporcionadas» (entre otras, STC 136/1999), pero, además de referirse todas las Sentencias al ámbito penal, en todas ellas el principio de legalidad se pone, a estos efectos, en **relación con otros derechos fundamentales**, sean los afectados por el tipo de sanción (privativas de libertad, art. 17) o por las conductas incriminadas (libertad de expresión, art. 20; participación en los asuntos públicos, art. 23, etc.). Así pues, conforme al estado actual de la jurisprudencia constitucional, resulta dudoso que una vulneración del principio de proporcio-

nalidad en el ordenamiento sancionador administrativo pueda entenderse, con carácter general, como lesión del derecho fundamental a la legalidad, salvo que, por el tipo de conductas o de sanciones (no la clásica de multa) resulte vulnerado otro derecho fundamental distinto, y en todo caso tal afirmación requeriría una argumentación adicional que no proporcionan las escasas Sentencias que en nuestro ámbito han abordado la cuestión (SSTC 14/1998 y 199/2014).

Si del **plano** normativo pasamos al **aplicativo**, en realidad, la lesión del art. 25.1 solo se producirá si la desproporción de la sanción es fruto de una interpretación extensiva o analógica *in malam partem* (STC 65/1986), porque si obedece a una incorrecta aplicación de los criterios legales de graduación de las sanciones, se tratará simplemente de un problema de **legalidad ordinaria**, fiscalizable únicamente en el marco del art. 24.1, es decir, en lo relativo a la existencia de una resolución motivada y fundada en Derecho (STC 116/2007), si bien con un canon reforzado si se trata de condenas penales, de nuevo por su afectación a otros derechos fundamentales distintos del art. 25.1 (STC 76/2007).

2. Principio de culpabilidad

Aunque la jurisprudencia es clara sobre la relevancia constitucional, como «principios estructurales básicos del Derecho penal», de los principios de personalidad de las sanciones y culpabilidad (STC 59/2008), su **encuadramiento** sigue siendo **incierto**, pues mientras algunas sentencias lo sitúan en el art. 25.1 (SSTC 146/1994 y 331/2006), otras prefieren reconducirlo a preceptos situados fuera del abanico de los derechos fundamentales, como la dignidad de la persona —art. 10.1— (STC 59/2008). La STC 185/2014 opta por un fundamento múltiple («arts. 10, 24 y 25 CE»).

Al margen de esta cuestión, este es, sin duda, uno de los capítulos del Derecho sancionador donde más se acentúan las **divergencias con**

el ámbito penal «para tener en cuenta los aspectos diferenciales entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico» (STC 76/1990), pero no hasta el punto de hacer irreconocible la vigencia de dichos principios en el ámbito sancionador administrativo (escéptico, en cambio, NIETO, 2005, 371 y ss.).

Así, por ejemplo, cabe aquí la responsabilidad de las **personas jurídicas**, porque ello no significa la anulación del principio de culpabilidad, sino otra forma de entenderlo adaptada a las características de dichos sujetos (STC 246/1991); la **responsabilidad subsidiaria**, siempre que concorra alguna circunstancia de carácter subjetivo exigible al sujeto que soporta la traslación de responsabilidad (SSTC 154/1994 y 45/1997); o la **responsabilidad solidaria** entre los infractores en caso de una multa, siempre prorrateable *a posteriori* entre ellos (STC 76/1990); pero no, en cambio, como prueba de lo dicho, la extensión de la solidaridad a quienes no son infractores (STC 146/1994), ni la responsabilidad puramente objetiva (STC 76/1990). Una aplicación reciente de estos principios, en la STC 181/2014 (revocación de la autorización de farmacia como consecuencia de la inhabilitación de uno de los cotitulares sin valorar el incumplimiento por los demás de sus deberes de garantía).

3. Prescripción de las infracciones y sanciones

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la prescripción de las infracciones carece, a diferencia de la culpabilidad, de rango constitucional, ni por ende puede entenderse incluida dentro de los corolarios del principio de legalidad (art. 25.1). Así pues, el legislador cuenta, en principio, con plena libertad de configuración, y la interpretación y aplicación de su régimen legal constituye también en principio una cuestión de estricta **legalidad ordinaria**, susceptible de control constitucional únicamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1).

Ahora bien, en una jurisprudencia posterior (SSTC 63/2005 y 29/2008), el Tribunal Constitucional, sin apartarse por entero de esas premisas, sí ha introducido la novedad de aplicar también a la prescripción de los delitos el **canon reforzado de control de la tutela judicial efectiva**, que se ha convertido en moneda de uso corriente respecto de aquellas cuestiones que, aun siendo en principio de legalidad ordinaria, pueden «afectar» a algún derecho fundamental, en este caso la libertad (art. 17), en la medida en que su falta de apreciación conduzca a una Sentencia penal condenatoria. Este canon de control reforzado permite al Tribunal examinar la coherencia de la resolución «con la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución» e impedir «interpretaciones extensivas o análogas *in malam partem*».

No importa aquí la interpretación hecha por el Tribunal de las normas penales en cuestión (en su momento polémica), sino poner de relieve que también a este respecto se establece implícitamente una línea de **demarcación entre los ámbitos penal y sancionador administrativo**, pues, al igual que ocurría con el principio de proporcionalidad, la prescripción de las infracciones solo adquiere relevancia constitucional en relación con los derechos fundamentales afectados por el tipo de sanción (singularmente, el derecho a la libertad *ex art. 17*) o la conducta incriminada, no genéricamente con el art. 25.1, pese a su invocación por dichas Sentencias en conexión con aquellos.

Idéntico planteamiento ha hecho el Tribunal después en relación con la prescripción de las penas (SSTC 97/2010, 63/2015 y 14/2016, entre otras), que por las mismas razones tampoco resultaría automáticamente extensible a las sanciones administrativas. Todo ello lo confirma la STC 37/2012 (posible prescripción de sanciones administrativas por demora en la resolución de recursos de alzada), que niega la aplicabilidad al caso de «la doctrina constitucional sentada en materia de prescripción penal a partir de la STC 63/2005», porque, en-

tre otras razones, «la potestad sancionadora de la Administración [no] puede constituir una amenaza para la libertad personal (art. 25.3 CE)» (en contra, la Magistrada Asúa Barranta en su Voto particular).

VI. LA PROHIBICIÓN DEL *BIS IN IDEM*

1. *Non bis in idem* procesal y material

Aunque nuestra Constitución no lo recoge expresamente, el Tribunal Constitucional ha reconocido inequívocamente la **relevancia constitucional** del principio *non bis in idem* en su doble vertiente procesal y material. La vertiente procesal, es decir, la prohibición de que una persona absuelta vuelva a ser juzgada por los mismos hechos, tendría su encaje constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2) y, en principio, se aplicaría solo en el ámbito penal, por la complejidad de los procedimientos penales y la naturaleza y magnitud de las sanciones que cabe imponer en ellos (STC 2/2003).

En cambio, a la otra **vertiente**, la **material o sustantiva** (la que aquí más importa), es decir, a la **prohibición de la doble sanción** por los mismos hechos, concurriendo siempre la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, el Tribunal Constitucional no dudó, desde fechas tempranas (SSTC 2/1981 y 77/1983), en encontrarle acomodo en el principio de legalidad (art. 25.1), pudiendo afirmar en consecuencia su extensión al ámbito sancionador administrativo y, lo que es más importante, a la concurrencia de sanciones penales y administrativas. Ello no debe sorprender si se tiene en cuenta que el *non bis in idem* material estuvo a punto de ser recogido en el texto constitucional (art. 9.3 del Anteproyecto de Constitución: «exclusión de la doble sanción por los mismos hechos»), del que desapareció finalmente tras una curiosa peripecia parlamentaria (*Diario de Sesiones del Congreso* de 16 de mayo de 1978, pág. 2389; y de 23 de mayo, pág. 2592).

La **fundamentación** pomenorizada de su **vínculo con el derecho a la legalidad sancionadora** vendría después (en especial, por la STC 2/2003), situándose en el principio de proporcionalidad, en cuanto que la doble sanción supone una «reacción punitiva desproporcionada» y en la garantía material, por cuanto el exceso punitivo supone aplicar una «sanción no legalmente prevista», quebrando así «la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones», fundamento este último que no resulta del todo persuasivo, porque la vulneración puede producirse también en el plano normativo (cfr., con desenlace dispar, las SSTC 188/2005, 189/2013 y 86/2017), aunque alguna sentencia hable en estos casos de *non bis in idem* «impropio» (STC 48/2003).

Sea como fuere, el *non bis in idem* material ha pasado a formar parte de los corolarios indiscutibles del principio de legalidad, prohibiendo, siempre que concorra la triple identidad conocida, la duplicidad de sanciones en todas sus posibles **variantes**: tanto del mismo como de distinto orden (solo penales o administrativas, así como penales y administrativas) y tanto en el mismo como en distintos procedimientos (SSTC 154/1990 y 270/1994).

2. Duplicidad de sanciones penales y administrativas

El supuesto **más interesante**, que está en la base de aquella mención frustrada del Anteproyecto de Constitución, y el único al que nos vamos a referir ahora, es el de la doble sanción penal y administrativa, inadmisibles cuando ambas tienen el mismo fundamento, pero admisibles en caso contrario, lo que remite ante todo, pero no únicamente, a las relaciones de sujeción especial.

A) *Identidad de fundamento*

La **STC 77/1983** dejó ya establecidas las **reglas básicas** para enfrentar este supuesto

partiendo de dos principios: la necesidad de evitar la doble sanción (art. 25.1 CE), y la preferencia del enjuiciamiento penal de los hechos, como consecuencia de la interpretación de la potestad sancionadora administrativa a la luz de la Constitución como una potestad excepcional y subordinada.

Dichas reglas, luego recogidas sistemáticamente por la legislación, se traducen en una **doble obligación para la Administración** que hubiera iniciado un expediente sancionador por unos hechos con posible relevancia penal: suspender el procedimiento hasta la conclusión del proceso penal, y respetar en todo caso los hechos declarados probados en la resolución judicial penal. A partir de estas reglas, que se incardinan, a mi juicio, en la vertiente material del *non bis in idem*, y no en la procesal, puesto que su finalidad es evitar la doble sanción y no el doble enjuiciamiento, se abren, precisamente en el caso de que el proceso penal termine sin condena, distintas combinaciones en cuanto a la reapertura o no del expediente administrativo, perfectamente ilustradas por la STS de 19 de abril de 1999 (Ponente: Fernández Montalvo).

Quedaba, no obstante, por resolver un problema no expresamente atendido por dichas reglas, y era el relativo a la posibilidad o no de castigar penalmente los hechos una vez que la Administración, incumpliendo por las razones que fueran la primera de aquellas obligaciones, hubiera impuesto ya su sanción. La STC 177/1999 (medio ambiente) lo solventó en favor del ciudadano, negando la **posibilidad del ulterior castigo penal**, aunque con una argumentación precaria (PÉREZ MANZANO, 2002, *in totum*). Pocos años después, el Pleno, en **STC 2/2003** (tráfico), rectificó expresamente dicha doctrina, retomando los principios de los que partía la STC 77/1983, esto es, la **preferencia del enjuiciamiento penal** (como castigo de la infracción más grave y en un proceso con mayores garantías), a condición obviamente de que recaída sentencia penal condenatoria, para no incurrir en *bis in idem*, se eliminara la sanción adminis-

trativa con todas sus consecuencias, aunque sin prejuzgar el modo de hacerlo (p. ej., por compensación, como se venía haciendo en la práctica; o mediante la revisión de la sanción administrativa, SAP Barcelona 723/2016, de 27 de septiembre).

B) *Diversidad de fundamento*

Si las sanciones penal y administrativa tienen un fundamento diferente, es decir, responden a la protección de distintos bienes o intereses jurídicos, no hay *bis in idem* y, por tanto, cabe la duplicidad sancionadora. El ámbito en el cual puede darse principalmente esta circunstancia, ya tenido en cuenta en los debates de las Cortes Constituyentes, es el de las **relaciones especiales de sujeción o sanciones disciplinarias** (funcionarios, militares, profesionales colegiados, etc.); pero no el único, como demuestra la STC 236/2007, en materia de extranjería.

A este respecto, la **STC 234/1991** (funcionario de policía condenado por delito de falso testimonio y sancionado luego disciplinariamente con traslado con cambio de residencia), dejó ya establecidas **algunas claves**: la simple existencia de una relación de sujeción especial no basta por sí misma para justificar la dualidad de sanciones, siendo «indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto [en este caso, la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía] y que la sanción [disciplinaria] sea proporcionada a esa protección».

Se trata, no obstante, de una materia en la que todavía subsisten, a mi juicio, algunos **problemas** (en sentido similar, TOLIVAR, 2008, 149 y ss.). Así, por ejemplo, la diferencia de fundamento se viene interpretando de manera discutible por la jurisprudencia ordinaria según que el delito sea o no exclusivo de funcionarios (STS de 3 de noviembre de 2014, rec. 832/2013), lo que injustificadamente privilegia a los autores de delitos contra la Administración Pública (prevaricación, etc.), que ya no

pueden sufrir luego una sanción disciplinaria (STS de 7 de julio de 1992, rec. 1031/1987). Otro problema lo plantea la configuración actual de la sanción de «separación del servicio», que, a diferencia de las penas de inhabilitación absoluta o especial, representa un obstáculo permanente para el reingreso en la función pública (cuestión advertida, aunque no enjuiciada por la STS de 23 de julio de 2007; Ponente: Lucas Murillo), lo que pone en tela de juicio su *proporcionalidad*, de relevancia constitucional en este caso por afectar a un derecho fundamental (art. 23.2); problema que, no obstante, parece descartar la STS de 24 de octubre de 2017, rec. 2027/2015 («puede suceder... que el régimen disciplinario comporte consecuencias más gravosas que el previsto en el Código Penal»).

VII. EL CONCEPTO DE SANCIÓN

A diferencia de otros precedentes comparados, la Constitución Española no circunscribe el principio de legalidad (art. 25.1) a la materia penal, lo que supone que su **ámbito de aplicación** se extiende a cualquier manifestación del *ius puniendi* del Estado, es decir, a cualquier tipo de sanción pública, sea penal, administrativa o impuesta por otros órganos constitucionales distintos (Parlamentos, Consejo General del Poder Judicial, Administración de Justicia, etc.), sin ninguna limitación *a priori* por el tipo de relación ni en función de la gravedad de las sanciones (entre otras, STC 301/2005). *Sensu contrario*, solo quedan fuera, reconducidas a cuestiones de simple legalidad ordinaria, las sanciones de carácter privado: laboral, familiar, etc. (SSTC 73/1982 y 69/1983).

Lo que sí plantea problemas, en ocasiones, es la delimitación del propio **concepto de sanción** frente a otro de medidas administrativas igualmente desfavorables o restrictivas de derechos y que pueden estar ligadas a la comisión de una infracción. Delimitación muchas veces relevante, porque de ella depende el disfrute de las garantías materiales y/o proce-

dimentales constitucionalmente reservadas a las sanciones, así como el acceso al recurso de amparo.

A este respecto, el Tribunal Constitucional (SSTC 164/1995 y 48/2003) parte de una serie de **criterios generalmente admitidos**, como son, en primer lugar, la utilización de un concepto material y no formal de sanción, sin que el *nomen iuris*, esto es, la calificación legal de la medida, resulte decisivo, y, en segundo lugar, el atender ante todo a la *finalidad* o *función* de las medidas, siendo la más característica de las sanciones su función «punitiva», «represiva, retributiva o de castigo» o representativa de un «mal añadido».

No obstante, la aplicación de tan escuetos criterios no siempre permite dar una clara respuesta, pues junto a casos en los que resulta evidente la función no punitiva de las medidas (SSTC 239/1988, multas coercitivas; 219/1991, clausura instalaciones no autorizadas; 210/2005, reparación de daños, etc.), hay otros muchos en los que la cuestión presenta mayores **dificultades**; de ahí la necesidad de completar esos criterios con una reflexión más a fondo de los problemas (HUERGO, 2007, 187 y ss.).

Supuestos especialmente controvertidos han sido, por ejemplo, el de los **recargos tributarios**, en los que el Tribunal ha visto una analogía con las cláusulas penales contractuales, salvo que por su cuantía equivalgan a una sanción (SSTC 164/1995 y 276/2000); y el de las suspensiones o **revocaciones de licencias o concesiones** por incumplimientos tipificados como infracción, en los que, a la inversa, en lugar de reconducirlos al ámbito contractual, el Tribunal se ha inclinado por otorgarles carácter sancionador siempre que se basen en una «apreciación de conductas» (SSTC 61/1990, detectives; 132/2001, taxistas; 26/2005, estancieros). Tal vez esta jurisprudencia, en el fondo acertada, resulte demasiado parca en los argumentos (criticados con razón por HUERGO, 2007, 244 y ss.), pues para otorgar carácter punitivo a la revocación po-

siblemente no baste con acudir a las causas («apreciación de conductas» frente a revocación por causas objetivas, que no es obviamente una sanción), sino que haya que atender también a las **consecuencias, personales** y no objetivas en todos aquellos casos por tratarse de licencias o concesiones de este tipo. En el caso de autorizaciones reales (p. ej., una licencia ambiental), la revocación, aun basada en una «apreciación de conductas», no pasa de ser una medida de restablecimiento de la legalidad infringida si no va acompañada de una inhabilitación para el ejercicio de la actividad.

En los últimos años, el deslinde entre lo que es o no sanción ha vuelto a ocupar al Tribunal en **numerosas ocasiones**, en casos más o menos novedosos en los que en esencia se reitera la doctrina anterior (SSTC 121/2010, recargos por deudas con la Seguridad Social; 61/2011, revisión de la proclamación de candidaturas; 232/2012, extradición; 135/2013, prohibición de obtención de subvenciones; y 181/2014, revocación de autorización de farmacias; y ATC 145/2012, responsabilidad medioambiental). El caso más polémico ha sido sin duda el de las medidas puestas a disposición del Tribunal para el cumplimiento de sus resoluciones por la reforma de la LOTC llevada a cabo por la LO 15/2015, en concreto, la suspensión de autoridades o empleados públicos por el tiempo preciso para asegurar su observancia, a la que las SSTCC 185 y 215/2016 han negado carácter sancionador por no advertir en ella una finalidad punitiva (en contra, los Magistrados Asúa Batarrita y Xiol Ríos en sus Votos particulares).

VIII. CONCLUSIONES

En la introducción se hizo referencia al hecho de que, a pesar de su liderazgo en la construcción de nuestro moderno Derecho sancionador administrativo, o precisamente por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha convertido en el blanco principal de algunas críticas doctrinales. Mi **balance**, en

cambio, es más **positivo**, por una serie de razones:

1. En primer lugar, son muchos los **logros alcanzados por esta jurisprudencia**, no solo en cuanto a la elevación de rango de las disposiciones sancionadoras, sino también en otros temas importantes, de carácter material o procedimental; y que no se han hecho a costa de banalizar el ámbito penal, a cuyo favor, por su mayor relevancia, se han marcado también sensibles diferencias.

2. Es cierto que una pequeña sanción cuenta con más garantías, incluido el recurso de amparo, que otro tipo de actuaciones administrativas de mayor gravedad, pero ello no es achacable a la jurisprudencia, sino fruto, como en otros casos, del «**capricho**» **constitucional**.

3. No creo que la extensión «matizada» de los principios penales suponga un corsé para el adecuado desarrollo del ordenamiento sancionador administrativo. La **flexibilidad del enfoque** tiene precisamente la ventaja de no restringir en exceso el margen de configuración legal. Las posibles deficiencias actuales habrá que apuntarlas más bien en el deber del legislador, como por lo demás demuestra la bien valorada ley vasca en la materia (*vid.*, al respecto, LASAGABASTER, 2006). Sigue pendiente, no obstante, tal vez una regulación básica más completa de los aspectos sustantivos del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa (*ex art.* 149.1.18 CE), que tampoco ha traído consigo la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, al margen de las críticas que ha suscitado el desdoblamiento de lo sancionador en las Leyes 39 y 40/2015 (entre otros, CANO CAMPOS, 2016, 25 y ss.).

4. La doctrina es «**prejurisprudencia**» (DELGADO BARRIO, 1991, 2314). El Tribunal Constitucional se hizo eco en su momento de la mejor doctrina para construir una jurisprudencia entre cuyas virtudes está también la de haber animado una producción doctrinal numerosa y de gran calidad, de la que son pre-

cisamente muestra destacada esas voces más críticas. El esfuerzo doctrinal de hoy puede convertirse en la jurisprudencia de mañana. De todas formas, **no se vislumbran todavía alternativas** eficaces a una construcción que, ciertamente condicionada por nuestra situación de partida y marco constitucional,

pero en línea con las respuestas que ofrece hoy el Derecho comparado (SUAY RINCÓN, 2008, 52 y ss.), cuenta posiblemente, también en mi opinión, con más virtudes que defectos, y a la que, por lo demás, el Tribunal, como hemos visto, se ha mantenido absolutamente fiel en la última década.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, págs. 135 y ss.

CANO CAMPOS, T., «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, págs. 25 y ss.

DELGADO BARRIO, J., «Reflexiones sobre el art. 106.1 de la Constitución Española», en MARTÍN-RE-TORTILLO, S. (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 3, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2311 y ss.

GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los principios de la potestad sancionadora (teoría y práctica)*, Iustel, Madrid, 2008.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, y 10.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992.

HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.

HUERTA TOCILDO, S., «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 11 y ss.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, IVAP, Bilbao, 2006.

LOZANO CUTANDA, B., «La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa», en PICÓ LORENZO, C. (Dir.), *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (XI), págs. 41 y ss.

LOZANO CUTANDA, B. (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.

MARTÍN-RETORTILLO, L., *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984.

NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1994, y 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

PARADA, R., *Derecho Administrativo*, tomo I, 16.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

PARAJÓ ALFONSO, L., «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del *status* de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

PEMÁN GAVÍN, I., *El sistema sancionador español (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, Cedecs, Barcelona, 2000.

PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.), «La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (I y II)», *Documentación Administrativa*, núms. 280-281 y 282-283, 2008-2009.

REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio de Administraciones Públicas (MAP), Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «El artículo 24.1 CE como “norma de conducta” para Jueces y Tribunales y “norma de control” para el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, págs. 261 y ss.

SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

— «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, núms. 280-281, 2008, págs. 43 y ss.

TOLIVAR ALAS, L., «Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada», *Documentación Administrativa*, núms. 280-281, 2008, págs. 133 y ss.

VALENCIA MARTÍN, G., «Derecho Administrativo sancionador y principio de legalidad», en *El principio de legalidad*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 77 y ss.

ARTÍCULO 25.2

LOS FINES DE LA PENA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRESOS

Sumario: I. Introducción. II. La orientación reeducativa de la pena y la prohibición de trabajos forzados. 1. La finalidad reeducativa de la prisión no es exclusiva ni un derecho fundamental. 2. La aplicación del canon reforzado de motivación. 3. La interdicción de los trabajos forzados. III. El estatuto del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos. IV. El derecho al trabajo, la Seguridad Social, la cultura y el desarrollo de la personalidad de los presos.

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

I. INTRODUCCIÓN

El art. 25.2 CE cuenta con **tres proposiciones normativas de un contenido heterogéneo**, y en cierta medida asistemático, cuyo nexo común es la pena privativa de libertad y los derechos de los presos. La primera proposición establece la **orientación** reeducativa y resocializadora de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad y la prohibición de los trabajos forzados, lo que supone una previsión en que se entremezcla, por un lado, un derecho fundamental subjetivo —prohibición de trabajos forzados—, y por otro, lo que la jurisprudencia constitucional considera un mandato de orientación a los poderes públicos carente del carácter de derecho subjetivo —orientación reeducativa de la prisión—. La segunda establece una previsión que, en sí misma, tampoco supone el enunciado de un derecho fundamental, sino el **estatuto limitado de ejercicio de los derechos fundamentales de los condenados a pena de prisión**. La tercera, por el contrario, establece una **extensión de los derechos a los presos** —trabajo remunera-

do, beneficios de la Seguridad Social, acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad— que, respecto del resto de los ciudadanos, queda remitido al régimen jurídico de los derechos y deberes de la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución —derecho al trabajo (art. 35.1 CE)—, o a principios rectores de la política social y económica —régimen público de la Seguridad Social (art. 40.2 CE) y acceso a la cultura (art. 44.1 CE)—.

II. LA ORIENTACIÓN REEDUCATIVA DE LA PENA Y LA PROHIBICIÓN DE TRABAJOS FORZADOS

El primer inciso del art. 25.2 CE establece que «[l]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». En virtud de ello, las notas principales que cabe extraer de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto son que: (i) la orientación reeducativa de la pena de prisión no es su fin

exclusivo ni es un derecho fundamental alegable en amparo; (ii) la aplicación de las instituciones penales y penitenciarias vinculadas con esta orientación de la pena se rige por un canon de motivación reforzado; y (iii) los trabajos forzados queden definidos por su naturaleza punitiva y aflictiva.

1. La finalidad reeducativa de la prisión no es exclusiva ni un derecho fundamental

El Tribunal Constitucional, desde muy temprano, hizo especial incidencia en que la orientación reeducativa de la pena **no es un derecho fundamental** de la persona, «sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos» (ATC 15/1984, de 11 de enero, FJ único), derivando de ello que «no hace nacer en los condenados derecho fundamental alguno susceptible de amparo» (ATC 739/1986, de 24 de septiembre, FJ 3). La justificación de esta doctrina, que fue ya consagrada en las SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2, y 28/1988, de 23 de febrero, FJ 2, se desarrolla ampliamente en el ATC 360/1990, de 5 de octubre, saliendo al paso de las serias objeciones que se le oponían. En ese sentido, señala que «[I]o importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es solo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado. Por otro lado, el mandato garantista del art. 53.2 CE no desvirtúa lo dicho, dado que, como él mismo reza, lo que ha de protegerse a través de procedimiento preferente y sumario, y del amparo, en su caso, son las “libertades y derechos”, no cualquier enunciado encuadrado en los arts. 14 a 30 de la Constitución» (FJ 4). Igualmente, en los primeros años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, más concretamente en el ATC 985/1986, de 19 de noviembre —citado erróneamente como ATC 780/1986 en la mencionada STC 28/1988 y en

otras que la reproducen—, se señaló que «**el art. 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad**», lo que ya fue consagrado en la SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, y 28/1988, FJ 2. Ambas ideas —negación de su carácter de derecho subjetivo y de fin exclusivo de la pena— han sido mantenidas hasta la actualidad de manera unánime (entre otras, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9, con un resumen sobre su evolución; 196/2006, de 3 de julio, FJ 3; y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3). Así, en la STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 4, se incide en que (i) la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución; (ii) esta **finalidad ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi***, como son la finalidad de prevención general, en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena y de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, que constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos; y (iii) es labor del legislador, en su competencia exclusiva del diseño de una política criminal, articular las relaciones entre esos diversos fines. La STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3, estableció que, dada su naturaleza aflictiva y sancionatoria, **esta finalidad también resulta de aplicación a las medidas que se imponen en la justicia penal de menores.**

En todo caso, habida cuenta de que desde el citado ATC 15/1984 se advirtió que el mandato de la orientación reeducativa de la pena podía «servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales» (FJ único), han sido diversos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en procedimiento de control abstracto de constitucionalidad del leyes en los que ha habido ocasión de perfilar el contenido de este mandato. Así, por ejem-

plo, en relación con el **cuestionamiento de la aptitud de las penas cortas privativas de libertad para cumplir la finalidad reeducativa de la pena**, la STC 19/1988, de 16 de febrero, resolviendo el cuestionamiento de la responsabilidad personal subsidiaria al impago de la multa penal, señaló que, al no ser esta finalidad la única exclusiva desde la perspectiva constitucional, no cabía descartar «sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad —tengan o no el carácter de “pena”— puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciaria» (FJ 9). Se volvió a incidir sobre ello en la STC 120/2000, de 10 de mayo, destacando que «no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador» y que el carácter domiciliario «se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva» (FJ 4).

Por su parte, la STC 150/1991, de 4 de julio, también negó la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, que se pretendía derivar de una supuesta exclusiva finalidad reeducativa de la pena (FJ 4), y la STC 55/1996, de 28 de marzo —referida al delito de negarse al cumplimiento de la prestación social sustitutoria al servicio militar—, destacando que **no puede sostenerse el monopolio de la finalidad resocializadora para concluir «la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que por su naturaleza o por sus circunstancias no admitan reiteración»** (FJ 4). Del mismo modo, en las SSTC

161/1997, de 2 de octubre, FJ 3, y 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 7, en las que se resolvieron diversas cuestiones de inconstitucionalidad promovidas contra el delito de desobediencia por negarse a someterse a las pruebas de alcoholemia, se señaló que no puede acogerse la afirmación de que los autores de dicho delito no requieren socialización, ya que «comporta en última instancia la negación del carácter lesivo del comportamiento típico, que no implicaría ningún atentado a la sociedad, así como la consideración de que la resocialización en cualquiera de sus grados solo viene indicada con respecto a ciertos delitos» (STC 161/1997, FJ 3). La STC 160/2012, de 30 de septiembre, tampoco consideró contrarias al art. 25.2 CE las limitaciones a la posibilidad de suspender la aplicación de medidas de internamiento de menores respecto de determinados delitos. Por el contrario, en la STC 174/1996, de 11 de noviembre, se afirmó que una vez obtenida la rehabilitación, que tiene como efecto extinguir de modo definitivo todos los efectos de la pena, el otorgar efectos legales a los antecedentes penales «chocaría frontalmente con el art. 25.2 CE y con la orientación que atribuye a las penas, cuya finalidad trascendente es la reinserción social» (FJ 3).

2. La aplicación del canon reforzado de motivación

La negativa a considerar la finalidad reeducativa de la pena un derecho subjetivo susceptible de amparo no ha impedido que el Tribunal Constitucional estableciera que respecto de **las decisiones judiciales sobre la aplicación de cualquier institución procesal o penal vinculada con el cumplimiento de esta finalidad reeducativa y resocializadora resulta exigible un deber de motivación reforzado** (entre otras, STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4), con la consecuencia de que dichas resoluciones judiciales «deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a

adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman» (STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 4). Esta jurisprudencia, por ejemplo, se ha hecho expresa en relación con las decisiones judiciales sobre suspensión de la ejecución (entre las últimas, SSTC 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2; 222/2007, de 8 de octubre, FJ 4; o 96/2017, de 17 de julio, FJ 3), libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4); indulto particular (SSTC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; o 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4); o redención de penas por el trabajo (STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4). En todo caso, no puede dejar de destacarse que en la aplicación de esta última institución, en la medida en que implica objetivamente un acortamiento de la privación de libertad, también se ha incidido en que quedaría afectado el art. 17.1 CE, en relación con el art. 25.2 CE (así, SSTC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4; 35/2009, de 9 de febrero, FJ 3; y toda la serie de pronunciamientos respecto de la aplicación de la llamada «doctrina Parot», encabezada por la STC 40/2012, de 29 de marzo, FJ 11).

La institución que mayores pronunciamientos jurisprudenciales ha provocado han sido los permisos penitenciarios. Obviamente, también respecto de estos se ha hecho extensiva la exigencia del deber de motivación reforzada (por todas, STC 23/2006, de 30 de enero, FJ 2). Debe reseñarse **la polémica surgida sobre si la lejanía en el cumplimiento de la pena es un criterio que por sí solo satisface las exigencias de motivación reforzada del art. 24.1, en relación con el art. 25.2 CE, para denegar un permiso de salida.** Así, si bien la STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4, supuso un inicial pronunciamiento contrario a su constitucionalidad, pronto se vio corregido de manera definitiva por las SSTC 81/1997, de 22 de abril, FJ 4, 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 137/2000, de 29 de mayo, FJ 3, en las que se consideró que este era un aspecto que por sí solo resultaba constitucio-

nalmente lícito para denegar los permisos, argumentando que el tiempo que resta de condena es la ponderación de una circunstancia que guarda una evidente conexión con los fines de la institución, pues cuanto más alejado está el cumplimiento de la condena, menor necesidad existirá de aplicar una medida que tiene como finalidad la preparación para la vida en libertad, al margen de que, además, esa mayor lejanía puede implicar un mayor riesgo de quebrantamiento de la condena.

3. La interdicción de los trabajos forzados

El ATC 608/1985, de 18 de septiembre, ya puso de manifiesto, en relación con el internamiento en centros de trabajo previsto en la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social, que «no equivale a trabajos forzados, pues aquel se efectúa con una finalidad reeducadora y de rehabilitación, que nada tiene que ver con la naturaleza punitiva de estos últimos, con los que se persigue incrementar el padecimiento del reo con su dureza y, a menudo, con su inutilidad» (FJ único). Por su parte, en la STC 116/2002, de 20 de mayo, se negó que la obligación de limpieza de las zonas comunes del módulo de prisión por parte de los internos sea un trabajo forzado, argumentando que es «una prestación personal obligatoria justificable por la especial intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del centro penitenciario», insistiendo en que «**el concepto de “trabajos forzados” tiene que ver con la naturaleza punitiva de estos, pues con ellos se persigue incrementar el padecimiento del reo con su dureza y, a menudo, con su inutilidad, de modo que solamente podrían integrar este concepto los que se impongan como pena asimilada a la comisión de un delito, o los que consistan en la utilización del recluso, en el interior o en el exterior del centro penitenciario, como mano de obra productiva y no remunerada al servicio del Estado**» (FJ 5).

III. EL ESTATUTO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PRESOS

El segundo inciso del art. 25.2 CE establece que «[e]l condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Este inciso supone la consagración constitucional de un estatuto peculiar del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos, disponiendo la posibilidad de su limitación, más allá del propio contenido de la condena y del sentido de la pena, por la legislación penitenciaria. La configuración constitucional de este peculiar estatuto y la remisión contenida a la legislación penitenciaria se ha intentado justificar en iniciales pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la categorización dogmática de la relación penitenciaria como una relación de especial sujeción (así, SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 2, o 2/1987, de 21 de enero, FJ 2), que ha sido retomada con profusión en algunas resoluciones recientes (SSTC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3; 171/2013, de 7 de octubre, FJ 2; o 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7). Sin embargo, ya en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6, se hizo expreso que, más allá de cualquier caracterización dogmática, **lo determinante para la configuración constitucional del estatuto del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos es el marco previsto en el art. 25.2 CE**, destacando que la relación penitenciaria «debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales» (FJ 6). Por tanto, conforme a la más moderna jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe entenderse que la remisión contenida en este precepto a la legislación penitenciaria lo que intenta obviar es, precisamente, la inseguridad que se derivaría de la categorización dogmática de la relación de especial sujeción, estableciendo, formalmente, una reserva de ley para cualquier limitación que se intente imponer al

ejercicio de los derechos fundamentales de los presos que no hayan quedado expresamente afectados por la condena y, materialmente, la exigencia de proporcionalidad. A esos efectos, en la STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3, se pone de manifiesto que **la validez constitucional de la limitación de los derechos fundamentales de un preso que no provengan de la pena impuesta exige, además de su establecimiento por ley, conforme a lo previsto en los arts. 25.2 y 53.1 CE, el sometimiento en su conformación normativa y en su aplicación al principio de proporcionalidad**, lo que implica que debe resultar idónea, necesaria y equilibrada.

En muy diversos pronunciamientos el **Tribunal Constitucional ha ido concretando el estatuto jurídico del ejercicio de los diferentes derechos fundamentales de los presos**, como son los derechos: (i) a la igualdad (STC 189/2012, de 29 de octubre); (ii) a la vida y la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero; y 67/1991, de 22 de marzo); (iii) a la intimidad (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2; 257/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 2; o 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3); (iv) al secreto de las comunicaciones, referidas tanto a comunicaciones con Abogados (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7; o 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2), con la Administración de Justicia (SSTC 127/1996, de 9 de julio, FJ 4; 175/2000, de 26 de junio, FJ 4; 15/2011, de 28 de febrero, FJ 5; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 5; o 230/2012, de 10 de diciembre; FJ 3), como con particulares y familiares (SSTC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5; 127/1996, de 9 de julio, FJ 4; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; 192 a 194/2002, de 28 de octubre; o 128/2013, de 3 de junio); (v) a la libertad de expresión y a recibir información (SSTC 2/2006, de 16 de enero, FJ 3; 11/2006, de 16 de enero, FJ 2, o 34/2007, de 12 de febrero, FJ 4); (vi) de reunión y manifestación (SSTC 71/2008, de 23 de junio, FJ 5; o 10/2009, de 12 de enero, FJ 6); (vii) a las garantías procesales del procedimiento disciplinario sancionador

(SSTC 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 5/2008, de 21 de enero, FJ 4; 59/2011, de 3 de mayo, FJ 2; o 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3), y (viii) a la educación (SSTC 855/1987, de 8 de julio, FJ 2, o 240/2002, de 3 de junio, FJ 5).

IV. EL DERECHO AL TRABAJO, LA SEGURIDAD SOCIAL, LA CULTURA Y EL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LOS PRESOS

El último inciso del art. 25.2 CE establece, en relación con el condenado a prisión, que «[e]n todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». Este inciso ha procurado muy pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que en los diez primeros años de jurisprudencia se refieren únicamente al derecho al trabajo remunerado. Así, con el antecedente del ATC 256/1988, de 29 de febrero, la STC 172/1989, de 19 de octubre —que fue seguida por la STC 7/1993, de 18 de enero, FJ 2— expuso que el derecho al trabajo remunerado cuenta con un primer aspecto que consiste en un «específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al art. 53.3 CE, de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las

posibilidades socioeconómicas [...]. Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata» (FJ 3). Junto a ello se señala un segundo aspecto, que se constituye como un derecho fundamental del interno directamente exigible, consistente en **el derecho a desarrollar la actividad laboral dentro de la organización prestacional existente**. Así, se concluye que teniendo la Administración Penitenciaria el deber de «superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido [...] únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria» (FJ 3).

En materia de derecho a obtención de beneficios de la Seguridad Social, la STC 189/2012, de 29 de octubre, FJ 7, no consideró que se vulneraba este derecho por la decisión de deducir durante el tiempo de internamiento penitenciario del recurrente los gastos de su manutención en prisión de la pensión no contributiva de invalidez que tenía reconocida, al computarse como rentas o ingresos propios.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 35 a 55.

BLANCO LOZANO, C. y TINOCO PASTRANA, A., *Prisión y resocialización*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 217 a 232.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El art. 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. extraordinario, 2004, págs. 339 a 370.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿Un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67, 2014, págs. 363 a 415.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El trabajo penitenciario en tiempos de crisis: ¿existe un retroceso del trabajo resocializador al trabajo como explotación laboral?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.

- «La posición a asignar a la resocialización en el marco de la teoría de la pena a partir de la declaración contenida en las Constituciones de Italia y España», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 37, 2017.

LÓPEZ MELERO, M., «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos. Derechos fundamentales entre rejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 65, 2012, págs. 253 a 304.

MAPELLI CAFFARENA, B., «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XVI, 1993, págs. 281 a 326.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Derechos fundamentales entre rejas. Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, págs. 245 a 271.

- *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G., «La reinserción y el marco constitucional del sistema penal», en MORENO CATENA, V. (Dir.), *Constitución y Derecho Público: Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 437 a 459.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Derechos fundamentales y prisión: Relación penitenciaria y reserva de ley sancionadora», en *El Juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 239-286.

- «La doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: derechos a la legalidad penal y a la libertad (STEDH, as. Del Rio Prada vs. España, de 21.10.2013)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, págs.151-194.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, M. I., *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*, Dykinson, Madrid, 2012.

URÍAS MARTÍNEZ, J., «El valor constitucional del mandato de resocialización», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, págs. 43 a 78.

ARTÍCULO 25.3

LA PROHIBICIÓN DE SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD IMPUESTAS POR LA ADMINISTRACIÓN CIVIL

Sumario: I. Introducción. II. La potestad sancionadora de la Administración: reconocimiento, límites y garantías. III. El concepto de sanción administrativa privativa de libertad. IV. La constitucionalidad de las sanciones militares privativas de libertad.

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

I. INTRODUCCIÓN

El art. 25.3 CE dispone que «[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Este precepto no ha sido objeto de una excesiva invocación en los procesos constitucionales, lo que ha impedido que se le prestara una amplia atención por parte de la jurisprudencia constitucional. A pesar de ello, los diversos aspectos que cabe destacar de los diversos pronunciamientos sobre este precepto son que: (i) viene a confirmar que el art. 25.3 CE supone el reconocimiento constitucional de una potestad sancionadora administrativa, que debe ser ejercida con las mismas garantías que rigen en el proceso penal; (ii) el esfuerzo realizado para delimitar el concepto de sanción administrativa privativa de libertad; y (iii) la polémica sobre la exclusión del régimen sancionador de la Administración Militar de esta prohibición constitucional.

II. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN: RECONOCIMIENTO, LÍMITES Y GARANTÍAS

La primera conclusión que, aunque de un modo implícito, extrajo el Tribunal Constitu-

cional del art. 25.3 CE fue que **supone el reconocimiento constitucional de la posibilidad del ejercicio de una potestad sancionadora por parte de la Administración**. Así, la STC 18/1981, de 8 de junio, al referirse al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, afirmó, entonces de una manera apodíctica, que constitucionalmente «un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales» (FJ 2). Es la STC 77/1983, de 3 de octubre, la que dos años después, y terciando en la polémica dogmática sobre la conveniencia de un monopolio sancionador del Poder Judicial, zanja la cuestión afirmando que «[n]o cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación

de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, ap. 3.º, aunque, como es obvio, sometién-dole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos» (FJ 2).

Más interés práctico tiene la segunda consecuencia que, junto con el reconocimiento de la potestad sancionadora de Administración, extrajo la jurisprudencia constitucional: la existencia de límites a dicha potestad y las garantías que disciplinan su ejercicio. El límite más inmediato, por ser el que estaba explícito en el art. 25.3 CE, fue la prohibición de sanciones administrativas privativas de libertad. Así, en la ya citada STC 18/1981, FJ 2, tras afirmar la dualidad administrativa y judicial en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, inmediatamente se añade que **la potestad sancionadora administrativa no puede afectar al contenido del derecho a la libertad del art. 17.1 CE**. Proyectando una interpretación sistemática y finalista de la CE, pronto se concluyó la extensión de las garantías procesales del art. 24 CE y de las garantías sustantivas del art. 25.1 CE al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. La propia STC 18/1981, a la vez que reconocía la potestad sancionadora de la Administración, establecía, en relación con las garantías previstas en el art. 24 CE, que si bien dicho precepto no alude de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, «la interpretación finalista de la Norma Fundamental nos lleva a la idea de que **los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración**, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance

que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional» (FJ 2). A partir de esa idea inicial, se ha ido elaborando progresivamente una jurisprudencia que ha ido asumiendo la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE —derechos a la defensa, a ser informado de la acusación, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo o a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa— (entre las últimas, SSTC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7; o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2). Sin embargo, se ha modulado la aplicación de otras, señalando, en cuanto a la eventual separación entre el órgano administrativo de instrucción y el sancionador, que la estricta imparcialidad e independencia del juzgador es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (SSTC 174/2005, de 4 de julio, FJ 2; o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 5).

En paralelo a la extensión de las garantías procesales del art. 24 CE, la STC 77/1983 también hizo una extensión de las garantías sustantivas del art. 25.1 CE, señalando que **«existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanán del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones**. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas» (FJ 2). A partir de ello, en la jurisprudencia actual se ha consolidado que es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo el derecho a la legalidad sancionadora tanto en su dimensión formal (SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 3; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4; 86/2017, de 4 de julio, FJ 4; o 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6) como material (SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; o 145/2013,

de 11 de julio, FJ 4), si bien incidiendo en que el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como en el ámbito penal, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las sanciones, aunque sí el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (SSTC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4; o 86/2017, de 4 de julio, FJ 5). Esta exigencia se ha hecho extensiva a las llamadas relaciones de sujeción especial, afirmando que si bien no es un ámbito marginado de los derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa, pues estas relaciones no se dan al margen del Derecho (STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 2), sin embargo permiten «una cierta modulación (nunca su exclusión) de las exigencias formales y materiales del principio de legalidad en materia sancionadora (por todas, SSTC 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 3, y 81/2009, de 23 de marzo, FJ 6)» (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 6). Igualmente resulta de aplicación a la actividad sancionadora de la administración el art. 25.1 CE, en su dimensión de prohibición de la analogía (SSTC 219 y 220/2016, de 19 de diciembre; o 12/2018, de 8 de febrero, FJ 3).

III. EL CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La jurisprudencia constitucional, en su labor de interpretación del art. 25.3 CE, ha debido ir despejando determinadas dudas que se planteaban respecto del concepto de sanción administrativa privativa de libertad. Así, se han delimitado supuestos en que: (i) resultaba dudosa la propia incidencia de la sanción administrativa en la libertad; (ii) lo cuestionado era la naturaleza sancionadora de la decisión administrativa privativa de libertad; y (iii) la polémica versaba sobre si la decisión restrictiva de la libertad debía ser imputada a la Administración.

El Tribunal Constitucional, ante la existencia de **sanciones penitenciarias de aislamiento en celda**, ha debido pronunciarse sobre la eventual contradicción que podían plantear con el art. 25.3 CE, negando que se tratara de sanciones que «impliquen privación de libertad». Así, se razona «que, en el ámbito de la institución penitenciaria, la ordenación del régimen al que quedan sometidos los internos no queda limitado por el ámbito de un derecho fundamental que ha perdido ya, en ese ámbito específico, su contenido propio [...]. Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina “no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial”» (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 3).

Por su parte, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, también ha negado que la llamada **retención para la identificación en dependencias policiales** (art. 21.2 LOSC) afectase al art. 25.3 CE, argumentando que aun siendo una modalidad de privación de libertad (FJ 4), no tiene carácter sancionador (FJ 6). A la misma conclusión, también por faltar ese cariz represivo, retributivo o de castigo, se ha llegado en relación con las **medidas de contención física o separación preventiva del agresor en habitación individual** previstas en la legislación de extranjería para los privados de libertad en los centros de internamiento de extranjeros (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 15).

Por último, en relación con la previsión del párr. 2.º del art. 26.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, que establecía, respecto de la **detención preventiva de extranjeros incurso en expediente de expulsión**, que «[l]a Autoridad Gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el ex-

tranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario [...]», la STC 115/1987, de 7 de julio, consideró que para que pudiera ser considerada conforme con el art. 25.3 CE, la disponibilidad sobre la pérdida de libertad debía ser exclusivamente judicial y regirse por el principio de excepcionalidad, ya que solo «[i]nterpretado en estos términos el precepto impugnado es plenamente respetuoso no solo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad» (FJ 1). La vigencia de esta jurisprudencia fue reiterada en las SSTC 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 4, y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 6. Por razones semejantes, fue negada la afectación del art. 25.3 CE, en el caso de **arresto sustitutorio por impago de la multa penal**, recordando que si bien dicho precepto lo excluía de las multas administrativas no así de las dictadas en los procesos penales (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5).

IV. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS SANCIONES MILITARES PRIVATIVAS DE LIBERTAD

El mayor número de pronunciamientos jurisprudenciales del art. 25.3 CE ha versado sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias militares privativas de libertad y la negativa a considerar como Administración Civil a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de carácter militar.

Desde jurisprudencia muy temprana se confirmó que del «art. 25.3 se deriva a *sensu contrario* que **la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad**» (STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 8; y, en el mismo sentido, SSTC

44/1983, de 24 de mayo, FJ 1, y 74/2004, de 22 de abril, FJ 6). Este reconocimiento, también desde la STC 21/1981, se ha visto acompañado de la exigencia de la aplicación de las garantías propias del proceso penal. De ese modo, a pesar de reconocerse que «[e]n el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar» (FJ 9). Igualmente, se ha afirmado que el art. 24.2 CE, «al estar orientado hacia el proceso judicial penal, no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario» (FJ 10) y que tampoco lo sería el art. 6 CEDH, al haber reservado España la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, concluyendo que «una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión» (FJ 10). Doctrina refrendada en las ya citadas SSTC 44/1983, FJ 1, y 74/2004, FJ 6.

La cuestión más polémica, sin embargo, ha sido **la negativa a considerar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de carácter militar como Administración Civil, consagrando la constitucionalidad de que su régimen sancionador incluya sanciones privativas de libertad**. Así, en la STC 31/1985, de 5 de marzo, ya se destacó, en relación con el amparo presentado por un miembro del Cuerpo de Policía Nacional,

que entonces estaba legalmente considerado como un Cuerpo de carácter militar, que aun siendo cierto que existe una distinción en determinados preceptos constitucionales (arts. 8 o 104, entre otros) entre las Fuerzas Armadas y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de ello no cabe deducir que la Constitución los conceptúe como Administración Civil, ya que «el art. 25.3 contempla el aspecto sancionador de la disciplina militar, disciplina a la que se refiere con carácter general —al regular la libertad sindical— el art. 28.1 de la propia Constitución, al indicar que la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar. De donde resulta que la Constitución contempla como ajustado a la misma el que la Ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contraria a la Constitución, aun cuando ello suponga excluirlos en este aspecto de la Administración Civil. Por ello la procedencia de aplicar este régimen es un problema de mera legalidad, que en este caso se fundamenta en la legislación aplicable» (FJ 5). Esta misma conclusión fue reiterada en la STC 93/1986, de 7 de julio, señalando que «no resulta contrario a la Constitución que las Fuerzas de Seguridad, y específicamente las de Policía, no integradas en las Fuerzas Armadas, estén sometidas al régimen disciplinario de las mismas, en cuanto a la determinación de las faltas de disciplina, sus sanciones y el régimen de imposición de estas; todo ello, sin perjuicio de la observancia de los preceptos constitucionales referentes a las garantías del procedimiento sancionador. Corresponde, pues, al legislador determinar la aplicación o no a las Fuerzas de Policía del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, o bien otro régimen distinto» (FJ 7). También se insistió en ello, respecto de miembros de la Guardia Civil, en el ATC 5/1989, de 12 de enero, FJ 1, y, especialmen-

te, en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 4, en la que, además, se niega la posibilidad de restringir la aplicabilidad del régimen disciplinario militar a la Guardia Civil exclusivamente a los supuestos de cumplimiento de misiones militares.

En esta polémica, sin embargo, debió tomarse en cuenta que **la STEDH, *Dacosta Silva c. España*, de 2 de noviembre de 2006, concluyó que la imposición de un arresto domiciliario a un guardia civil vulnera el art. 5.1.a) CEDH**, en tanto que «la privación de libertad debe resultar de una decisión jurisdiccional» (§ 43), argumentando que las sanciones privativas de libertad dentro del régimen disciplinario de la Guardia Civil no quedaban cubiertas por la reserva española al art. 5 CEDH, que tiene por exclusivo objeto el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. En conexión con ello, el Tribunal Constitucional, aprovechando el recurso de amparo interpuesto contra la sanción de arresto impuesta a un agente de la Guardia Civil, decidió plantear una cuestión interna de inconstitucionalidad, que fue resuelta por STC 73/2010, de 18 de octubre, declarando que el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil «solo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora» (FJ 5). Ello motivó que en la STC 122/2010, de 29 de noviembre, se considerara vulnerado el art. 25.3 CE al verificarse que la sanción no tenía relación con una actuación militar. No obstante, con carácter previo, el nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, aprobado por LO 12/2007, de 22 de octubre, todavía vigente, ya establecía que las sanciones privativas de libertad quedaban restringidas a misiones de naturaleza militar o cuando el personal del Cuerpo se integre en Unidades Militares.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (LEÓN VILLALBA, F. J., Coord.), *Derecho penal y disciplinario militar*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

DOMÍNGUEZ VILA, A., *Constitución y derecho sancionador administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ESCAMILLA TIJERO, M. A., *Las sanciones administrativas privativas de libertad en el régimen disciplinario de la Guardia Civil: problemática constitucional*, Lama, Valencia, 2005.

GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los principios de la potestad sancionadora: teoría y práctica*, Iustel, Madrid, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 29, 1981, págs. 359 a 368.

MESTRE DELGADO, J. F., «La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública», en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 2495 a 2528.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 2012.

RIPOL CARULLA, S., «*Dacosta Silva c. España* (STEDH de 2 de noviembre de 2006): Arresto domiciliario y derecho a la libertad», en ALCACER GIRAÓ, R., BELADIEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2013, págs. 113-129.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares», *Eunomía*, núm. 5, 2014, págs. 75 a 94.

Artículo 26

Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

Sumario: I. Los Tribunales de Honor en el ordenamiento jurídico español. II. La prohibición de los Tribunales de Honor. 1. Alcance temporal de la prohibición. 2. Alcance material del precepto. III. Los Tribunales de Honor en la Administración Militar.

RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LOS TRIBUNALES DE HONOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La comprensión del artículo 26 CE aconseja una sumaria explicación del organismo a que el precepto se refiere.

Los Tribunales de Honor no tienen equivalente en el Derecho comparado. Nacieron y se desarrollaron en el siglo XIX, primero en el ámbito disciplinario militar y de él se expandieron a todos los cuerpos de la Administración civil del Estado. Fueron suprimidos por la Constitución republicana de 1931, pero restablecidos por la dictadura, de modo que al promulgarse la Constitución podían constituirse tanto para castigar conductas del personal integrante de las Fuerzas Armadas como de los funcionarios civiles del Estado.

Se trataba de órganos constituidos *ad hoc* para el ejercicio de la potestad disciplinaria en casos concretos, que se disolvían una vez realizada su labor.

El objeto de enjuiciamiento era la conducta del expedientado que pudiera representar un me-

noscabo no tanto de dignidad personal como de los valores del cuerpo a que pertenecía.

Los miembros del Tribunal, elegidos entre los pertenecientes al mismo cuerpo que el expedientado, decidían en conciencia y su decisión no precisaba de una especial motivación.

La decisión que el Tribunal podía acordar no podía ser otra que la absolución o la separación del servicio y era independiente de la que por los mismos hechos pudiera haber sido adoptada por la vía disciplinaria ordinaria.

La resolución no era susceptible de revisión jurisdiccional en cuanto al fondo; únicamente podía revisarse la regularidad del procedimiento seguido para llegar a ella.

II. LA PROHIBICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE HONOR

1. Alcance temporal de la prohibición

La entrada en vigor de la Constitución significó:

Respecto del **futuro**, la eventual nulidad por inconstitucionalidad de cualquier norma que

permitiera la imposición, no solo de la sanción de separación del servicio, sino de cualquier sanción, adoptada por un organismo al que, aunque no se le denominara Tribunal de Honor, pudiera atribuírsele las características de los Tribunales de Honor preexistentes.

La inmediata **derogación**, en virtud de la Disposición Derogatoria 3.^a CE de todas las normas reguladoras de los Tribunales de Honor (algunas formalmente vigentes en la actualidad, como el Título IX del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal o el art. 94 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado).

Respecto de **actuaciones pasadas**, es obvio que tras la entrada en vigor de la CE no cabe ejecutar ninguna sanción impuesta a un funcionario en virtud de una decisión de un Tribunal de Honor que aún estuviera pendiente de ejecutar.

Pero se planteó la posibilidad de revisar sanciones ya impuestas y ejecutadas, utilizando los procedimientos de revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho. El ATC 601/1985, de 18 de septiembre, declaró inadmisibles un recurso de amparo interpuesto contra una STS que había rechazado una pretensión en tal sentido. Argumenta el TC que «la retroactividad de la norma fundamental se puede aceptar, siempre que haya actos posteriores al momento de su entrada en vigor... Sin embargo se ha insistido siempre, como obvio resulta por imperativo del principio de seguridad jurídica, en que es necesario que las disposiciones, resoluciones o actos preconstitucionales frente a los que se impetra el amparo “no hubieran agotado sus efectos” (Sentencia Sala Segunda de 6 Jul. 1982) y es un principio básico del Derecho funcional que la separación del servicio por sanción disciplinaria constituye una extinción irreversible de la relación del servicio que une al funcionario con la Administración».

2. Alcance material del precepto

El art. 26 CE se refiere no solo al ámbito de la Administración, civil sino también al de las organizaciones profesionales.

De acuerdo con GARRIDO FALLA (en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1985), dentro de esta última expresión hemos de incluir ante todo los Colegios profesionales, pero también las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios a que se refiere el art. 52 CE, y los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, puesto que respecto de todas ellas se predica que su estructura interna y su funcionamiento deben ser democráticos.

Por esta misma razón, y aunque no se trate de una organización profesional, considera que deben estar excluidos los Tribunales de Honor en el ámbito de los partidos políticos.

III. LOS TRIBUNALES DE HONOR EN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Frente al art. 95 de la Constitución de 1931 que abolió todos los Tribunales de Honor, «tanto los civiles como los militares», el art. 26 CE expresamente limita la prohibición a los primeros, lo que suscitó la cuestión de si tras la CE podían continuar esos tribunales en el ámbito castrense.

Aunque en la actualidad estos tribunales están suprimidos en este ámbito (la LO 9/1988, de 21 de abril, dejó sin contenido los preceptos correspondientes del Código de Justicia Militar de 1945, en adelante CJM, y la LO 2/1989, de 12 de abril, los derogó formalmente), no pierde interés la cuestión de si sería constitucionalmente admisible su restablecimiento.

La conclusión negativa se obtiene de la STC 151/1997, de 29 de septiembre. La Sala 5.^a del TS ya había considerado derogada la pres-

cripción del art. 1039 CJM relativa a que contra las decisiones de los Tribunales de Honor no había recurso alguno, de modo que la citada STC parte de una decisión de separación adoptada por un Tribunal de Honor contra un oficial, declarada conforme a derecho por la Sala 5.^a del TS.

El TC analiza la adecuación a la Constitución de la sanción impuesta de separación de servicio, desde la perspectiva del principio de legalidad, por la indeterminación denunciada de la infracción apreciada, y desde el del derecho a la intimidad del sancionado, pues se sancionaba por la comisión de unos hechos (consentimiento del adulterio de la esposa del recurrente) pertenecientes sin duda al ámbito más estricto de su intimidad.

El TC considera que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la infracción no puede considerarse lesiva del principio de legalidad en materia sancionadora, si la resolución sancionadora se motiva en términos que «permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de su decisión».

Del mismo modo, considera que la protección del derecho a la intimidad no es tan absoluta que impida el enjuiciamiento de actos privados cuya proyección externa pueda comprometer otros bienes jurídicos dignos de protección, pero la resolución sancionadora debe motivar adecuadamente esta circunstancia.

Y en ambos casos entiende que el Tribunal de Honor no ha razonado por qué la conducta del sancionado afecta precisamente «al honor de los militares o de los Ejércitos hasta el extremo de justificar la separación definitiva» de aquel.

Lo relevante de esta sentencia es que somete el acuerdo del Tribunal de Honor a un control de constitucionalidad, en este punto opuesto al criterio general de decisión de los Tribunales de Honor según conciencia de sus integrantes (art. 1036 CJM, en este caso).

Y si en este caso el test de constitucionalidad superó la tacha opuesta a la tipicidad de la infracción, no lo superará en otros casos, como en los que la definición de la infracción acoja expresiones como las relativas a la «forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, relaciones que mantenga u otras análogas», a las que se refiere la STC 270/1994, de 17 de octubre, utilizadas corrientemente en la regulación de los Tribunales de Honor. Ni superará la prevención, también general antes de la CE, de que las conductas podían ser sancionadas con independencia de que ya lo hubieran sido con anterioridad en otros procedimientos de distinta naturaleza. Ni la regla de que estas resoluciones no son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción ordinaria. Ni, como en el caso de esta Sentencia, la ausencia de motivación de las resoluciones, apelando únicamente a la apreciación en conciencia de los integrantes del Tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

CALAFELL FERRÁ, V. J., «Reflexiones sobre los Tribunales de Honor Militares a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 74, julio-diciembre, 1999.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M., «De nuevo sobre los Tribunales de Honor (La desaparición de los Tribunales de Honor Militares de nuestro ordenamiento jurídico: una operación en consonancia con los postulados constitucionales)», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 33, 1992, págs. 27 y ss.

GARRIDO FALLA, I., *Comentarios a la Constitución*, en F. GARRIDO FALLA (Dir.), Civitas, 1985, págs. 535 y ss.

GUAITA, A. y MOZO SEOANE, A., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, en O. ALZAGA (Dir.), Edersa, 1996, págs. 145 y ss.

MATEO LAGE, I., «Los Tribunales de Honor en el ámbito castrense», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 1988, págs. 313 y ss.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., «La desaparición de los Tribunales de Honor castrense en la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 54, 1989, págs. 27 y ss.

Artículo 27

1. *Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*
3. *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*
6. *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*
7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*
8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*
9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*
10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.*

Sumario general:

El derecho a la educación, por **ANTONIO LÓPEZ CASTILLO**

La autonomía de las universidades, por **IGNACIO TORRES MURO** y **XABIER ARZOZ SANTISTEBAN**

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Sumario: I. Del art. 27 CE 1. Compromiso constituyente. 2. Regulación constitucional y desarrollo legislativo. A) Regulación constitucional. B) Desarrollo legislativo. 3. Educación y sistema educativo español: apunte. II. Derecho a la educación. 1. Caracterización. 2. Titularidad. A) Período de obligatoriedad escolar y formación como proceso de aprendizaje permanente. B) Extranjeros residentes y no residentes. 3. Contenidos. A) Derecho de libertad y derecho de prestación. B) ¿Derecho subjetivo de prestación pública o deber de subvencionar centros docentes? III. Derecho a la educación: Medios de prestación. A) Ordenación general del sistema educativo. B) De la programación general de las enseñanzas. C) De la red de centros docentes (públicos y privados concertados). D) Derechos de intervención en el control y gestión de los centros docentes ex art. 27.7 CE como instrumento de participación (art. 27.5 CE). IV. Libertad de enseñanza. 1. Concepto 2. Contenidos. A) Libertad de creación de centros docentes. B) Libertad de cátedra (referencia y remisión). C) Derechos educativos de los padres.

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CATEDRÁTICO ACREDITADO (ANECA)
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. DEL ART. 27 CE

1. Compromiso constituyente

De la génesis del art. 27 CE destaca, sobre otros aspectos, un yuxtapuesto reconocimiento inicial del derecho a la educación y la libertad de enseñanza que, en su articulada proyección, encarna en un **texto prolijo**, pero no incoherente (cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1996, 162: «texto coherente, preciso y sistemático»). Expresivo del compromiso constituyente, si bien no alcanza a plasmar un pacto escolar cerrado, acierta a formular un **mínimo común denominador** partiendo de los programas de máximos que las fuerzas políticas del reformismo y la ruptura habían puesto sobre la mesa (CÁMARA VILLAR, 2007, 303; en perspectiva histórica y dogmática, cfr. DE PUELLES, 1980, y RUBIO LORENTE, 1977); elemento expresivo de la particular sutileza de la **flexible fórmula de consenso** alcanzado,

no solo en materia educativa, se ha de considerar la tardía inclusión de un genérico mandato de interpretación de conformidad con normas internacionales (art. 10.2 CE), de indudable alcance para la integración de los elementos yuxtapuestos (cfr., por todos, GARRIDO FALLA, 1985).

Esa inequívoca voluntad de superación de modelos excluyentes de raigambre histórica no alcanza a pacificar por completo un desarrollo legislativo que, sin perjuicio de su convergente articulación constitucional, viene poniendo un diverso énfasis que, según la orientación política, prima uno u otro componente de la dual cláusula constitucional; por ello, sin llegar a reeditarse en su añejo esquematismo de contraposición de escuela laica o religiosa, pública o privada, la **cuestión escolar** ha podido repuntar, **a escala**, a propósito de cuestiones menores relativas al currículo (enseñanza de religión, educación para

la ciudadanía) o al alcance de la libertad de creación y dirección de centros docentes, etc., con ocasión de su alternativo desarrollo y regulación.

La **complementaria caracterización** en vía **estatutaria** de la educación como laica o el extensivo tratamiento de sus rasgos básicos (cfr., a título indicativo, EAAAnd, art. 21, o EA-Cat, art. 21) no alcanzan, obviamente, a cuestionar la regulación constitucional vigente en materia educativa. Ahora bien, teniendo en cuenta la **centralidad, competencial y financiera, de las CC. AA. en materia de enseñanza**, la articulación de un **comprendido pacto educativo es presupuesto necesario para la normalización del sistema educativo**. Mediante renuncia a la tergiversación de la historia común y el abandono de la tarea de formación de espíritus nacionalistas, se pueda asegurar la transmisión integradora, y respetuosa con el pluralismo estructural que sustenta la comunidad nacional española, del acervo que la configura, atendiendo a su contexto geopolítico (no solo) europeo y a su proyección cultural (no solo) iberoamericana (a propósito, antes que fuentes jurídicas o documentos políticos, cfr. ELLIOTT, 2006).

2. Regulación constitucional y desarrollo legislativo

A) Regulación constitucional

El art. 27 CE, con ser prolijo, no constituye sino la previsión principal en un ámbito material que, atendida la plural «dimensión cognoscitiva, afectiva y axiológica» de la educación (Preámbulo LOE), precisa de **integración sistemática** con otras disposiciones constitucionales relacionadas, por **conexión** [art. 20.1.c): «Libertad de cátedra», y art. 16.1: «Libertad ideológica y religiosa» —STC 5/1981—) o **consecuencia** (cfr. art. 39.4, a propósito de menores), a la luz de los **estándares ius internacionales** de referencia que, *ex art.* 10.2 CE, contribuyen a perfilar

(así, en particular, mediante consideración de los estándares decantados en la jurisprudencia del TEDH al interpretar el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH; cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2017) su sentido y alcance posibles (cfr. STC 236/2007, FJ 8).

Por lo demás, esta compleja regulación constitucional de lo que genéricamente se caracteriza como derecho a la educación (STC 86/1985, FJ 3) es objeto, *ex art.* 81 CE, de un **desarrollo legislativo** que, en la medida en que lo perfila y ordena, resulta determinante al efecto de concretar el contenido y alcance de sus diversas facetas.

B) Desarrollo legislativo

a) Del disenso en el desarrollo legislativo a la integración del derecho a la educación

La nota de flexibilidad que ha permitido un consenso constituyente está, en su indeterminación, en el origen del **disenso** del sucesivo **legislador orgánico** que, aun si se trata de cuestiones de segundo grado, mantiene abierta una controversia de variable afirmación y énfasis, desde la inicial LOECE hasta la LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), que, derogada ya la anterior, ordena la derogación, entre otras, de la LO 1/1990, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE) y de la alternativa fallida de la LO 10/2002, de calidad de la educación (LOCE), así como de la residual Ley 14/1970, general de educación y financiamiento de la reforma educativa [LOE, DD Única, 1.b), d) y a)], e incide sobre disposiciones en vigor entre las que, por lo que aquí importa, destaca la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación o LODE (LOE, DF Primera). Mediante su artículo único, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), ha modificado *in extenso* la vigente LOE (y, asimismo, mediante su DF segunda, los artículos 54.2, 57, 59 y 60 de la LODE).

De la falta de consenso político en el desarrollo legislativo ha resultado el planteamiento de sucesivos recursos de inconstitucionalidad a propósito de un *continuum* normativo que, en el ejercicio de su suprema función hermenéutica, el Tribunal Constitucional ha acertado a **integrar** en su complejidad, mediante clarificación de los diversos **contenidos del multifacético derecho a la educación**, en su cumulativa dimensión sustantiva y competencial, mediante una treintena larga de sentencias que conforman un **copioso acervo doctrinal** (cfr. STC 14/2018, FJ 4), entre las que se cuentan las dictadas a propósito de la LOECE (cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero) y de la LODE (cfr. STC 77/1985, de 27 de junio), tanto como las relativas a la LOCE (cfr. STC 184/2012, de 17 de octubre; STC 212/2014, de 14 de noviembre) y a la (LOE y la) LOMCE (cfr. STC 14/2018, de 20 de febrero; y al hilo de su desarrollo reglamentario, cfr. STC 30/2018, de 22 de marzo; y STC 37/2018, de 10 de abril, FF. JJ. 3-8).

- b) De la escalonada intervención del legislador, orgánico y ordinario (descentralizado)

En un principio, esta **reserva de ley orgánica** ha sido objeto de **interpretación extensiva** que, a medida que se avanza hacia el desenvolvimiento de políticas autonómicas, desde la culminación ya en 2000 del proceso de transferencias, ha sido objeto de **modulación**.

Así, **en un principio** se ha sostenido que «los (arts. 139, 149.1.1.^a y 149.1.30.^a CE) excluyen que sobre las materias en ellos definidos puedan legislar los órganos legislativos de las CC. AA.» (STC 5/1981, FJ 22) y, a propósito de los preceptos citados en la DA 3.^a de la LOECE, que se habían de interpretar «como relativos a materias conexas con el desarrollo normativo de los DDFE tratados en la LOECE y no concernientes a las “condiciones básicas” a que se refiere el art. 149.1.1 ni a las “normas básicas para el desarrollo del art. 27.7 CE” mencionadas en el art. 149.1.30» (STC 5/1981,

FJ 23); normas básicas que, en lo preciso, alcanzarían al plano reglamentario y, en su caso, facultades ejecutivas (cfr., a propósito de la alta inspección del Estado, STC 6/1982, FJ 3.6-9; respecto de la excepcionalidad de los supuestos de la centralización de funciones de ejecución pueden considerarse aquí, de un lado, la justificación de la gestión centralizada de becas y ayudas al estudio a los alumnos de la UNED —STC 25/2015, FJ 6— y, de otro lado, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, sin perjuicio de la preservación de la cosa juzgada y de la firmeza de los actos dictados en su aplicación, de los tres últimos párrafos de la DA trigésima octava.4.c) LOE, por manifiesto exceso en las atribuciones de alta inspección al efecto de asegurar la enseñanza en castellano en las CC AA con cooficialidad lingüística —STC 14/2018, FJ 11 (y 14, que hace extensiva esa declaración a la DF séptima bis LOE); cfr., STC 30/2018, de 22 de marzo, que, a propósito de su previsión reglamentaria, mediante Real Decreto 591/2014, de 11 de julio, declara la titularidad autonómica de la competencia en disputa—).

De otra parte, ya en un asunto relativo al llamado Instituto Vasco de *Ikastolas*, se habría subrayado la apertura de un cierto espacio a la legislación autonómica, apuntando a la existencia de un «imperativo constitucional» de integración de ley orgánica mediante ley ordinaria de CC. AA. cuando de articular competencias estatales y autonómicas se trata.

Así pues, no siendo equivalentes las previsiones del art. 149.1.30.^a (**normas básicas para el desarrollo del art. 27**) y la genérica **reserva de LO** ex art. 81.1 CE, no deviene exclusiva competencia estatal todo lo que, en el art. 27 CE, «pueda considerarse **desarrollo** (art. 81.1) de los DD. FF. [...] la delimitación de competencias que establece el art. 149.1.30 entre el Estado y las CC. AA. cuyos Estatutos hayan operado a partir de este precepto, no podrá establecerse, sin más, tomando como parámetro el texto formalmente aprobado en *desarrollo* de los derechos enunciados en el

art. 27 CE. Para alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la ley [...] orgánica, encierran *normas básicas para el desarrollo del art. 27*. No toda divergencia [...] entre ley orgánica y territorial (causa) inconstitucionalidad [...] y sí solo su eventual apartamiento del contenido de [...] *normas básicas*, cuya identificación corresponde [...] a este Tribunal Constitucional» (STC 137/1986, FJ 3; cfr. STC 47/1990, FJ 7; respecto de lo exclusivo estatal, *ex art. 149.1.30.^a CE*, y la normativa básica de desarrollo, *ex art. 27 CE*, cfr. STC 14/2018, FJ 4, *in fine*).

Otro sería, por lo demás, el matiz en presencia de **concurrentes** (así, a propósito del alcance posible de un sistema de becas y ayudas al estudio, de carácter general —cfr. STC 188/2001, FF. JJ. 6-13—, o de previsiones de ayudas y subsidios en materia de educación especial —cfr. STC 212/2005, FF. JJ. 5-10—, con base en la STC 188/2001; cfr. sendos VV. PP.) o **adicionales títulos de intervención** (así, a propósito del acceso a la función pública docente —cfr., entre otras, STC 49/1985, FJ 4; STC 75/1990, FJ 2; y, en el espacio universitario, STC 26/1987, STC 146/1989, STC 235/1991—).

A propósito de la densidad e imprecisión, de la imbricada articulación normativa, de la legislación orgánica y ordinaria, de su complementaria concreción reglamentaria y aun de las atribuciones decisorias de los centros docentes, en relación con la aducida inconstitucionalidad de las condiciones de acceso y derivación del alumnado y otras decisiones relativas a su *currículum*, en la formación profesional básica (y en atención al programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento) y con la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados, se ha de considerar la STC 37/2018. En la que, partiendo del estándar doctrinal relativo a las reservas de ley orgánica y ordinaria (cfr. STC 212/2012, FJ 11; STC 184/2012, FJ 6; etc.), al tiempo que se descarta falta de previsión o densidad nor-

mativa (FJ 7), se afirma que la textura abierta de criterios («rendimiento académico», modulación del porcentaje de hasta el 20 por ciento), «permite la entrada a la regulación de las Comunidades Autónomas, que sin ese margen de apreciación no podrían introducir ninguna variante en la planificación educativa» (FJ 8.a) y deja a los centros públicos y (por su mensurabilidad, limitado efecto y suficiente grado de concreción) también a los concertados «la posibilidad de valorar el rendimiento académico de los alumnos que soliciten la admisión», sin que ello comporte menoscabo de la planificación general de la enseñanza (FJ 8.b).

3. Educación y sistema educativo español: apunte

La centralidad que tiene la **educación**, concebida como vía de aprendizaje permanente y útil al efecto de gestar ciudadanos, mediante integral imbricación de las diversas **dimensiones** vitales, **cognoscitiva**, **afectiva** y **axiológica** (cfr. Preámbulo LOE), explica su creciente presencia en la agenda política, no solo *ad intra* en virtud de una efectiva y plena descentralización que, sobre la dimensión competencial, alcanza al propio sustrato dogmático de un principio/derecho de expresa articulación estatutaria, sino también *ad extra* como consecuencia de una apertura del espacio estatal, particularmente notoria en áreas de integración en las que, como en el espacio europeo, se tiende a una paulatina convergencia hacia objetivos comunes en materia educativa (cfr. Preámbulo LOMCE).

De esa decantada orientación participa la disciplina vigente en materia de educación que, sobre su manifiesta orientación, *ex art. 27.2 CE*, «(a) **pleno desarrollo de la personalidad humana** en el respeto a los **principios democráticos de convivencia** y a los **derechos y libertades fundamentales**», mediante desarrollo legislativo, se desglosa y pormenoriza, de modo harto prolijo (art. 2, LOE) y que, por razón de conexidad, se ha de

poner en relación con los **principios** de calidad, equidad, participación... educativa (cfr. art. 1 LOE), **inspiradores del sistema educativo español** (cfr. art. 2 bis LOE).

Un sistema que se articula en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles, desde la educación infantil a la enseñanza universitaria (art. 3 LOE), y a cuya homogeneidad y unidad básica sirve la determinación de competencias básicas integrantes de unas enseñanzas curriculares comunes (art. 6 LOE), entre las que se cuenta una capacitación en lengua española común objeto de incesante controversia (cfr. STC 337/1994, FF. JJ. 9-10; LÓPEZ CASTILLO, 2008, 337-345; de la garantía del derecho a recibir enseñanza en ambas lenguas oficiales, desde la perspectiva de la alta inspección del Estado, se trata en el FJ 10 de la STC 14/2018).

Conforme al desarrollo legislativo vigente se considera como «**enseñanza básica** [...] **obligatoria y gratuita** para todas las personas» un doble tramo de **educación primaria y educación secundaria** obligatoria que «comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad [...]» (art. 4.1 y 2 LOE; a propósito de la conformidad constitucional de un régimen de escolarización semejante, cfr. STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9) que, una vez superado, permite acceder a una **educación secundaria postobligatoria**, integrada por el bachillerato y otras enseñanzas de grado medio (arts. 3.4 y 31.2 LOE); enseñanzas que, en tanto integran la **programación general** que, *ex* art. 27.5 CE, han de garantizar los poderes públicos, se explicita o no su gratuidad, participarán del **régimen constitucional del derecho de todos a la educación** (cfr. STC 236/2007, FJ 8, en II.3. A.b).

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. Caracterización

En aproximación comprensiva, intentando dar cuenta del complejo conjunto de disposi-

ciones que integra, y sin prejuzgar acerca de un tratamiento dogmático del que no faltan trazas en los hitos de su jurisprudencia en la materia (cfr. SSTC 5/1981 y 77/1985), se presenta el variado conjunto de sus previsiones bajo la cobertura del **genérico derecho a la educación** (cfr., por otros, EMBID, 1981; ALÁEZ, 2009).

Se aclara que si «(unos) consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación [...] o atribuyen [...] competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, 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, FJ 3; doctrina reiterada, cfr. STC 37/2018, de 10 de abril, que resuelve RI contra la LOMCE).

Esa **condición comprensiva del derecho a la educación no se ha de confundir**, en modo alguno, **con una textura incontinente** que a la ya prolija explicitud del **art. 27 CE** viniese a sumar adicionales derechos y libertades. Y precisamente en esa línea apunta el Tribunal Constitucional, cuando a propósito de la pretendida invocación de un derecho a la elección de centro docente por razón de la lengua, sostiene que «los valores de libertad y libre desarrollo de la personalidad, positivados [...] presentes, explícita o implícitamente, en el propio art. 27 CE (1 y 2) [...] aun siendo cierto que la enseñanza (los) ha de servir [...] por sí solos, “no consagran derechos fundamentales”» (STC 5/1981, FJ 7) [...] tales principios no pueden constituir el cauce para extender ni los concretos “derechos de libertad” que encierra el

art. 27 CE ni los específicos deberes que impone —por usar los términos de la STC 86/1987, FJ 3—, modificando así el derecho fundamental a la educación» (STC 337/1994, FJ 12).

Ello no obstante, al enjuiciar el sistema de «**becas y ayudas al estudio**» en línea con la STC 188/2001 (FJ 4: «becas como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación»), se enfatiza su particular rendimiento como un **instrumento esencial** al modelo de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que posibilita que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE) y, por tanto, contribuye a garantizar «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, FJ 4).

Por último, atendiendo a la significativa similitud que el art. 27 CE guarda con disposiciones *ius* internacionales relativas a esta materia (art. 26 DUDH, art. 13 PIDESC o art. 2 del Protocolo adicional al CEDH), al Tribunal Constitucional le parece aún más patente «la **inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana**, dada la innegable trascendencia que aquella adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad [...] 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» (STC 236/2007, FJ 8). Lo que, en el marco de un ordenamiento constitucional garante de la libertad de ideas y creencias comporta una cláusula de indemnidad que, sobre la previsión del artículo 27. 3 CE, tiene su correlato en la positiva exigencia de salvaguarda de la neutralidad, mediante exclusión de discriminaciones y promoción del pluralismo.

2. Titularidad

La precisión del significado y alcance de la palabra **todos** que, según es notorio, integra la propia caracterización del genérico derecho a la educación, si bien no carece de normatividad constitucional, en su **indeterminación** requiere de una **configuración legal** que, a la sistemática observancia de otros principios y reglas constitucionales, aun si resulta de mediata integración, suma otras consideraciones relativas a la determinación del período de obligatoriedad escolar o a la concepción de la formación como un proceso de aprendizaje permanente (cfr. arts. 4 y 5 LOE). Mediante invocación de esa complementaria faceta de la enseñanza, toda persona podría invocar un derecho (cfr. art. 14.1 y 2, Carta DDFE UE) como otros, expuesto a adaptaciones y sujeto a limitaciones, como consecuencia de situaciones de especial sujeción (cfr. STC 175/2000, de 26 de junio; STC 140/2002, de 3 de junio) o por una objetiva restricción de acceso, mediante exigencias relativas al mérito y la capacidad (y, al hilo de las políticas de promoción de la igualdad real y efectiva, a la posible reserva para personas pertenecientes a determinados grupos), a las plazas disponibles (a propósito de la casuística convencional europea, cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2017).

Particularmente controvertida resulta la cuestión relativa al alcance de las exigencias de la educación inclusiva de las personas con discapacidades [a propósito, cfr. STC 10/2014, de 27 de enero, que en un supuesto relativo a escolarización de un menor en un colegio público de educación especial niega la vulneración de los derechos a la (igualdad y a la) educación; cfr. VP que remite al alegato del M. Fiscal —I.6: «Es obligación de la Administración educativa (realizar) los “ajustes razonables”, necesarios y personalizados, para evitar (la exclusión) del menor sin proporcionar los apoyos necesarios a que venía obligada según la normativa aplicable»—]. En esta línea, destaca la STS 1976/2017, de 14 de diciembre, que se extiende en relación con el

derecho a la educación inclusiva y a las exigencias que las Administraciones educativas habrían de cumplir.

A) *Período de obligatoriedad escolar y formación como proceso de aprendizaje permanente*

a) Período de obligatoriedad escolar e inicio de actividad laboral

En este sentido, se contextualiza la imposición de **edad laboral mínima**, por contraste con la fijación de edad máxima, «por la necesidad de uniformar los **ciclos educativos** y evitar una costosa diversificación según el ritmo de evolución de cada niño o adolescente [...] inspirada en principios y valores fundamentales asumidos constitucionalmente (arts. 9.2 y 27.1 CE)» (STC 22/1981, FJ 5).

b) Aprendizaje permanente y pretendida eficacia frente a terceros del derecho a la educación

Ex art. 27.1 CE, el pretendido derecho a la educación, como expresión de la directiva de **formación permanente**, sin entrar en el enjundioso asunto de su posible aplicabilidad directa, no podría imponerse a terceros en el seno de relaciones laborales.

Entenderlo así, ha dicho el Tribunal Constitucional, «sería tanto como desplazar sobre el empleador la **carga prestacional del derecho a la educación**, que **solo sobre los poderes públicos pesa**, y hacer responsable a aquel del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental que solo a estos corresponde» (STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 5).

En este sentido, se descarta la vía del amparo constitucional, puesto que «**no puede imponerse al empresario o empleador la obligación** de satisfacer de forma **incondicionada** la pretendida incompatibilidad de la asisten-

cia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia [...]» (*ibidem*).

B) *Extranjeros, residentes y no residentes*

Más reciente es la consideración acerca de si la titularidad del derecho a la educación alcanza por igual, no ya a nacionales y extranjeros, sino a **extranjeros residentes y no residentes**. Inequívoca a este respecto resulta la declaración de inconstitucionalidad del inciso «residentes» del art. 9.3 LO 4/2000, de 11 de enero, redactado según el art. 1.7, LO 8/2000, de 22 de diciembre. Se ha declarado, así, que el derecho a la educación «corresponde a “**todos**”, independientemente de su condición de **nacional o extranjero**, e incluso de su **situación legal en España** [...] conclusión (que) 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 [...] 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 CEDH, “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante”. Esta expresión [...] interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (SSTEDH 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** ([...] que) 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 ([...] pues) **su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor** [...]» (STC 236/2007, FJ 8).

3. Contenido

A) *Derecho de libertad y derecho de prestación*

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha considerado, al efecto de ahondar en sus contenidos específicos, la doble vertiente de un genérico derecho, que, a su dimensión como **derecho de libertad** (IV), suma una significativa dimensión, como **derecho de prestación** (III), de particular relevancia para la efectiva puesta en práctica de un servicio público educativo mediante el que hacer efectiva realidad el **programa constitucional** de oferta de una enseñanza obligatoria y gratuita.

Esto se pone bien de manifiesto al sostener que el genérico derecho de todos a la educación incorpora «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 de enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27 [...]. 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» (STC 86/1985, FJ 3; STC 236/2007, FJ 8).

a) Sentido: garantía pública de acceso y disfrute de un puesto escolar

Al tratar de identificar el contenido constitucionalmente garantizado de la dimensión prestacional del derecho a la educación, en la jurisprudencia constitucional, a pesar de la expresa conexión, *ex art.* 27.4 CE, de las notas de **obligatoriedad y gratuidad** a la enseñanza básica, se ha puesto el foco en la cláusula de **garantía pública** del derecho de

todos a la educación mediante una **programación general de la enseñanza**, *ex art.* 27.5 CE.

Al efecto de extraer potencialidad de este enfoque, el Tribunal Constitucional se ha servido de un modo particularmente matizado de los **estándares convencionales** decantados en la jurisprudencia del TEDH que en otras ocasiones se citan a simple título de inventario. En esta invocación instrumental de los **tópicos** en la materia, el Tribunal Constitucional recuerda, entre otros extremos de interés, que, si del sistema del CEDH no resulta obligación estatal identificable a propósito de la creación de un sistema de enseñanza, otra es la conclusión cuando de «garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las Partes Contratantes el derecho a utilizar [...] los medios de instrucción que existan en un momento determinado» se trata. En su esforzado empeño de averiguación de los estándares convencionales, *ex art.* 10.2 CE, prosigue el Tribunal Constitucional mediante un notable ensayo de interpretación sistemática que le conduce a concluir que, no obstante «afirmar su carácter negativo, el Tribunal (TEDH) reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir el (art. 2 del) 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” (STEDH caso *Kjeldsen*, de 7 de abril de 1976, § 52)» (STC 236/2007, FJ 8). Pues, en un marco constitucional explícito —se enfatiza en la jurisprudencia del TEDH—, el derecho a la educación no solo trasciende de la mera interdicción de intromisión de los poderes públicos, sino que ampara el **acceso y disfrute en condiciones de igualdad a un puesto escolar gratuito en el sistema público de enseñanza sin quedar expuesto a desconexión social** (cfr. IV.2. C.c3).

La cuestión relativa a la igualdad en el acceso a la educación tiene un punto saliente en el llamado derecho a la educación inclusiva. A propósito, por su interés, se ha de referir la STS, de 14 de diciembre de 2017, que, al efecto de una efectiva garantía del disfrute del derecho a la educación de alumnos con discapacidad o graves trastornos de conducta, reclama la exigencia de «los principios de normalización o inclusión» para el acceso y permanencia en el sistema educativo, como una tarea permanente que «no solo supone acceder a un centro educativo ordinario, sino (también) establecer las medidas razonables, evaluarlas de manera continua y permanente (...) y modificarlas o introducir nuevas medidas, siempre con el objetivo de la inclusión educativa», exceptuando esta regla solo cuando sus necesidades «no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios» (cfr. FD cuarto-sexto).

Por otra parte, si bien se declara que prestaciones o medidas como «las becas o ayudas no vienen directamente exigidas (por el artículo 27.5 CE)» (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5; cfr., en esa misma línea directiva, cfr. STC 214/1994, de 14 de julio, FJ 8), al enjuiciar el detalle de unas órdenes ministeriales reguladoras de diferentes convocatorias anuales de becas y ayudas (de carácter general para estudios universitarios y medios), el TC constataría «que el legislador orgánico ha dispuesto, como obligación de los poderes públicos, el establecimiento de un sistema de becas para garantizar el derecho de todos a la educación (...) Es decir, tanto la legislación orgánica como la normativa reglamentaria configuran las becas como un elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación, permitiendo el acceso de todos los ciudadanos a la enseñanza en condiciones de igualdad a través de la compensación de las condiciones socioeconómicas desfavorables que pudieran existir entre ellos, lo que determina que los poderes públicos estén obligados a garantizar su existencia y real aplicación»

(STC 188/2001, FJ 4; doctrina reiterada, a propósito de la previsión reglamentaria de ayudas de educación especial, por conceptos como enseñanza y residencia escolar, transporte escolar y para traslado de fin de semana o reeducación pedagógica o del lenguaje, y de subsidios para transporte y comedor, para familias por debajo de unos mínimos de renta y patrimonio, mediante STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4-6); en sendos VV. PP. de Conde Martín de Hijas (y adherentes) se ha cuestionado «que en el marco de nuestra Constitución no pueda tener cabida hasta sus últimas consecuencias un programa nacional de becas, unificado bajo la competencia del Estado, e instrumentado como condición básica para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho fundamental a la educación»).

Por lo demás, cfr. STC 195/1989, relativa a denegación de ayudas de transporte y comedor escolar, y STC 212/2005, FJ 10, que declara de competencia autonómica la regulación de la tramitación de ayudas de educación especial.

b) Alcance: de la enseñanza básica a los niveles superiores

En su proyección al supuesto enjuiciado de estándares *ius* internacionales, esa extensiva doctrina conduce a la extensiva integración del contenido de un derecho de todos a la educación que «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» (STC 236/2007, FJ 8), que «incluye el acceso no solo 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 (pues [...]) a la enseñanza secundaria postobligatoria [...] pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de graduado en edu-

cación 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**» (STC 236/2007, FJ 8).

B) *¿Derecho subjetivo de prestación pública o deber de subvencionar centros docentes?*

a) Inexistencia de un derecho subjetivo a la prestación pública, ex art. 27.9 CE

En estricta consecuencia con su estructura de mandato al legislador, se ha declarado que el **art. 27.9 CE «no encierra un derecho subjetivo a la prestación pública»** que como nace de la ley solo con base en sus términos podrán los centros docentes privados invocar el derecho a recibir subvenciones.

Ello **«no significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre** para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo»; al establecer las condiciones y precisar los requisitos al efecto de participar de las subvenciones, el legislador no solo «no podrá [...] contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo», sino que «deberá [...] configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad» ateniéndose, por lo demás, «a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público» (STC 86/1985, FJ 3).

Salvadas las exigencias de principio y atendida la directiva de política económica, el legislador *ex art. 27.9 CE* dispone de una discrecionalidad a la que los titulares de las instituciones privadas jurídicamente poco o nada pueden oponer, (cfr. SSTS de 13 de julio y 27 de julio de 2004), si como queda apuntado **«no hay [...] un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes, solo por el hecho de serlo»** (STC 86/1985, FJ 3).

b) Inexistencia de un derecho a la gratuidad educativa en centros privados de elección

Y, sobre esta base doctrinal, se impone que «el derecho [...] a la **educación gratuita** en la enseñanza básica **no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados**, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales [...]» (STC 86/1985, FJ 4).

Mediante STC 37/2018 se ha vuelto sobre este aserto de modo equívoco, pues, si bien no se llega a cuestionar de plano, en virtud de una restrictiva interpretación de la discrecionalidad del legislador, mediante una lectura instrumental del mandato de gratuidad, se modula de un modo tal que, *de facto*, posibilita un incremento de la merma de disponibilidades presupuestarias para el sostenimiento de la escuela pública (cfr., en su confluente línea crítica, los cinco discrepantes, en VV. PP. *Xiol, Valdés* —y adherente—, *Roca y Balaguer*), y, *de iure*, contribuye a enfatizar la expectativa de concertación, cual faceta instrumental a la efectiva realización del derecho de creación de centros docentes.

III. DERECHO A LA EDUCACIÓN: MEDIOS DE PRESTACIÓN

Instrumental al efecto de la efectiva realización de los contenidos integrantes del derecho de todos a la educación se ha de considerar una **ordenación general del sistema educativo** (A), de cuya garantía expresamente se encargan a los poderes públicos *ex art. 27.5 CE* y que, en síntesis, se desglosa, en lo siguiente, mediante una triple referencia a la **«programación general de la enseñanza»** (B), a la **«creación (y ayuda) de centros docentes»** (C), y a la **«participación efectiva de todos los sectores afectados (en el control y gestión de centros sostenidos con fondos públicos)»** (D).

A) *Ordenación general del sistema educativo*

- a) La ordenación general del sistema educativo compete al Estado

Ya desde los primeros hitos de la jurisprudencia en la materia, quedaría claro que «el **sistema educativo** del país debe estar **homologado** (art. 27.8 CE) en todo el territorio del Estado» y que «la regulación de las “normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE”», *ex art. 149.1.30 CE*, es asunto de la exclusiva competencia (de los órganos centrales) del Estado, y así se reconoce expresamente con ocasión del enjuiciamiento de la LOECE a propósito del ejercicio de los **derechos constitucionales** reconocidos en el campo de la **educación** y la **enseñanza** (STC 5/1981, FJ 28).

Y, en línea con tan enfática afirmación de exclusividad estatal, se subraya que **solo al Estado compete** «regular tales materias (**enseñanzas mínimas** y **ordenación general del sistema educativo**), en **régimen ordinario** (y **experimental**, y someter a previa autorización cualquier experimentación que las altere cuando se pretenda la homologación de los estudios y títulos» (STC 38/1992, FJ 5).

- b) De la complementaria intervención autonómica en aspectos adicionales

A propósito de la creación mediante ley autonómica de un denominado **Instituto Vasco de Ikastolas**, ha tenido ocasión de entrar a enjuiciar el Tribunal Constitucional la constitucionalidad del engarce en el sistema educativo homologado para toda España de la llamada escuela pública vasca.

Al enjuiciar la disposición cuestionada, anuda el Tribunal Constitucional la negación de la tacha de inconstitucionalidad, a la existencia de un sistema educativo en España, como bien se desprende de su razonamiento sobre la naturaleza meramente declarativa de una «disposición (que) no es otra cosa que una simple manifesta-

ción de propósitos, de los que no surgen derechos ni obligaciones» y que «ni siquiera puntualiza el concepto de “**escuela pública vasca**”, que en el momento presente —se dice, entonces— debe entenderse como un **conjunto de centros educativos sostenidos con fondos públicos [...] en los que se utiliza como lengua el euskera**» (STC 137/1986, FJ 1).

La existencia de un sistema educativo único y homogéneo para toda España se enfatiza, si cabe, mediante la **advertencia** que, **ad cautelam**, salva la hipótesis de ulterior integración sustantiva de la disposición declarativa enjuiciada «si en el futuro el propósito que la disposición enuncia se plasmara en realizaciones incompatibles con el modelo educativo que la Constitución establece, sobre todo en relación con la programación general de las enseñanzas [...]» (STC 137/1986, FJ 1).

Ahora bien, desde el momento en que en las CC. AA. la materia de educación se ha asumido plenamente, y tanto más desde su consolidación estatutaria, **la cuestión escolar ha ganado una dimensión territorial** que, en atención a su expresiva denominación legislativa, resulta patente (*a. e.*, cfr. Ley 12/2009, de 10 de julio, de educación, como se denomina en Cataluña). Fruto del impulso político y social plasmado en el «Pacto nacional por la educación, firmado en el año 2006», la Ley responde a la «voluntad de tener un sistema educativo concorde con la sociedad catalana (...) y de configurar una ciudadanía catalana identificada con una cultura común, en la cual la lengua catalana resulte un factor básico de integración social». Y, al efecto, pretende articular el «sistema educativo de Cataluña (que) comprende el servicio público educativo, entendido como servicio de interés general (...) apostando, entre otras actuaciones) por la formación de las familias y por su vinculación con los centros a través de la carta de compromiso educativo» (Preámbulo).

Si regulaciones semejantes fuerzan o no la **actualización de los estándares constitucionales** relativos a un sistema educativo único y

homogéneo, es una cuestión abierta que, en atención a su largo alcance (de los párrafos 7, 20, 22, 27, 28 y 36 del Preámbulo a sus Disposiciones Transitorias 3.^a, 6.^a y 10.^a y a sus Disposiciones Adicionales 2.^a y 9.^a, sin contar las cuatro decenas de disposiciones de su articulado, asimismo cuestionadas), acaso pueda contribuir a clarificar la pendiente resolución del Recurso de inconstitucionalidad núm. 8741-2009.

B) *De la programación general de las enseñanzas*

a) Consideraciones preliminares

Expresión, al tiempo que garantía, de la efectiva existencia de un **sistema educativo nacional** es el establecimiento de **currículos** al efecto de «asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes», mediante una escalonada intervención de las Administraciones educativas, en atención al diverso grado de exigencia de **enseñanzas mínimas comunes** (más allá de su concreta caracterización, como aspectos **básicos, mínimos, comunes o troncales** de las enseñanzas; cfr., por otras, STC 212/2012, FJ 4; SSTC 24/2013, de 31 de enero; 88/1983, de 27 de octubre).

Mediante los artículos 6 y 6 bis LOE (cfr. artículo único.4 y 5 de la LOMCE), el currículo estará integrado por los objetivos de cada enseñanza y etapa educativa, por las competencias, conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes y por la metodología didáctica, los estándares y criterios de evaluación (art. 6 LOE) y al Gobierno corresponderá la ordenación general del sistema educativo, la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y de las normas básicas, *ex* artículo 27 CE, la programación general de la enseñanza, la alta inspección y el diseño del currículo básico (art. 6 bis.1 LOE). En lo demás, se establece una diferenciación entre asignaturas troncales, específicas y de libre configuración autonómica que guía la distribución de las respectivas competencias.

Pues bien, a propósito del complemento autonómico de los contenidos integrantes del bloque de las asignaturas troncales (que junto a las asignaturas específicas y a las de libre configuración autonómica, integran el currículo, en los niveles de educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato), la STC 14/2018, FJ 5 declara constitucionalmente conforme [interpretado a la vista de otras previsiones conexas, como el párrafo primero y los apartados a).1, c).4 y e), del artículo 6 bis.2] la disposición cuestionada [el artículo 6 bis.2.c).1 LOE] que así lo dispone.

Mediante el artículo 6 bis.3 y 4 se determina que el «currículo básico» en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, artísticas profesionales, de idiomas y deportivas, así como en la formación profesional, ocuparán el 55 o el 65 por 100 de los horarios escolares, según que las CC. AA. tengan o no lengua cooficial; *ex* art. 6 bis.2.e) se determina que, en educación primaria, primer ciclo de ESO, cuarto curso de ESO y bachillerato, las asignaturas troncales computarán no menos del 50 por 100 del total del horario lectivo general fijado por cada Administración educativa.

Dejando a un lado el reconocimiento de autonomía de los centros docentes «para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo [...]» (art. 120.2 LOE), en este punto interesa centrar la atención en torno a las enseñanzas mínimas y, más concretamente, a su **aplicación mediante decreto**, bien en atención a la reglamentación por parte del Gobierno de las enseñanzas mínimas (respecto del ámbito universitario, cfr. STC 187/1991, FJ 3), bien en virtud de interpretación de controvertidas (im)previsiones autonómicas.

b) La enseñanza de las lenguas españolas en los planes de estudio

b.1) La enseñanza de las lenguas cooficiales

A propósito de la **enseñanza de las lenguas españolas** en los centros docentes de CC. AA.

con lengua cooficial, se ha declarado que el objetivo de «que ambas lenguas han de ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad suficiente [...]» es una **exigencia** que «no deriva solo del Estatuto, sino **de la misma Constitución**» (STC 87/1983, FJ 5; STC 88/1983, FJ 4), pues «del reconocimiento de la cooficialidad del castellano y de la lengua propia de una Comunidad se deriva el mandato para los poderes públicos, estatal y autonómico, de incluir ambas lenguas cooficiales como **materia de enseñanza obligatoria** en los Planes de estudio» (STC 87/1983, FJ 5).

Mandato que alcanza a **todos los poderes públicos**, «correspondiendo al Estado “regular la enseñanza de la única lengua que es oficial en todo su territorio ([...] y) la regulación de la enseñanza de otras lenguas oficiales [...] a las respectivas instituciones autonómicas” (STC 87/1983, FJ 5)» (STC 337/1994, FJ 14).

A propósito, se recuerda que así como en la regulación básica mediante ley (LOGSE) se marcan los objetivos que para cada nivel educativo se hayan de alcanzar por lo que al **aprendizaje y dominio de las lenguas** y sus áreas o materias de enseñanza se refiere, mediante la correspondiente previsión autonómica, en el caso, mediante Ley 7/1983, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se concreta el «deber de conocer la **lengua catalana** como área o materia **obligatoria** de enseñanza en los Planes de estudio para quienes estudien **en los centros educativos de Cataluña**» (STC 337/1994, FJ 14).

b.2) La enseñanza de la lengua española común

Desechada la pretendida exclusión de enseñanza de lengua española cooficial (cfr. el supuesto de base en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante STC 337/1994), a medida que se avanza en el proceso de afianzamiento de las **lenguas cooficiales como lenguas vehiculares** de la enseñanza en las CC. AA. con lengua cooficial declarada

(cfr. comentario art. 3.2 CE), resulta objeto de una **creciente controversia la enseñanza de la lengua española común** en sus centros docentes.

El objetivo de «singularizar el sistema educativo catalán» (Preámbulo), mediante reconocimiento de la lengua catalana como lengua vehicular, en un marco de potenciación de la enseñanza de otras lenguas, deja en duda la perspectiva de reconocimiento al castellano de ese (complementario) carácter. Por más que su confluencia, característica del modelo constitucional (cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2013a), quedase asegurada mediante interpretaciones de conformidad constitucional de las cláusulas estatutarias (STC 31/2010, de 28 de junio, sin perjuicio de manifiestas discrepancias, a propósito de esa flexible lectura, en VV. PP.).

«El catalán debe ser —se dice— lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña. En la medida en que el concreto régimen jurídico de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza se regula en el art. 35 EAC remitimos al enjuiciamiento de ese precepto la exposición de las razones que abonen nuestro pronunciamiento sobre la constitucionalidad del modelo lingüístico de la enseñanza establecido en el Estatuto. Pero desde ahora hemos de dejar sentado en nuestra argumentación que, como principio, el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» (FJ 14.a). Pues bien, interpretando el art. 35 EAC, se ha dicho que «el apartado 1 y el primer inciso del apartado 2 del art. 35 EAC admiten una interpretación conforme con la Constitución en el sentido de que no impiden el libre y eficaz ejercicio del derecho a recibir la enseñanza en castellano como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» (FJ 24).

A esa conclusión se llega en el TC, tras recordar que «(h)emos descartado desde un

principio toda pretensión de exclusividad de una de las lenguas oficiales en materia de enseñanza (pues) “el contenido del deber constitucional de conocimiento del castellano... no puede generar un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano”, pues “de la cooficialidad de la lengua propia de una Comunidad Autónoma se derivan consecuencias en lo que respecta a su enseñanza, como hemos reiterado en anteriores decisiones (SSTC 87/1983, FJ 5; 88/1983, FJ 4 y 123/1988, FJ 6)” (...) “pues no cabe olvidar que el deber constitucional de conocer el castellano (art. 3.1 CE) presupone la satisfacción del derecho de los ciudadanos a conocerlo a través de las enseñanzas recibidas en los estudios básicos” (STC 337/1994, FF. JJ. 9 y 10)» (FJ 24). Pues, «también desde la perspectiva del art. 27 CE ha de llegarse a la conclusión de que ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto ni tampoco, en particular, de sus apartados 2, 5 y 7, se desprende el derecho a recibir la enseñanza en solo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados. El derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos —esto es, el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia— determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada. De este modo, el derecho a la educación que la Constitución garantiza no conlleva que la actividad prestacional de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente. Y por ello los poderes públicos —el Estado y la Comunidad Autónoma— están facultados para determinar el empleo de las dos lenguas que

son cooficiales en una Comunidad Autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación» (STC 337/1994, FJ 9).

«Se hace preciso, en definitiva, cohonestar en este ámbito el objetivo de la adecuada normalización lingüística de las lenguas cooficiales, por un lado, con el derecho a la educación, por otro, siendo nuestra doctrina que “corresponde a los poderes públicos competentes, en atención a los objetivos de la normalización lingüística en Cataluña y a los propios objetivos de la educación, organizar la enseñanza que ha de recibirse en una y otra lengua en relación con las distintas áreas de conocimiento obligatorio en los diferentes niveles educativos para alcanzar un resultado proporcionado con estas finalidades; y ello al objeto de garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir, durante los estudios básicos en los Centros docentes de Cataluña, enseñanza en catalán y en castellano. Derecho que se deriva no solo de los arts. 3 y 27 CE, sino del art. 3 del EAC” (STC 337/1994, FJ 10), afirmación que, ceñida entonces al contexto de la cuestión resuelta en la citada STC 337/1994, ha de generalizarse aquí para el conjunto del proceso educativo.

Lo anterior supone la necesaria modulación del derecho de opción lingüística en el ámbito de la enseñanza, de manera que, como tenemos repetido, no cabe pretender legítimamente que la misma se imparta única y exclusivamente en una de las dos lenguas cooficiales, por oponerse a ello el mandato constitucional implícito a “los poderes públicos, estatal y autonómico, de fomentar el conocimiento y garantizar el mutuo respeto y la protección de ambas lenguas oficiales en Cataluña” (STC 337/1994, FJ 9) y, en particular, por constituir la enseñanza en las lenguas oficiales una de las consecuencias inherentes, precisamente, a la cooficialidad (STC 87/1983, de 27 de octubre, FJ 5). Siendo así que ambas lenguas han de ser no solo objeto de enseñanza, sino también medio de comu-

nicación en el conjunto del proceso educativo, es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares, siendo en tales términos los particulares titulares del derecho a recibir la enseñanza en cualquiera de ellas. Por tanto, resulta perfectamente “legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo”, aunque siempre con el límite de que “ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma” (STC 337/1994, FJ 10)».

«Cierto que el apartado 1 del art. 35 EAC omite en su literalidad toda referencia al castellano como lengua docente. Sin embargo, no puede entenderse que su silencio en punto a una circunstancia que resulta imperativamente del modelo constitucional de bilingüismo obedezca a un propósito deliberado de exclusión, puesto que el precepto estatutario se limita a señalar el deber de utilizar el catalán “normalmente como lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza universitaria y en la no universitaria”, pero no como la única, sin impedir, por tanto —no podría hacerlo— igual utilización del castellano. En consecuencia, el segundo enunciado del art. 35.1 EAC no es inconstitucional interpretado en el sentido de que con la mención del catalán no se priva al castellano de la condición de lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza. Por lo mismo, el solo reconocimiento de un derecho a recibir la enseñanza en catalán (primer enunciado del apartado 1 del art. 35 EAC) no puede interpretarse como expresivo de una inadmisibles voluntad legislativa de excepción, de suerte que la interpretación constitucionalmente admisible es la que conduce a la existencia de ese derecho a la enseñanza en castellano. Lo mismo ha de decirse del primer enunciado del apartado 2 del art. 35 EAC» (FJ 24).

La desatención de esa confluencia lingüística en el ámbito de la enseñanza, más allá de la polémica (catalana) a propósito de la llamada tercera hora de castellano que la Administración educativa ha pretendido cerrar, en aplicación de la LOE (modificada por la LOMCE), mediante expresa cautela reglamentaria, se pone de manifiesto en la resistencia a una oferta de enseñanza en lengua castellana que no se limite al tratamiento individualizado como instrumento transitorio de refuerzo del alumno lingüísticamente incapacitado para incorporarse a las enseñanzas comunes en el aula. Pues bien, al amparo de la Ley 12/2009, de Educación (cfr. Tít. II Del régimen lingüístico del sistema educativo de Cataluña, cuyos arts. 9.2, 10.2 y 4 y 17 siguen pendientes de un juicio de constitucionalidad), la Administración educativa autonómica se resiste a revisar unas prácticas, objeto de litigios que se han venido sucediendo, en vía contencioso-administrativa, dando lugar a resoluciones desatendidas, generándose una cierta circularidad (entre la dejación y la desviación de poder) que ha llevado a la prescripción judicial de mínimos inexcusables de enseñanza en lengua castellana (cfr., a propósito, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 23 y 28 de abril de 2015, mediante las que, en casación, se considera proporcionada, razonable y ajustada la decisión —de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, de 29 de abril de 2014, dictada en ejecución de sentencia relativa a la enseñanza en castellano— de fijar una **vehicularidad mínima de la lengua castellana** (de un 25 por 100 de las materias troncales o análogas), lo que llevaría a sumar a esa asignatura alguna otra materia curricular. El Tribunal Supremo, en línea con la interpretación sentada por el TC, cuestiona esa desatenta práctica autonómica, dejando sentado que ni la condición de (complementaria) lengua vehicular se satisface mediante su mera oferta como asignatura, ni la alternativa de atención individualizada consigue otra cosa que discriminar a los alumnos, de modo semejante a lo que resultaría de su separación en grupos por razón de la lengua habitual.

C) *De la red de centros docentes (públicos y privados concertados)*

a) Consideraciones preliminares a propósito del servicio público de la educación

En la vigente LOE (modificada en algunos aspectos por la LOMCE), en línea con la modificada LODE, que en esto se remonta a la derogada Ley 14/1970, la **educación** se ha caracterizado como un **servicio público esencial para la comunidad** cuya prestación ha de corresponder no solo a los poderes públicos, sino también a la iniciativa social «como garantía —se precisa— de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza» (Preámbulo); sobre esta caracterización, en el cuerpo (Título IV) de la LOE se especifica ya que «(1)a prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados» (art. 108.4) y se trata de los llamados centros privados concertados (arts. 116 y 117).

De este modo se alcanza un compromiso de **continuidad del régimen de conciertos**, desarrollado con base en el mandato constitucional de ayuda a los centros docentes de conformidad con la ley *ex* art. 27.9 CE, cerrando así el paso a radicalizadas pretensiones contrapuestas en el debate preliminar de la LOE, ya fuese en defensa de una pretendida competencia excluyente de los poderes públicos, ya fuera en demanda de la caracterización de la educación como mero servicio esencial o de interés general que girase en torno a la demanda y no a la oferta de plazas escolares, contra lo finalmente dispuesto (art. 109.2: «Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas, que [...] se declaran gratuitas tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y [...] garantizarán la existencia de plazas suficientes») que no es sino un **modelo de servicio público participado** (cfr., a propósito, FERNÁNDEZ SORIA, 2008, 248-250; en otra tesisura,

cfr. VIDAL PRADO, 2017, 747: «servicio de interés social o general»).

b) De los centros docentes privados concertados y del régimen de conciertos

b.1) De la previsión constitucional de ayuda a los centros docentes de conformidad con la ley

Del **mandato al legislador, ex art. 27.9 CE**, se ha dicho que así como «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda», no puede sostenerse tampoco que integre «un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley que se efectúa en el art. 27.9 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales ([...] como) el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 CE) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 CE)» (STC 77/1985, FJ 11).

Y, conforme a su naturaleza de **prestación**, en la realización de esta tarea el legislador al tiempo que ha de **conjugar** «diversos **valores y mandatos constitucionales** entre sí [...] dentro de los límites que la Constitución establece» deberá observar «la insoslayable limitación de los **recursos disponibles**» (STC 77/1985, FJ 11).

b.2) Del régimen de conciertos

En aplicación de esa doctrina al **régimen de conciertos establecido en la LODE**, al integrar el sentido de su explícita referencia a los centros de educación básica (art. 47.1),

descarta el Tribunal Constitucional la disparatada pretensión de inferir del silencio a propósito de «otras vías de ayuda económica o de otra clase a otro tipo de centros» impedimento constitucional alguno para prever su «concesión a los poderes públicos del Estado o de las Comunidades Autónomas» o contradicción con respecto a otros preceptos constitucionales relacionados (STC 77/1985, FJ 11). Y en esta línea, niega que la regulación de un **módulo económico** para los centros concertados coarte o limite la genérica libertad de enseñanza o la más específica libertad de creación de centros docentes (art. 27.1 y 6 CE), subrayando que, «más bien al contrario, contribuye a crear un mecanismo que favorece su ejercicio, puesto que se ofrece a quienes crean centros docentes privados de enseñanza básica la **posibilidad de optar por una financiación pública**, sin que se impida, por otro lado, que se mantengan al margen del régimen de conciertos, si así lo prefiriesen» (STC 77/1985, FJ 12).

De otra parte, se ha negado una **preferencia** supuestamente indiferenciada a favor de los **centros docentes en régimen de cooperativa**, en atención a que la misma se anuda a la **satisfacción** de «**necesidades de escolarización** de poblaciones escolares en condiciones socioeconómicas desfavorables o que, además, realicen experiencias de interés pedagógico [...]» (STC 77/1985, FJ 30).

En relación con la problemática denegación de sostenimiento con fondos públicos a centros docentes caracterizados por su enseñanza separada por sexos, la jurisprudencia, descartando que esa variante educativa incurra *per se* en discriminación lesiva del art. 14 CE, tiende a modular la discrecionalidad del legislador, mediante una especie de inversión de la exigencia de igualdad (entre tanto se pronuncia el TC en el RI interpuesto, a propósito, contra la LOMCE, cfr. sentencia de la Sala 3.^a del TS de 4 de mayo de 2017 que, sin esperar a la decisión del TC —cfr. VV. PP.—, desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 24 de

septiembre de 2015 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, que había declarado el derecho del centro ALTAIR de Sevilla a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas, por un periodo de tres años).

D) *Derechos de intervención en el control y gestión de los centros docentes «ex» art. 27.7 CE como instrumento de participación (art. 27.5 CE)*

a) Discrecional configuración *ex lege* del contenido básico de los derechos de intervención

A propósito del alcance de la regulación de unos **derechos, expresivos del genérico derecho de participación ex art. 27.5 CE**, la cláusula constitucional de remisión se ha interpretado en el sentido de habilitación a un **legislador** que, a salvo el contenido esencial y otros mandatos y reservas constitucionales, dispone de un delimitado margen de **discrecionalidad** para articular una cláusula de formulación abierta pero restricto ámbito de actuación (STC 77/1985, FJ 21).

A falta, pues, de concreción constitucional, la regulación de esos derechos de intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos queda a un **legislador** (art. 27.7 CE) que, en todo caso, ha de regular dos **determinaciones esenciales** acerca del «**carácter de la participación** que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos» y de la «**determinación genérica y general para todo el territorio del sistema de órganos** en que esa **participación** haya de expresarse» (STC 137/1986, FJ 4).

Del **carácter de la participación** se ha dicho que «puede revestir, en principio, las **modalidades** propias de toda **participación**, tanto **informativa** como **consultiva**, de **iniciativa**, incluso **decisoria**» (STC 77/1985, FJ 21; cfr. STC 5/1981, FJ 15); y respecto del

régimen de intervención, que, sin excluir una posible **modulación autonómica** siempre que no se pretenda la articulación de un modelo de participación distinto del establecido en la legislación estatal, «en la definición del **esquema básico de órganos de participación** hay que considerar como “básica” la formación que profile, en sus líneas fundamentales, el “sistema de gobierno” escolar, esto es, la previsión de **órganos unipersonales y colegiados**, el **modo de integración** de estos últimos (su composición o no trimembre y los mínimos de participación respecto de los diferentes componentes de la comunidad escolar) y sus **atribuciones esenciales**» (STC 137/1986, FJ 4).

- b) Centralidad de los órganos colegiados como cauce institucional de participación de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos

Ya con ocasión del examen de las previsiones de la LOECE, la **participación en órganos colegiados** se caracterizó de razonable «cauce institucional [...] ya que las decisiones más importantes para la comunidad escolar habrán de tomarse en tales órganos de gobierno» teniendo en cuenta que ello se complementa con **formas adicionales de participación**, como «la realización individual [...] de aquellas gestiones (conversaciones de los padres con los profesores o quejas formuladas por algún padre al titular o director del centro, etc.) tendentes a resolver problemas no atribuidos a la competencia de algún órgano colegiado» (STC 5/1981, FJ 18).

En cuanto a la diversa **participación** de los miembros de la **comunidad escolar**, en síntesis, se ha dicho: respecto de los **profesores**, que su derecho a participar en el control y en la gestión de los centros de enseñanza no es garantía de acceso al cargo de Director para lo que es preciso algo más que prestar sus servicios en el respectivo centro (STC 47/1990,

FJ 6; cfr. SSTC 212/1993, FJ 5; 80/1994, FJ 4); respecto de los **padres**, que la discrecionalidad del legislador no alcanza a la imposición de un exclusivo cauce asociativo para una participación que muy bien puede articularse mediante elección de representantes en elecciones directas (STC 5/1981, FJ 19); y, por último, respecto de los **alumnos**, que la intervención, «en su caso» (art. 27.7 CE), como derecho fundamental precisado, como con respecto a los profesores y padres, de regulación, a los aspectos básicos, puede sumar otros conexos que, según es notorio, admiten una eventual contribución legislativa por parte de las CC. AA. competentes por razón de la materia (STC 5/1981, FJ 28).

La participación de la comunidad educativa en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (centros públicos y centros privados concertados) será garantizada por las Administraciones educativas a través del Consejo escolar, en el desempeño de las concretas funciones que, *ex lege*, se le atribuyen (cfr. STC 37/2018, FJ 5, que declara conforme al art. 27.7 CE la restrictiva reforma LOMCE de la LOE, pues, si bien se advierte que donde antes se habían previsto intervenciones decisorias, ahora se prevén solo atribuciones consultivas y de informe, en todos los aspectos analizados, se constata que la participación del Consejo escolar, en todo caso, se mantiene; cfr., en detalle, en IV.2. A.c.1, 2.º).

IV. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

1. Concepto

La **libertad de enseñanza**, en su expresa conjunción con el derecho de todos a la educación, comporta una **novedad constitucional, parcialmente explicitada** en el prolijo tenor del art. 27 CE y aun en otras disposiciones relacionadas y, en todo caso, en lo relativo a posibles contenidos instrumentales a su pleno y efectivo ejercicio, si no desconocidos, desconsiderados en el debate constituyente

(cfr. ALZAGA, 1978, 257-258), **integrable ex art. 10.2 CE** a la luz de los estándares *ius* internacionales de referencia.

A fin de dar cuenta de la inexcusable exigencia de **aproximación sistemática y teleológica** al efecto de integrar, inmediata o mediatamente, su sentido y alcance, ya con ocasión del enjuiciamiento de la derogada LOECE se avanza que «la **libertad de enseñanza** que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como una **proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones** que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [especialmente, arts. 16.1 y 20.1.a)]. Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el art. 9 del Convenio [...] (CEDH), en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales [...] según dispone el **art. 10.2**» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7).

Pues bien, de esta aproximación inicial se sigue la caracterización de la llamada libertad de enseñanza en sus diversas facetas, como una colectiva o **compleja libertad**, integrada por diversas **libertades** cuya titularidad corresponde, así como a determinados **miembros** integrantes de la **comunidad escolar**, a las **personas físicas y jurídicas a las que** ex art. 27.6 CE expresamente **se reconoce la libertad de creación de centros docentes**; se trata, pues, de una **libertad comprensiva de otras libertades** (cfr. ORTIZ, 1980, 245; EMBID, 1983, 242) que, en el marco del servicio público educativo que, de ordinario, resulta de su conjunción con el derecho de todos a la educación (cfr. DE PUELLES, 1980, 506: libertad de enseñanza, incompatible solo con un monopolio educativo estatal; Tomás y Valiente, en VP a STC 5/1981, I: reconocer la libertad de enseñanza supone que «el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural regido por la libertad»; en otro plano, a título de ejemplo, cfr.

STS 24 de enero de 1985, FJ 6), trascienden de la **dimensión** meramente **negativa** que tópicamente las distingue y, en la medida en que participan de su prestación, presentan una **faceta positiva** (cfr. GARRIDO FALLA, 1980, 344) que, cuando no es meramente adicional, deviene una proyección principal y, en todo caso, integra un derecho de participación instrumental al efecto de la plena y efectiva realización del derecho de todos a la educación (cfr. III. D).

2. Contenidos

En el primero de sus hitos en la materia, mediante un conocido párrafo, que es objeto de cita recurrente, presenta el Tribunal Constitucional desglosados, en todo o en parte, los contenidos integrantes de esa **libertad de enseñanza** que expresamente se reconoce en el art. 27.1 CE, y que como «actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores [...] **implica**, de una parte, el **derecho a crear instituciones educativas** (art. 27.6) y, de otra, el **derecho** de quienes llevan a cabo personalmente la función **de enseñar**, a desarrollarla **con libertad dentro de los límites propios del puesto docente** que ocupan [art. 20.1.c)]. Del principio de libertad de enseñanza deriva **también** el **derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos** (art. 27.3). Se trata en todos los casos —prosigue el Tribunal Constitucional— de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador» (STC 5/1981, FJ 7; cfr. VP I.5).

Pues bien, en lo que sigue se trata, en el orden de su presentación en el párrafo precedente, sin perjuicio de que en el mismo se refiera el todo o solo una de sus partes, de las **facetas expresivas de la específica libertad de**

enseñanza de los titulares de las instituciones educativas, *ex art. 27.6 CE (A)*, de los **docentes**, *ex art. 20.1.c)*, en relación con art. 27.1 CE (B), y de los **padres** [...] *ex art. 27.3*, en relación con art. 27.1 CE (C), respecto de las que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse.

A) *Libertad de creación de centros docentes*

a) Caracterización: específica faceta de la genérica libertad de enseñanza

La **libertad de creación de centros docentes**, como **específica manifestación de la libertad de enseñanza**, lógicamente no podría confundirse con la misma y no se proyecta a todas las facetas de tan comprensiva libertad.

En este sentido, **no integra enseñanzas ocasionales** de ideas o creencias que, como otras manifestaciones *ius* fundamentales *ex art. 16.1 CE* (cfr. EMBID, 1983, 237), se sujetan solo al orden público protegido por la ley, **ni** podría confundirse con esa **mera manifestación de opiniones** que constitucionalmente integra la libertad de expresión *ex art. 20.4 CE*, limitada por los demás derechos fundamentales y la cláusula de protección a la juventud y a la infancia (bien que anexa a la libertad docente, cfr. la tentativa de una *libertad de expresión docente*, FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1996, 238).

Esta específica faceta de la libertad de enseñanza incluye, en cambio, la posibilidad de creación, extramuros de las enseñanzas regladas, de instituciones docentes o educativas, lo que da cuenta de una **especificidad** que se corresponde con «la **continuidad y sistematicidad de la acción educativa** (que) justifica y explica que [...] haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión (y que tenga) la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios consti-

tucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución [...] no consagran derechos fundamentales y la muy importante (art. 27.2 CE) de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (STC 5/1981, FJ 7).

Sobre esta exigencia de base, común a cualesquiera manifestaciones del ejercicio del derecho, la actividad docente de los **centros creados** que pretendan insertarse en el **sistema educativo** para «impartir **enseñanzas regladas**» tendrá que acomodarse tanto a la común orientación directiva *ex art. 27.2 CE*, en relación con art. 13 *PIDESyC*, como «a los **requisitos que el Estado imponga** para los centros de cada nivel» (STC 5/1981, FJ 7 —cfr. VP I.10—; doctrina reiterada, STC 37/2018, FJ 3, *in fine*); **a falta de autorización no se pueden impartir las enseñanzas regladas**, pero la **oferta de otras enseñanzas** (sistemáticas y ordenadas) no integradas en el sistema educativo **no constituye delito**.

b) Titularidad

Con ocasión del control de constitucionalidad del proyecto LODE, se consideran justificadas ciertas **prohibiciones y restricciones** de la **aptitud para ser titular** de centros docentes privados.

En cuanto a la **titularidad de personas físicas**, se ha estimado justificada la prohibición a aquellas que prestasen sus servicios en las Administraciones educativas, así como de las personas que pudieran tener antecedentes penales por delitos dolosos o bien hubiesen sido privados de ese derecho mediante sentencia judicial firme; restricción y prohibiciones que se harían extensivas a las personas jurídicas que pretendiesen ejercer ese mismo derecho, siempre que las personas físicas en cuestión fuesen a desempeñar cargos rectores o fueran titulares al menos del 20 por 100 del capital social.

Y ello con base en un diverso y acumulado fundamento constitucional sustentado, en síntesis, en exigencias de neutralidad y salvaguarda de los intereses generales (art. 103.1 CE), en el primer caso; en las directivas de protección a la juventud e infancia y de garantía del pleno desarrollo de la personalidad del alumno, *ex arts.* 20.4 y 27.2 CE, en el segundo supuesto... y en el cúmulo de esos elementos en el supuesto de **prohibición relativa a las personas jurídicas** (STC 77/1985, FJ 29).

c) Contenido

Sin entrar en el debate relativo a las diversas facetas integrantes del **derecho a la creación de centros docentes**, es preciso advertir acerca de dos extremos, que no existe un régimen único de los centros docentes privados como consecuencia de un sistema de conciertos educativos que impone una neta divisoria entre los concertados y no concertados y que la jurisprudencia, que gira sustancialmente en torno a los primeros, se presenta en relación con **dos** de las tópicas **facetas** del derecho, las de **derecho a la dirección** y **derecho al establecimiento del ideario** de los centros.

c.1) El derecho a la dirección del titular: caracterización, contenido (esencial) y limitaciones

— Caracterización. En la jurisprudencia queda de manifiesto que el reconocimiento del derecho a la dirección de los centros docentes privados, es la consecuencia necesaria del «**acto de creación o fundación** de un centro (que) **no se agota en sí mismo**, sino que [...] se proyecta en el tiempo y que **se traduce en una potestad de dirección del titular** (cfr. cuarto y último párrafo del art. 13 *PIDESyC*, a propósito del término *dirección*)» y que «**no se confunde con el de fijar un carácter propio del centro**» respecto del que «**es más bien una garantía, aparte de que tenga otros contenidos**» (STC 77/1985, FJ 20).

— Contenido (esencial). En línea con el primero de sus hitos en la materia, en el significativo FJ 20 de la STC 77/1985 se subraya la pertinencia de una doble aproximación, en **perspectiva positiva y negativa**, al efecto de precisar «(e)l **contenido esencial del derecho a la dirección**».

Si mediante el **enfoque negativo** se da cuenta de una **cláusula de indemnidad** que ampara al titular del derecho frente a la pretendida limitación de un derecho a la dirección cuyo discrecional ejercicio en ningún caso podría quedar laminado o imposibilitado, ni gravemente dificultado o lastrado, desde la **perspectiva en positivo**, se alude al **conjunto de facultades** que permiten al titular el discrecional ejercicio «(d)el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado» (STC 77/1985, FJ 20; doctrina reiterada, cfr. STC 176/2015, FJ 2).

— Limitaciones. Este discrecional ejercicio del derecho por parte de su titular podrá resultar limitado, sin perjuicio de la exigencia de garantía de su contenido esencial, en virtud de intervenciones en ese espacio directivo al amparo de **títulos constitucionales de intervención**, sea de las Administraciones educativas en **ayuda económica de los centros** (1.º), sea de los miembros de la comunidad escolar en su contribución a las tareas de **control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos** (2.º).

1.º Una de esas posibles limitaciones resulta de la **intervención estatal** *ex art.* 27.9 CE. Intervención de la Administración educativa que, de conformidad con lo que la ley establezca, consiste en la prestación de ayuda económica a los centros educativos que reúnan los requisitos establecidos al efecto «a través de la **financiación total o parcial** de

la actividad», lo que, como es obvio, «supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales [...] respecto a dichos centros» (STC 77/1985, FJ 20).

De otra parte, sin perjuicio de la sujeción a derecho (administrativo) del régimen de solicitud y tramitación, duración, prórroga y extinción de los conciertos educativos, número de unidades concertadas, etc., en el marco de programación de la oferta de plazas disponibles en la red de centros públicos y privados concertados, las **Administraciones educativas** quedan obligadas a una laboriosa tarea de **armonización** de las exigencias de **garantía pública del derecho de todos a la educación** y de los **derechos de alumnos, padres y tutores** (art. 109.1 LOE) de notoria incidencia en la distribución y encaje de la demanda de las plazas escolares disponibles en los centros docentes, públicos y privados concertados, que integran la red que se presta el servicio público de educación.

Pues bien, la **cuestión** a plantear es si en el desempeño de esa tarea de **asignación del exceso de demanda** a las plazas disponibles puede llegar la Administración educativa a constreñir en exceso el derecho del titular del centro concertado a participar en el procedimiento de admisión de alumnos; si no es ociosa, en un contexto de creciente desajuste de la demanda de plazas escolares disponibles, la **cuestión** se formula mejor si se enfoca como **relativa al derecho de las familias a la libre elección de centro docente** y no en la reversa perspectiva de un **pretendido derecho de admisión** o del más modesto derecho a participar en el proceso de admisión del alumnado (IV.2. C).

Con ocasión del enjuiciamiento del art. 84.3 LOE, modificado por la LOMCE, partiendo de la doctrina previa (STC 77/1985; a propósito de la creación de universidades, cfr. STC 176/2015, FJ 2), mediante STC xx/2018, OJO FALTA NÚMERO FJ 4.b) se acomete una **lectura restrictiva de la discrecionalidad del**

legislador, en el marco del art. 27.9 CE, que tiene su correlato en una **extensiva integración de la expectativa de subvención pública**, de la que resulta una especie de **implícita ius fundamentalidad, en virtud de una lectura sistemática de la LOE** —art. 184.3, en relación con arts. 108, 109 y 116— **insuflada de cláusula antidiscriminatoria**), mediante indiscriminada concertación, de los centros privados caracterizados por su oferta de enseñanza separada por sexos. La secuencia argumental es la siguiente: «La financiación pública de los centros educativos privados responde, esencialmente, a lo dispuesto en tres preceptos constitucionales (...) el artículo 27.9 CE, a tenor del cual “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” (... y los artículos 27.4 CE (enseñanza básica obligatoria y gratuita) y 9.2 CE...)» (*ibidem*).

Y, en consecuencia, «si bien el anclaje constitucional de la financiación pública se encuentra, básicamente, en el art. 27.9 CE, no puede obviarse que el apartado 4 de ese mismo precepto constitucional impone la gratuidad en la educación básica (como) derecho de prestación (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3) (pues, de la) “estrecha conexión (...) derivada de la unidad de su objeto (...)” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3)» resultaría una cierta «exigencia de gratuidad de la enseñanza (*ex art. 27.4 CE*)» (*ibidem*); una **gratuidad garantizada constitucionalmente** (que, por tanto) **no puede referirse exclusivamente a la escuela pública**, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría (la im)posibilidad real de elegir enseñanza en cualquier centro privado. Ello cerceñaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrados en el art. 27.6 CE (cfr. STC 176/2015, FJ 2, y STC 77/1985, FF. JJ. 9 y 20). En este sentido —se insiste—, **la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el artículo 27.4 CE**» (*ibidem*).

Dicho esto, se torna a considerar la doctrina tradicional, al efecto de **modular el alcance inusitado de las afirmaciones precedentes, mediante cita de las SSTC 86/1985 y 77/1985**, precisando que «una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación» (*ibidem*).

A propósito, se recuerda que, mediante la STC 86/1985, FJ 3, se dijo que «el derecho a la educación —a la educación gratuita en la enseñanza básica— no comprende el derecho a la gratuidad en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» y que «el art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra... un derecho subjetivo a la prestación pública (salvada la exigencia de no) contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo (ni) el respeto al principio de igualdad»; y que, mediante STC 77/1985, FJ 11, se puntualizaría que el art. 27.9 CE «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda» (*ibidem*).

La conclusión (controvertible desde una lectura ortodoxa de la jurisprudencia citada en su apoyo; cfr. VV. PP. Xiol, Valdés y Balaguer) es que el **modelo pedagógico de educación diferenciada «ni es discriminatorio per se (... ni contradictorio con) la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad de los términos del art. 9.2 CE»** (*ibidem*).

Reconocido que «existe una obligación positiva de fomento de aquellas formulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas», se puntualiza que «de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a

los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada (pues, n)o existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales» (Y, si) «no existe ningún elemento que conduzca a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente, lo determinante será el análisis de cada centro en particular», mediante la inspección educativa al efecto de hacer que se cumpla la obligación impuesta, *ex art.* 83.4 LOE, a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y solo a estos, de «exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad» (*ibidem*). Y, en consecuencia, «la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso» (*ibidem*).

2.º Intervención de la **comunidad escolar** en el **control y gestión** de todos los **centros sostenidos** por la Administración **con fondos públicos**, *ex art.* 27.7 CE. Esta variedad del derecho de participación se encauza en un Consejo escolar cuyas funciones necesariamente han de observar el contenido esencial del derecho del titular del centro (STC 77/1985, FJ 21); al efecto resulta determinante la **regulación** de un **legislador** que, en el marco de un ordenamiento que tiene al pluralismo político como uno de sus valores supe-

riores (art. 1.1 CE), armonizará los derechos de los miembros de la comunidad escolar y los del titular del centro de cuya imbricación se trata **con diverso acento**, según la mayoría política, a condición de no privarles de su ejercicio (jurisprudencia constante, desde la STC 5/1981 a la reciente STC xx/2018, FJ 5 OJO FALTA, que, partiendo de la expresiva imagen de «un proceso de fertilización mutua» y «de la amplia discrecionalidad (de)l legislador», recuerda que «las facultades derivadas de (este) derecho de participación (...) pueden ir desde el mero informe o consulta hasta el ámbito de la codecisión, siempre (...) que no se despoje de la titularidad del centro, o a su director si es diferente del titular, de la posibilidad de ejercitar el haz de posibilidades de actuación que dimana del contenido esencial del derecho (sin) que la participación quede (necesariamente) garantizada respecto de todas y cada una de las decisiones que integran el haz de facultades (de) la titularidad del centro».

Pues bien, en esta perspectiva, se han examinado las **limitaciones** que para el **derecho del titular** del centro concertado resultaban de la atribución de **funciones al Consejo escolar** a propósito de la **designación y cese del Director**, de la **contratación y despido del profesorado** y en relación con **otros ámbitos** relativos a la Dirección de los centros docentes. En lo que sigue, se trata de la jurisprudencia en su evolutiva concreción.

Con ocasión del control (previo) de constitucionalidad sobre la LODE, se dejaría sentado que la **participación del Consejo escolar** en la **designación y cese del Director del centro** se ha considerado una **limitación compatible con el derecho del titular a dirigir el centro**. En cuanto a la **elección**, se consideró que las preferencias del titular quedan razonablemente garantizadas, tanto en el caso de una designación directa con el acuerdo del Consejo escolar, como en el supuesto de la propuesta de una terna de entre cuyos componentes, como quiera que se interpreta que sería la única a considerar, se designaría

al Director (STC 77/1985, FJ 22). Y en el caso de **cese**, se estima que la limitación que para el titular del centro resulta de la exigencia de un acuerdo al efecto con el Consejo escolar estaría justificada en tanto que garantía de mantenimiento de la estabilidad del desempeño de una tarea directiva, sin que por lo demás se impida la adopción de propuestas alternativas que pudiesen contar con el asentimiento del Consejo escolar (STC 77/1985, FJ 23).

Otro ámbito de **limitación** de las facultades directivas del **titular del centro** se advertiría en materia de **contratación y despido del profesorado**. Y no sin un esfuerzo de integración hermenéutica se salvaría la modalidad LODE de sujeción de decisiones directivas en materia de contratación y despido del profesorado, a un complejo procedimiento, de concertación y, a falta de acuerdo, conciliación, que a la ordinaria concurrencia del titular y un representante del consejo escolar, suma una extraordinaria tarea cogestora de la Administración educativa a la que aún se habilita al efecto de una eventual adopción de medidas provisionales (STC 77/1985, FJ 24). Así pues, solo en caso de que «no habiendo acuerdo, la voluntad del titular fuera sustituida, privándole así de la **facultad de decidir**» podría haberse considerado lesionada una facultad de elegir que mediante articulación de la «concurrencia de voluntades [...] se habrá visto **condicionada y restringida** en su ejercicio, pero en modo alguno suprimida» (*ibidem*); a ese condicionamiento de las facultades directivas del titular se suma, cuando del despido de docentes se trata, una particular exigencia de estabilidad y seguridad de relaciones contractuales a las que subyace la libertad de cátedra (STC 77/1985, FF. JJ. 25-26).

En fin, una **intervención** del Consejo escolar **limitadora** de las facultades directivas del **titular** se proyectaba en otros ámbitos concernientes al desempeño de la dirección del centro, a propósito de decisiones en **materia presupuestaria**, o en cuestiones relativas al **régimen interior** y de **disciplina** en

el centro y, desde luego, en todo lo relativo a la aprobación y evaluación de la **programación general del centro** (STC 77/1985, FJ 27).

Pues bien, con ocasión del control de constitucionalidad contra la LOMCE (por lo que aquí respecta, por la nueva redacción de diversos apartados de los arts. 127 y 132, LOE, y 57, 59 y 60 LODE), mediante STC 37/2018, se vuelve sobre el derecho de los profesores, padres, y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, *ex art.* 27.7 CE, en centros públicos y sostenidos con fondos públicos.

En cuanto a los centros públicos, se constata que «el Consejo escolar pierde (...) las competencias codecisorias de que disfrutaba con anterioridad (pues) ya no le corresponde “aprobar” los proyectos educativos y las normas de organización, funcionamiento y convivencia (...) y solo le resta la facultad de evaluarlas (otorgándose) al director del centro esa competencia de aprobación de todos los proyectos y normas de referencia (lo que, en aplicación de su previa modulación, le lleva a declarar que ello) se encuentra dentro del rango constitucionalmente permisible (pues) si bien rebaja la intensidad de participación de la comunidad educativa (esa nueva regulación) no incide en el contenido consagrado en el art. 27.7 CE». Y otro tanto, se concluye a propósito de su mera función de informar en materia de admisión de alumnos y de obtención de recursos complementarios. Y, en relación con los centros concertados, a la tacha opuesta a la severa modificación de la participación del Consejo escolar en el procedimiento de designación del director del centro, en la gestión del profesorado y a propósito, en fin, de la modificación del art. 57 LODE, relativo a las competencias del Consejo escolar, mediante una lectura selecta de la doctrina precedente, se reconoce que «es evidente que el nivel de la intervención del Consejo escolar en la gestión y control del centro se ve considerable-

mente reducido, pero no hasta el límite de vulnerar el contenido esencial del derecho de participación (que) sigue existiendo en todos los aspectos analizados» (FJ 5, *in fine*).

c.2) El derecho a establecer un ideario educativo: caracterización, contenido y limitaciones

— Caracterización. Del **derecho a establecer un ideario educativo** se destaca un carácter **instrumental al derecho de creación** del que, en tanto que forma parte del acto mismo de su (re)creación, lógicamente es parte; en esa misma medida, la decisión a propósito del ideario de un centro integra uno de los elementos a considerar en el marco del procedimiento de autorización administrativa (STC 5/1981, FJ 8). Por lo demás, que lo determinante de esa facultad no está en la etiqueta, queda de manifiesto al subrayarse la equivalencia de las expresiones **ideario** y **carácter propio** (STC 5/1981, FJ 8); algo que, de otro modo, podría formularse como inequívoca distinción entre aquello que, como faceta del derecho de creación de centros docentes, queda vedado al legislador y aquello de lo que discrecionalmente dispone.

— Contenido. El derecho a establecer un ideario propio, como **derecho autónomo**, no queda limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa y, por eso, aunque directamente relacionado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, no se ha de considerar como su mero instrumento (cfr. VP —I.7— a la STC 5/1981: interpretación del ideario restricta, expresiva solo del carácter ideológico al margen de otros aspectos pedagógicos, lingüísticos, etc., e instrumental a la garantía *ex art.* 27.3 CE).

Al no estar limitado a los aspectos morales o religiosos, el **ideario educativo** o **carácter u orientación propios** de un centro resulta de una discrecional decisión del titular que si

«bien puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad», necesariamente se ha de poner en su **contexto constitucional**, el que resulta «del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la CE y en el art. 13.1 del Pacto [...] (*PI-DESyC*) y, en cuanto se trate de centros que [...] hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, FJ 8).

— Limitaciones. El ejercicio de esa **delimitada facultad directiva** que consiste en la adopción de la decisión definitiva del ideario o específico carácter del centro docente se ha de cohonestar con exigencias derivadas del régimen de su **autorización administrativa** (1.º) y de la concurrencia de **derechos** de los otros miembros integrantes de la **comunidad escolar** (2.º).

1.º Ideario del centro y exigencia de autorización administrativa. Se entiende bien que, como expresión de lo específico de su carácter, «el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de **autorización reglada** a que la ley [...] sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados» (STC 5/1981, FJ 8). No se entendería, en cambio, una práctica de **extensiva exigencia** de autorización administrativa, atendida la inexcusable exigencia de publicidad que la articulación del sistema educativo comporta, de forma indiscriminada, a **centros** docentes privados que previamente hubiesen sido ya **autorizados** (STC 77/1985, FJ 10).

A propósito de la oferta de enseñanza separada por sexos como manifestación del derecho al establecimiento de un ideario propio, se remite a la STC 37/2018, FJ 4 [cfr. en IV.2. A.c).1.1.º].

2.º Ideario del centro docente y derechos de otros miembros de la comunidad escolar. Con carácter general, el **efecto limitante** que la declaración del **ideario** tiene sobre «los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar —profesores, padres y alumnos—» **se justifica** por el **derecho del titular** a establecer el carácter propio del centro y el **derecho de los padres** a escoger para sus hijos una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones que, si bien no agota ese derecho del titular, guarda estrecha conexión con el mismo (STC 77/1985, FJ 9).

En cuanto al detalle de los eventuales conflictos en el ejercicio convergente de unos y otros derechos, a propósito del **derecho de los padres**, se ha dicho que el ejercicio discrecional de su derecho de elección de centro con un ideario determinado **no está exento de límites**, por lo que no ampara la hipótesis de imposición por su parte de orientaciones o actividades contradictorias con tal ideario; ahora bien, como el ideario no carece tampoco de un límite de resistencia, nada se opone a la legítima pretensión de que en el centro «se adopten decisiones que [...] no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio serio y objetivo, contrarias al ideario» (STC 77/1985, FJ 9; cfr. STC 5/1981, FJ 8).

En relación con los **profesores** se ha declarado que, si bien es cierto que la existencia conocida de un **ideario** no obliga «ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en **propaganda o adoctrinamiento**, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el **rigor científico** impone a su labor», no es menos cierto que el Profesor ha de ejercer su libertad sin perder de vista el concreto puesto en el que desempeña su labor docente, ya que la misma **no le faculta** «para dirigir **ataques** abiertos o solapados contra ese **ideario**, sino solo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquel» (STC 5/1981, FJ 10); a propósito, se establece

una **distinción** entre «los **aspectos** propiamente **educativos o formativos de la enseñanza**», ámbito en el que se habría de atender más al ideario, y «la **simple transmisión de conocimientos**», terreno en el que habrían de primar, en cambio, las exigencias de la enseñanza (STC 5/1981, FJ 10).

En consecuencia, «una **actividad docente hostil o contraria al ideario** de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular» de acreditarse la existencia, no de «simple **disconformidad**», sino de un «**ataque abierto o solapado** al ideario del centro» (STC 47/1985, FJ 3).

B) *Libertad de cátedra (referencia y remisión)*

La cláusula constitucional de reconocimiento de la **libertad de cátedra** [art. 20.1.c) CE], interpretada en conjunción con los derechos y libertades educativas, en particular, con el de creación de centros y la adopción de ideario educativo, y otros derechos fundamentales colindantes (contraste entre **libre expresión** y libertad de cátedra del docente, cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1996, 231), presenta una **doble faceta** negativa y positiva que se concreta en atención de unas características del puesto docente que, en lo sustancial, determina «la acción combinada de **dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente** [...] y el **nivel o grado educativo**» (STC 5/1981, FJ 9).

En los **centros docentes públicos de cualquier grado o nivel** la libertad de cátedra «tiene un **contenido negativo uniforme** [...] que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica [...] que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de(l) amplio margen de los principios constitucionales [...] es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales

([...] y) tiene también un **amplio contenido positivo** [...] **que e)n los niveles inferiores [...] va disminuyendo**, puesto que [...] son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no por el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y son también esas autoridades las que establecen [...] el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (art. 27.5 y 8) [...] que) no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones» (STC 5/1981, FJ 9; cfr. VP).

En cuanto a los **centros privados**, en que la definición del puesto docente resulta de sumar a las **características propias del nivel educativo** el **ideario** que integra la libertad de enseñanza del titular, la «intrusión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería [...] al mismo tiempo, violación [...] de la libertad de enseñanza del propio centro» (STC 5/1981, FJ 10).

Y en el **grado superior** de la enseñanza, sobre su nuclear dimensión de libertad negativa, la libertad de cátedra integra una dimensión añadida en el marco institucional universitario (exigencias relativas a la materia que integra el temario y en atención a la ordenación y organización docentes y modalidades y criterios de evaluación), auténtica base y espacio de esa garantía *ius* fundamental (STC 212/1993, FJ 4; STC 217/1992; y, como hito en la materia, STC 26/1987 —cfr. en V—).

C) *Derechos educativos de los padres*

a) Consideraciones preliminares

En lo que sigue se trata de los títulos que acreditan la posición jurídica de las **familias** en relación con la **educación** de sus **hijos** y menores a su cargo; en un marco de prestación del servicio público de educación, mediante centros públicos y centros privados concertados, compatible con la libre creación de cen-

tros de titularidad privada ajeno a la red de la oferta pública educativa, ello se resume en el derecho a la **libre elección de centro** docente (b) y en la garantía de que la **enseñanza religiosa y moral** que reciban sus hijos sea **conforme a sus convicciones** (c).

En este sentido, resulta clarificadora la matización apuntada por el Tribunal Constitucional en el primero de sus hitos en la materia, en el sentido de **distinguir** entre el **derecho** de los padres **a decidir la formación religiosa y moral** que sus hijos hayan de recibir (art. 27.3 de la CE) y el **derecho a elegir centro docente** (art. 13.3 del Pacto [...] *PID-CyP*) que, si bien es cierto que, en la medida en que la elección de centro docente es en sí misma un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral, ya abarca esa específica garantía, su contenido, por ser expresivo de un ideario que no se limita a esa sola dimensión, necesariamente la trasciende (cfr. STC 5/1981, FJ 8).

Por lo demás, integrar esos **derechos conexos** impone una consideración acerca de su **diverso rendimiento**. La **libertad de elección** de centros docentes, si bien se proyecta a cualesquiera centros docentes, ampara la libertad de las familias de elegir para sus hijos centros o **instituciones docentes distintas de las creadas por los poderes públicos**, en cambio la **exigencia de adecuación a las propias convicciones** de la formación religiosa y moral de los hijos, salvo en la hipótesis de confusión con la anterior, opera como **cláusula de garantía de inmunidad** de las propias convicciones; una cláusula integrante del orden público constitucional, que resulta oponible en cualesquiera centros, pero que alcanza su sentido pleno solo en aquellos centros que prestan el servicio público de educación, y ello tanto si se funge como cláusula de exención de materias no obligatorias —o, acaso, de contenidos de materias obligatorias—, como si alcanzase a tener una **dimensión positiva**, en virtud de un adicional reconocimiento infra constitucional de su prestación en el marco del servicio público educativo.

b) Derecho a la elección de centro docente

b.1) Solicitud e insuficiencia de plazas (criterios prioritarios de selección)

A propósito de los criterios legislativos relativos a la gestión de los supuestos de **insuficiencia de plazas escolares**, mediante valoración de las **solicitudes de admisión** según «**criterios prioritarios de selección**, atendiendo a la situación económica de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro» se ha puesto de manifiesto que, en la medida en que, como **criterios objetivos**, contribuyen a evitar una selección arbitraria, refuerzan la efectividad del derecho a elección de centro docente; los criterios prioritarios no reemplazan unas decisiones de las familias que son previas, sino que partiendo de la manifestación de las preferencias por unos determinados centros docentes, encauzan y ordenan el conjunto de la demanda mediante selección y asignación de las plazas escolares disponibles en un proceso objetivo (STC 77/1985, FJ 5; cfr. STS de 5 de octubre de 1999 y, por extensión, GARCÍA PARDO, 1998); objetividad que se habría de considerar fallida en caso de inaplicación ilegal del baremo a las solicitudes.

En la **hipótesis** de que una Administración educativa procediese a «dictar normas generales adscribiendo a los alumnos a los diversos Centros, con independencia de las preferencias de padres o tutores» (STC 77/1985, FJ 5) el **cuestionamiento** del derecho sería ya **sistémico**, no ocasional. Que concurriese esa hipótesis se ha negado, con ocasión del examen de constitucionalidad de la LODE, al estimarse que en la misma «no se hace referencia alguna ni a la emisión de normas generales administrativas sobre admisión de alumnos, ni al destino forzoso de éstos a Centros escolares, independientemente de la voluntad de padres o tutores» (STC 77/1985, FJ 5). Y, ya en un plano administrativo, otro tanto cabe sostener a propósito del proceso de asignación de plazas escolares en unas **comisiones de escolariza-**

ción que, en consecuencia con los desajustes en las preferencias electivas de las familias, ocasionalmente impulsan una oferta adicional por parte de determinados centros concertados integrantes de la red de un modo que no solo no desconoce, sino que pretende atender la expectativa de las familias (en clave competencial, cfr., *a. e.*, STC 271/2015, de 17 de diciembre).

Por lo demás, la ordenación de la oferta, conforme a criterios objetivos establecidos mediante ley, opera en un contexto de observancia de **otros** diversos **bienes jurídicos**, como la **conveniencia didáctica** (cfr. STS de 8 de marzo de 2002) o la **garantía de continuidad** del alumno en el centro al excluirse de ese proceso el acceso a los cursos, ciclos o etapas siguientes (STSJ de Galicia de 12 de marzo de 1999), que se suma a las limitaciones presupuestarias que dan la medida del alcance de la prestación.

b.2) ¿Derecho a la elección de centro docente por razón de la lengua?

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la respuesta se enmarca en un **sistema educativo** que destaca por las **notas de ordenación y prestación**, por el carácter reglado de la actividad educativa y la gradual prestación de un servicio público de efectividad dependiente de los recursos disponibles.

Que la actividad ordenadora del sistema educativo sea una reglada que se gesta en la sucesiva y complementaria regulación e intervención pública al efecto de determinar currículos, enseñanzas mínimas, áreas de cada etapa educativa, etc. le conduce a sostener que «el derecho a la educación que la CE garantiza no conlleva que la **actividad prestacional** de los poderes públicos en esta materia pueda estar condicionada por la libre opción de los interesados de la lengua docente [...]» (STC 337/1994, FJ 9). Que su efectiva realización dependa de los **recursos disponibles** (cfr. STC 86/1985, FJ 4), le permite enfatizar que «los asignados al mantenimiento de centros docentes no han de acudir, incondicionalmente, allá

adonde vayan las preferencias individuales [...] sin que pueda [...] *ex art. 27 CE* [...] hacer(se) valer en cualquier centro docente público» (STC 195/1989, FJ 4; STC 19/1990, FJ 5).

Con base en ese enfoque, se pronuncia el Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la **pretensión** de las familias de que sus hijos pudiesen recibir **enseñanza** en el centro público de su elección en la **lengua cooficial** de su preferencia, el **valenciano** (1.º) o la **lengua española oficial** (2.º).

1.º Del derecho a la enseñanza en lengua cooficial: ¿libertad o prestación? A la exigencia de prestación pública de **gastos** derivados de tener que acudir a un centro alejado del domicilio familiar como consecuencia de limitada oferta pública de la **opción lingüística** elegida, se opone la rotunda negación de la naturaleza constitucional de una pretensión que «ninguno de los múltiples apartados del art. 27 CE [...] incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado (y que) tampoco resulta [...] de su conjunción con el art. 14 CE» (STC 195/1989, FJ 3; STC 19/1990, FJ 4) y que «solo existe [...] en la medida en que haya sido otorgado por la ley» (STC 195/1989, FJ 3, STC 19/1990, FJ 4; STC 86/1985, FJ 3). En suma, a falta de la correspondiente dotación de los recursos al efecto, la mera invocación del **art. 27 CE no ampara «el derecho a hacer valer en cualquier centro docente público su preferencia por el valenciano como lengua educativa** para su hijo, con la correlativa carga para los poderes públicos de crear o habilitar cuantos centros sean necesarios para que la proximidad en la que el Centro docente debe encontrarse respecto del domicilio del alumno no experimente alteración alguna en razón de las preferencias lingüísticas de los padres, hasta el punto de que de no cumplir con esta obligación les sería imputable la violación del derecho fundamental a la educación» (STC 195/1989, FJ 4; STC 19/1990, FJ 5).

2.º Del (pretendido) derecho de los padres a la elección de la lengua vehicular de enseñan-

za, más allá de la primera enseñanza. A la cuestión consistente en «determinar si del art. 27 CE, por sí solo o en conjunción con el art. 3 CE, se deriva el derecho de los padres (a) la **enseñanza**, en la Comunidad de Cataluña, en “su **lengua habitual**, ya sea ésta el catalán o el castellano” (art. 14.2 de la Ley 7/1983 [...]) más allá de la “primera enseñanza” (derecho que entrañaría la **exclusión voluntaria de una de las dos lenguas cooficiales como lengua docente**)» se respondería «que ni del contenido del derecho constitucional a la educación [...] ni tampoco, en particular, de sus apartados 2, 5 y 7 se desprende el derecho a recibir la enseñanza en solo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados» (STC 337/1994, FJ 9).

En el contexto de conjunción lingüística que parecía inspirar aquella (derogada) ley se admite «que el catalán [...] sea el centro de gravedad de este **modelo de bilingüismo**, siempre que ello no determine la exclusión del **castellano como lengua docente** de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma», pues de lo que se trata, sin perjuicio de los objetivos lingüísticos y educativos, es «de garantizar el **derecho** de los ciudadanos **a recibir**, durante los estudios básicos en los centros docentes de Cataluña, **enseñanza en catalán y en castellano** [...] que se deriva no solo de los arts. 3 y 27 CE, sino del art. 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña» (STC 337/1994, FJ 10).

Negada la existencia del pretendido derecho de las familias a imponer el castellano como exclusiva lengua docente para sus hijos, se valora su concurrencia como lengua docente con el catalán en un modelo de **bilingüismo de conjunción**, por definición, incompatible con la pretendida exclusión de una u otra lengua cooficial. Sin entrar al detalle de las **consecuencias** de semejante régimen de bilingüismo (cfr. comentario art. 3 CE), al efecto se apunta a la conjugación de los efectos de preferencia compensatoria derivados de una política autonómica de normalización lingüís-

tica que se traduce en la consideración del catalán como centro de gravedad y los derechos educativos, pero de un modo restricto que apenas se explica por razón del **limitado objeto del procedimiento**.

En el marco de control directo del **renovado régimen lingüístico en el Estatuto de Autonomía de Cataluña**, esa contención procesal se habría de coherer con la prescripción de vehicularidad del catalán como lengua de enseñanza, ya no mediante una previsión reglamentaria, como en el momento de dictarse aquella resolución, ni como resultado de aplicación sistemática de la política de inmersión seguida con base en una ley del Parlamento autonómico, desde que aquella fuese derogada por la Ley 1/1998 de política lingüística; pues, con el **reformado Estatuto de Autonomía de Cataluña**, no solo se guarda silencio acerca del derecho a la lengua en la primera enseñanza, sino que la cuestión del **régimen lingüístico**, en la medida en que es objeto de **prolija regulación**, se hurta al debate político de las sucesivas mayorías.

En ese **renovado contexto estatutario**, parecía extraño centrar la cuestión, como entonces, con base en jurisprudencia del TEDH relativa a un régimen lingüístico ajeno, en la sola perspectiva del derecho de educación (cfr. la fundada discrepancia en el VP de Díaz Eimil; LÓPEZ CASTILLO, 2008).

La **interpretación de conformidad** con la CE del **nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña**, parecía una alternativa razonable (a la de frontal declaración de inconstitucionalidad) al efecto de clarificar, mediante **compleción** de su **doctrina**, la cuestión [a propósito, cfr. STC 31/2010, en el apartado III. B).b).2].

b.3) ¿Otras razones de invocación del derecho a la elección de centro?

Próxima a la garantía de formación conforme a las propias convicciones e integrada en el

derecho a elegir un centro docente distinto de los creados por los poderes públicos, cabe considerar una demanda de **enseñanza separada por sexos** o **educación diferenciada** que, mediante desarrollo legislativo del derecho a la educación, quedaba al margen de la red de centros, públicos y privados concertados, que contribuyen a la prestación del servicio público de educación, hasta la modificación establecida por la LOMCE, el art. 84.3, párrafos segundo y tercero, LOE.

Si se atiende a una línea apuntada en la jurisprudencia menor inicialmente asumida en casación (STS, Sala 3.ª, de 26 de junio de 2006, FD 8; cfr. CALVO, 2007), reconocer a esos centros la aptitud para ser partícipes del régimen de concertos, solo parecía una cuestión de tiempo que el Tribunal Constitucional viniera a pronunciarse sobre su concertada financiación pública, atendido que en la vigente LOE, sin perjuicio de convenios internacionales, la coeducación se considera, en tanto que modalidad de enseñanza en los centros públicos que, **objeto de atención preferente y prioritaria** (DA Vigésimo Quinta). Sin perjuicio, en todo caso, de que los centros privados con oferta de enseñanzas gratuitas puedan acogerse al régimen de concertos conforme a la ley, por una duración mínima variable, de seis o cuatro años, según que se trate de la educación primaria o de otros niveles. Se excluye un trato desfavorable o desventaja por razón del carácter propio de los centros, dándose preferencia a los centros que atiendan a poblaciones escolares económicamente desfavorecidas, así como por los que realicen experiencias de interés pedagógico y, en todo caso, por los que se constituyan y funcionen en régimen de cooperativa (cfr. vigente art. 116 LOE).

El TC que, mediante STC 234/2015, FJ 2, inadmitiera a trámite una cuestión relativa al pretendido carácter discriminatorio del art. 84.3 LOE «a la vista (de la inadvertencia por parte del órgano judicial cuestionante) de lo regulado por la disposición transitoria segunda LOMCE —que habilitaba un plazo de dos me-

ses desde su entrada en vigor para que los centros con educación diferenciada por sexos pudieran volver a acogerse con pleno derecho al régimen de concertación—»), finalmente se ha pronunciado, mediante STC 37/2018, relativa al RI contra la LOMCE, a propuesta del grupo parlamentario del PSOE en el CD, acerca de la conformidad constitucional de la inclusión de los centros docentes con educación diferenciada o separada por sexos en el régimen de concertos.

Se parte de una **precomprensión [determinante]**, formalmente consecuente con una equívoca referencia de la STC 133/2010, FJ 5 —STC 37/2018, FJ 4.a)—, por lo demás, **inconsecuente con los estándares** sentados por los órganos de garantía **del CEDH**, a propósito del art. 2 del Protocolo adicional —cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2013 y 2017—] sobre la que el plenario en algún momento tendrá que volver. Se trataría —se afirma— de una **opción pedagógica no discriminatoria, expresiva del ideario educativo o carácter propio de los centros** [FJ 4.a); cfr., en particular, **VV. PP.** de Xiol y de Valdés —y adherente— a la STC 31/2018). Pues, esa modalidad educativa —sentencia el TC—, lejos de responder a «una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico (lo que llevaría al) art. 27.3 CE, con el contenido y los límites que le son inherentes (resultaría ser) un **sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico**, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos», que, mediante **inversión del juicio de control** que le corresponde, se viene a confirmar mediante **interpretación de la CE a la luz del modificado tenor de la ley** («así se desprende del art. 84.3 LOE, que impone a los centros que opten por ese modelo la obligación de exponer las **razones educativas** de la elección de dicho sistema, lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas», STC 37/2018, FJ 4). Y, dicho eso, previa excursión por **otros ordenamientos**, se concluye que

«el modelo pedagógico consistente en una educación diferenciada por sexos no es considerado un caso de discriminación por razón de sexo» [FJ 4.a)].

- c) Derecho de las familias a que los hijos reciban formación religiosa y moral acorde a las propias convicciones

El sentido y alcance de este explícito **derecho de las familias** (art. 27.3 CE) suma a la **sistemática interpretación** que deriva de su comprensión como faceta del derecho de libertad de enseñanza (STC 5/1981, FJ 7) la consideración de **estándares** convencionales decantados en el proceso de interpretación por el **TEDH** del art. 2 del Protocolo adicional I del CEDH (cfr. CANOSA, 2005) que, como la garantía constitucional, se anuda a la libertad ideológica y religiosa *ex* art. 16 CE.

En una aproximación general, cabe apuntar que la cláusula contenida en el art. 27.3 CE presenta una **doble faceta, negativa y positiva**, de **inmunidad de coacción** frente a pretensiones de adoctrinamiento incompatibles con los principios de no confesionalidad y neutralidad ideológica y religiosa que constitucionalmente obligan a los poderes públicos (cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2007, 72), y de **prestación**, en la medida en que resulte ello compatible con los referidos principios y con otros bienes jurídicos de un modo y con un alcance que al legislador corresponde determinar.

- c.1) Ideología y religión en la enseñanza reglada

— Art. 27.3 CE como cláusula de garantía de inmunidad de coacción.

En su **faceta negativa**, la garantía del art. 27.3 CE puede proyectarse a enseñanzas de oferta obligatoria y seguimiento libre y, en todo caso, en relación con enseñanzas de obligado seguimiento.

En cuanto a lo primero, como la faceta negativa de la libertad ideológica y religiosa de las familias se satisface por su carácter opcional, la cuestión se ha planteado ante el Tribunal Constitucional a propósito de la (im)previsión de **alternativa** docente a la enseñanza de **religión** y no tanto por parte de quienes no la seguían, como por las familias de los alumnos que cursaban religión por supuesta discriminación, dado que, en ese tiempo de clase, los demás disponían de un tiempo adicional de estudio o recreo; la pretensión, que se explica mejor desde su reverso de pretendida imposición de materia alternativa a quienes no cursasen religión (a una línea semejante tendía la fallida alternativa LOCE de enseñanza confesional y no confesional), sería objeto de desestimación por parte del Tribunal Constitucional (ATC 40/1999, FJ 2).

En todo caso, la invocación más clara de la faceta negativa de la garantía constitucional, es la que se proyecta a **materias curriculares de obligado curso** que, en todo o en parte, traten de una formación religiosa o ideológica, apenas había sido objeto de invocación y, menos, de resolución jurisdiccional (cfr. STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 1997: objeción a educación sexual; Decisión de inadmisibilidad del TEDH, de 25 de mayo de 2000, as. *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*). El cambio de **situación** parte del proceso de aplicación de la LOE que está conociendo una inusitada efervescencia de la objeción, rayana en la desobediencia, en respuesta no tanto a proclamas eclesíásticas como al impulso institucional de algunas autoridades autonómicas plasmado en pintorescas alternativas al efecto de excusar o alterar el curso normalizado de la llamada **educación para la ciudadanía**.

Nada obsta un **debate racional** a propósito del sentido de una educación en valores (cfr., en particular, RUIZ MIGUEL y SOLOZÁBAL, en *Educación...*, 2007, 27 y 137) de creciente impulso en sociedades complejas, pero la **obscurecimiento** (institucionalizada, en particular, en las Comunidades Autónomas de

Madrid y Valencia) a la nueva asignatura responde en lo sustancial a otro tipo de racionalidad.

Era así solo **cuestión de tiempo** que la **cuestión** llegase al **Tribunal Constitucional**, previo recorrido por una variada jurisprudencia menor, y su consecuente tratamiento por parte del Tribunal Supremo.

Llegado ese momento, el Tribunal Constitucional tendría ante sí la **ocasión de actualizar** los tópicos de su **jurisprudencia** sobre la interdicción de adoctrinamiento por los profesores en la escuela pública como «única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita» (STC 5/1981, FJ 9; cfr. VP I.5), sirviéndose, entre otros elementos de referencia, de los estándares sentados en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 2 del Protocolo adicional al CEDH (cfr., por el interés del debate en la Gran Sala, STEDH de 29 de junio de 2007, asunto *Folgero/Noruega*).

Pues bien, ciertamente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en casación, en relación con la controvertida pretensión de objeción en conciencia a la materia educación para la ciudadanía. Dejando sentado, mediante Sentencia plenaria, de 11 de febrero de 2009, que, en el orden constitucional español no cabría reconocer un derecho general a la objeción de conciencia, que la mera invocación de los arts. 16.1 y 27.3 CE no sostendría la pretensión de exención de materias curriculares y que una materia curricular que, como la educación para la ciudadanía, se base los valores que, presupuesta la dignidad de la persona, sustentan el orden político y la paz social, y son reflejo del común ético que está en la base de los derechos fundamentales, no podría cuestionarse, *ex art.* 27.3 CE, sino, en la medida en que, por su método o modo de impartición, pudiese infringir el pluralismo y contravenir la neutralidad ideológica y reli-

giosa del Estado democrático y aconfesional (Fundamento Derecho Décimo).

La relativa indeterminación que resulta de una cláusula de salvaguarda, congruente con el estándar convencional, ha sido objeto de delimitación, respecto de un pretendido adoctrinamiento, mediante Sentencia de la Sala 3.^a del TS, de 12 de noviembre de 2012, que niega el carácter adoctrinador de un libro de texto de la materia Educación para la ciudadanía, contra el infundado criterio sentado mediante Sentencia de la Sala de lo contencioso del TSJAnd, de 15 de octubre de 2010; cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2013b).

El TC, por su parte, se habría limitado a inadmitir, en particular, por la falta de legitimación de la recurrente en amparo (potencial o preventivo), el pretendido reconocimiento de objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía y los derechos humanos, por la supuesta vulneración de su derecho (a la libertad ideológica y religiosa y) a la educación (como bien en el alegara el Ministerio Fiscal —Antecedentes, I. 8—, en STC 28/2014, de 24 de febrero: «la transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos, tiene encaje constitucional en el art. 27.2 CE y por ello delimita el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus convicciones por cuanto este mismo no se conforma como un derecho ilimitado, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia»; cfr. STC 41/2014, de 24 de marzo, y STC 57/2014, de 5 de mayo, de inadmisión de semejantes recursos de amparo).

— ¿Art. 27.3 CE como derecho de prestación?

La naturaleza constitucional de un **contenido positivo** de derecho a la prestación pública que se plasmase en la obligatoria oferta de

enseñanza de religión como materia curricular en el sistema público educativo, seguramente por la **simultaneidad técnica** de la **entrada en vigor** de la CE y de los **Acuerdos** con la Santa Sede, se ha tendido a considerar como contenido integrante del art. 27.3 CE, como bien puede colegirse de su expresa regulación mediante LO 7/1980 (LOLR).

Ahora bien, la faceta positiva de **prestación** no es contenido directamente operativo *ex Constitutione*, sino **contenido adicional** fruto de un reconocimiento en el AEAC que, como contenido adicional, se desarrolla ulteriormente mediante la LOLR; y, en consecuencia, de prestación necesariamente condicionada a la congruencia con el **orden público constitucional** que, en todo caso, se integra con los derechos de los otros miembros de la comunidad escolar y los principios que fundamentan la relación con las Iglesias (cfr. comentario art. 16.3 CE).

A propósito de esta cuestión, se está sentando una doctrina controvertible, sobre la que, vistos los VV. PP. a la STC 37/2018, el plenario del TC seguramente tenga que volver. Pues, a la inefectiva ejecución de su doctrina relativa al profesorado de religión y moral católica, se suma, mediante profusa cita de su STC 38/2007, apuntando nuevamente al no cuestionamiento del art. II del AEAC y aduciendo la previsión de regímenes semejantes para las confesiones concertadas, la asertiva conclusión de que «la existencia de una asignatura evaluable de Religión de carácter voluntario para los alumnos no implica vulneración constitucional alguna» y que «ni la existencia de una asignatura de Religión en los niveles de Educación Primaria y Secundaria, ni la implantación de una fórmula de opción entre la asignatura de Religión y Valores Sociales y Cívicos/Valores Éticos son contrarias al texto constitucional» [FJ 6.a) y b), *in fine*]. Pues bien, sin perjuicio de remitir en detalle a la fundada contestación al interno del Pleno (cfr., por todos, VP Xiol), el criterio mayoritario hilvana un encadenamiento de asertos, sustentado en una **equivoca interpretación**

de los principios constitucionales de **no confesionalidad** y no discriminación a la luz del tenor de la ley cuestionada, de un modo apenas conciliable con una lectura de la **directriz de cooperación eclesial**, en congruencia con la exigencia estructural de libertad e igualdad, *ex* art. 16.1 y 3 CE, y con la debida consideración de la discrecionalidad del legislador a la luz del art. 27.2 CE, como cláusula expresiva del **sentido integral de la educación** (a fin de entender la asertiva secuencia de la mayoría, cfr. FJ 4, *in toto*).

Mediante **STC 38/2007** se había producido una **doctrina** plenaria (cabecera de otras resoluciones del Pleno cuya cita se excusa) un tanto **equivoca** en su formulación, como bien acredita la inmediata divergencia en la interpretación de su sentido y alcance con ocasión de la resolución de un recurso de amparo, de temática semejante, mediante **STC 128/2007** en Sala (Segunda). La consecuencia inmediata, sin perjuicio de los matices en la jurisprudencia ordinaria que aquí no se considera (cfr. STSJ de Canarias, de 17 de julio de 2007), sería **avocar** al Pleno un asunto similar pendiente (para «rectificar confirmando» una doctrina plenaria de inefectiva ejecución, mediante STC 51/2011, de 14 de abril).

En esa **nueva ocasión** podría haber **modulado el Pleno lo dicho** a propósito del fundamento constitucional, *ex* art. 16.1, en relación con 16.3, y 27.3 CE, del derecho de la Iglesia a que la religión se imparta como materia curricular en la escuela pública (STC 38/2007, FJ 12); ello es posible porque así se reconoce en el AEAC y, en consecuencia, en tanto resulte congruente con el orden constitucional español, puede considerarse contenido adicional relativo, así como al derecho de libertad religiosa de la Iglesia católica, al derecho reconocido a los padres *ex* art. 27.3 CE.

Al efecto, bien podría partirse de la interpretación del art. IV AEAC (STC 187/1991; cfr. art. II AEAC) de conformidad con principios constitucionales (no confesionalidad, coope-

ración eclesiástica) y derechos fundamentales concernidos, como la autonomía universitaria y derecho de las familias, *ex art.* 27.3 CE, insistiendo quizás el Tribunal Constitucional en la **interpretación restricta** del tenor del **art. II AEAC**, abriendo, en su caso, el trámite preceptivo *ex art.* 84 LOTC, puesto que ya en la STC 38/2007 se llamaba la atención sobre su imbricación con el art. III AEAC cuestionado (STC 38/2007, FJ 13), ahondando en su **interpretación de conformidad constitucional**.

Al efecto, bastaría con añadir la sencilla doctrina elaborada a propósito de la controvertida oferta curricular de enseñanza de religión en la Escuela de Magisterio de la UAM, y **completar** así la presentación de su jurisprudencia en el **FJ 5 de la STC 38/2007** (cfr. en esa línea de posible inferencia hermenéutica, alternativa a la declaración de inconstitucionalidad y consecuente denuncia y renegociación del Acuerdo con la Santa Sede, LÓPEZ CASTILLO, 2016).

c.2) Ideología y religión en la enseñanza no reglada

Se impone, por último, una sucinta referencia a propósito de la **proyección** del derecho de los padres... **extramuros de la obligatoria escolarización en centros homologados**; en realidad, aquí no se trata tanto de una garantía de inmunidad con ocasión de la enseñanza, cuanto de su instrumentación al servicio de una determinada educación en valores ideológicos o/y religiosos lo que trasciende de la elección de un centro privado homologado.

El Tribunal Constitucional, en un **supuesto** relativo a la privación administrativa de la patria potestad sobre menores por su **no escolarización en centros homologados**, ha eludido la dejado pasar la ocasión de avanzar en la interpretación del derecho a la **educación integral** de los **menores**, *ex art.* 27 CE, al que de modo reflejo sirve la potestad públi-

ca de homologar e inspeccionar el sistema educativo, y que, en todo caso, limita el derecho a la libertad religiosa de los padres quienes, por su parte, invocaban la **inalienabilidad** de su **derecho a elegir el tipo de educación** que dar a sus hijos conforme a los dictados de su conciencia (cfr. STC 260/1994, FF. JJ. 1-2).

De cuanto se colige del **debate procesal** sobre el pleno desarrollo de la personalidad de los menores, o la familia como su ámbito de formación, etc., resultan elementos que parecían aconsejar otro proceder del Tribunal Constitucional (cfr. **VP** discrepante de Gimeno Sendra; sobre escolarización obligatoria de menores como factor de integración social, cfr. STEDH de 5 de junio de 2008, as. *Sampanis e.a./Grecia* § 66).

c.3) Un apunte final, a propósito de la llamada enseñanza en el hogar (u *Homeschooling*)

La cuestión de la llamada enseñanza en el hogar ha llegado ante el TC, planteada como una pretensión de alternativa enseñanza familiar, al margen del deber legalmente establecido de escolarización obligatoria de los hijos, con base no tanto en argumentos morales o éticos, como en determinados planteamientos pedagógicos, se ha planteado ante el TC que, mediante STC 133/2010, tras un *excursus* por la jurisprudencia decantada en el marco del CEDH, concluye afirmando que, en su restricta función como legislador negativo, nada tendría que oponer, partiendo del marco abierto por el artículo 27.4 CE, a la previsión mediante ley del régimen de escolarización obligatoria que se pretende cuestionar. Pues, si bien es cierto que el derecho comparado ofrece alternativas y que, según unos u otros planteamientos políticos, esa obligatoriedad de la educación constitucionalmente prescrita, podría articularse de otro modo, no lo es menos que la cuestionada previsión legislativa resulta constitucionalmente conforme (FJ 9).

Por lo demás, en línea con los estándares convencionales (en los que se subraya la faceta de socialización de la enseñanza, en tanto que presupuesto de integración social), alguno de cuyos hitos expresamente se menciona (cfr. LÓPEZ CASTILLO, 2013), el TC aclara que la imposición de ese deber legal de escolarización obligatoria, no impediría a los padres, que así lo quisieran, educar y enseñar a sus hijos, con-

forme a sus propias convicciones, fuera del tiempo escolar. De tal modo que, no queriendo o no estando a su alcance escolarizar a sus hijos en un centro docente homologado que responda a sus planteamientos, al tiempo que se observarían las exigencias establecidas por el legislador, de modo conforme con la CE, se vería satisfecha la libertad de enseñanza que, *ex arts. 27.3 y 27.1 CE*, a los padres se reconoce.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», en *REDC*, núm. 86, 2009, págs. 31-64.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Foro, 1978.

CALVO CHARRO, M., «Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres», en *Diario La Ley*, núm. 6711, de 11 de mayo de 2007, págs. 1-8.

CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos y libertades del ámbito educativo (cap. XIII)», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, II, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

CANOSA USERA, R., «Derecho a la instrucción y pluralismo educativo (art. 2 P1)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio europeo de derechos humanos*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 801-823.

DE PUELLES BENÍTEZ, V. M., *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Madrid, 1980.

ELLIOTT, J. H., *Imperios del mundo atlántico: España y Gran Bretaña en América (1492-1830)*, trad. M. BALLCELLS, Taurus, Madrid, 2006.

EMBID IRUJO, A., «El contenido del derecho a la educación», *REDA*, núm. 31, 1981, págs. 654 y ss.

— *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ SORIA, J. M., «Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la reforma educativa (LOE)», *Revista de Educación*, núm. 346, 2008, págs. 245-265.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Art. 27 CE. Enseñanza», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, III, 2.^a ed., CG-Edersa, Madrid, 1996, págs. 157-272.

GARCÍA PARDO, D., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

GARRIDO FALLA, F., «Art. 27», en *idem* (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 1985.

LÓPEZ CASTILLO, A., «Derecho a la educación (Protocolo núm. 1)», en MONEREO/MONEREO (Dir. y Coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017.

- «Del persistente desencaje constitucional del estatuto del profesorado de religión católica en el sistema público de enseñanza», en RUBIO LLORENTE, F. y otros (Eds.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, págs. 669-88.
- «Del modelo español de conjunción lingüística, de base territorial, y de su potencial regulación mediante ley», en *idem* (Dir.), *Lenguas y Constitución española*, Valencia, 2013(a), págs. 327-62.
- «Formación de la identidad personal y educación: apuntes», en LÓPEZ CASTILLO y AGUADO RENEDO (Dirs.), *Identidad, derecho y política*, AFDUAM 17, 2013(b), págs. 309-331.
- «Aproximación al modelo lingüístico español: un apunte crítico», *RDPo*, núm. 71-72, 2008, págs. 311-346.
- «A propósito del fundamento constitucional de la enseñanza (confesional) de la religión en el sistema público de enseñanza», en LÓPEZ CASTILLO, A. (Ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, CEPC, 2007, págs. 71-96.

ORTIZ DÍAZ, J., *La libertad de enseñanza*, Málaga, 1980.

RUBIO LLORENTE, F., «Constitución y educación», en SÁNCHEZ AGESTA, L. (Ed.), *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Edersa, Madrid, 1977.

RUIZ MIGUEL, A., «Educación, escuela y ciudadanía», en *Educación en valores...*, 2007, págs. 27-49.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «La enseñanza de valores entre la ideología y el derecho a la educación», en *Educación en valores...*, 2007, cit., págs. 137-146.

VIDAL PRADO, C., «El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros», en *RDPo*, núm. 100, 2017, págs. 739-66.

LA AUTONOMÍA DE LAS UNIVERSIDADES

Sumario: I. Introducción. Universidad y Constitución. II. El derecho a la autonomía universitaria. 1. Derecho fundamental. 2. Derecho de configuración legal. 3. Derecho instrumental. III. El contenido de la autonomía universitaria. 1. La capacidad normativa autónoma. 2. El autogobierno. 3. La autonomía financiera. 4. La política de personal. 5. La planificación del estudio y la investigación. 6. Creación de centros docentes. 7. Admisión, permanencia y evaluación de estudiantes. IV. Controles externos. V. Autonomía universitaria y Comunidades Autónomas. VI. Conclusión.

IGNACIO TORRES MURO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

XABIER ARZOS SANTISTEBAN

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN. UNIVERSIDAD Y CONSTITUCIÓN

El reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria no es frecuente en el Derecho comparado. Aun cuando la autonomía universitaria se prevea en normas superiores del ordenamiento jurídico y sea la base de las instituciones universitarias en los países democráticos, su realidad y su plasmación concretas varían considerablemente.

La historia contemporánea española se caracteriza por la continua reticencia del poder a la hora de reconocer la autonomía universitaria, hasta el punto de que la característica fundamental de la organización universitaria fue la falta de autonomía, lo que periódicamente suscitó protestas en la Universidad («cuestiones universitarias» de 1864, 1867, 1876, 1884, 1928; sucesos de 1956).

La superación de ese estado de cosas es lo que se pretendió con la aprobación del art. 27.10 CE, que no fue objeto de discusiones de fondo en los debates constituyentes.

II. EL DERECHO A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

1. Derecho fundamental

El primer problema que planteó la interpretación del derecho reconocido en el art. 27.10 CE fue el de su naturaleza jurídica, pues se discutía si se trataba de una garantía institucional o de un derecho fundamental en sentido clásico. En la STC 26/1987, de 27 de febrero, sobre la LRU, el Tribunal Constitucional afirmó tajantemente que la autonomía universitaria «se configura en la Constitución como un derecho fundamental» tanto por la ubicación del precepto, como por el sentido gramatical de las palabras, los debates constituyentes, y su fundamento y sentido ligado a la libertad académica. Esta decisión fue objeto de crítica en los votos particulares de los Magistrados Díez-Picazo, Rubio Llorente y Díaz Eimil, y esa crítica sigue latiendo en algunos posicionamientos posteriores del Tribunal Constitucional, como la STC 47/2005, de 3 de marzo, en la que se habla de «la autonomía universitaria —cubierta por la garan-

tía institucional establecida en el art. 27.10 CE—», línea en la que también se encuentra el voto particular del Magistrado Pérez Tremps.

La principal consecuencia del citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue abrir a los titulares del derecho la protección reforzada del recurso de amparo. La titularidad del derecho y, por tanto, la legitimación para la defensa de dicha autonomía por la vía del recurso de amparo corresponde únicamente a cada una de las Universidades, esto es, a las comunidades universitarias (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; 235/1991, de 12 de diciembre, FJ 1; 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 6; y 206/2011, de 19 de diciembre, FJ 1; y ATC 17/1990, de 15 de enero, FJ 3). Ello no obsta para que las Comunidades Autónomas, que están legitimadas genéricamente para interponer el recurso de inconstitucionalidad, también puedan por esta vía hacer valer la garantía constitucional de la autonomía universitaria, no solo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también con el fin de depurar la legalidad reguladora de la institución (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 1).

2. Derecho de configuración legal

El derecho a la autonomía universitaria constituye un derecho de configuración legal, pues el derecho se reconoce «en los términos que la ley establezca» (art. 27.10 CE). Esto tiene dos consecuencias: por un lado, el legislador tiene un amplio margen para configurar su contenido —pues solo debe respetar el contenido esencial del derecho—; por otro lado, las leyes estatales —hasta ahora LRU y LOU— y autonómicas que dotan de contenido positivo a la autonomía universitaria al mismo tiempo la delimitan: la jurisprudencia constitucional ha asumido el valor de parámetro de constitucionalidad de las facultades y competencias contempladas en el art. 2.2 LOU con respecto a normas y actos que puedan afectar a la auto-

mía universitaria (SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 5; y 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 8; 87/2014, de 29 de mayo, FJ 7; 176/2015, de 22 de julio, FJ 5; y 44/2016, de 14 de marzo, FJ 4), como antes asumió las del precepto equivalente de la LRU (SSTC 106/1990, de 6 de junio, FJ 6; 187/1991, de 3 de octubre, FJ 3; y 155/1997, de 29 de septiembre, FJ 2).

La autonomía universitaria no cierra la puerta a toda intervención estatal en la organización de las tareas docentes e investigadoras por parte de las universidades, pues «no excluye las limitaciones que al mismo imponen otros derechos fundamentales (como es el de igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación) o la existencia de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras; ni tampoco las limitaciones propias del servicio público que desempeña» (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 26/2016, de 18 de febrero, FJ 8).

El contenido esencial de la autonomía universitaria «consiste en la libertad académica, tanto individual de los profesores como institucional de cada universidad, para la enseñanza, el estudio y la investigación» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4). Ese núcleo debe estar libre de injerencias externas, sin que la ley pueda introducir «limitaciones o sometimientos a las Universidades que conviertan su autonomía en una simple proclamación teórica» (SSTC 106/1990, de 6 de junio, FJ 6; y 26/2016, de 18 de febrero, FJ 8).

3. Derecho instrumental

La configuración constitucional de la autonomía universitaria tiene un carácter eminentemente instrumental, al servicio de las libertades académicas (libertad de enseñanza, estudio e investigación) y de cátedra, tal como se reconoce tanto en las SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 6, y 206/2011, de 19 de diciembre, FJ 5, como en los arts. 2.1 LRU y 2.3 LOU. En consecuencia, las medidas que de

ninguna manera puedan afectar a los derechos fundamentales que se protegen por la autonomía universitaria, tampoco pueden afectar a esta (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 6). Ello no impide que, en su condición de derecho fundamental, pueda fundamentar limitaciones a otros derechos (AATC 457/1989, de 19 de septiembre, y 42/1992, de 12 de febrero; y SSTC 217/1992, de 1 de diciembre, y 179/1996, de 17 de julio), singularmente a la libertad de cátedra.

III. EL CONTENIDO DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

1. La capacidad normativa autónoma

La potestad normativa de las Universidades no tiene carácter general, pues se integra en el contenido de la autonomía universitaria como parte de la libertad de ordenación de los medios necesarios para la impartición de las enseñanzas superiores que tienen legalmente encomendadas (STC 206/2011, de 19 de diciembre, FJ 6). A este respecto sobresale la facultad de elaborar su propios Estatutos, que ya les fue reconocida por la LRU (art. 3) y ahora la reconoce la LOU [art. 2.2.a)]. Las Comunidades Autónomas, cuando los aprueban (art. 6.2 LOU), no pueden ejercer más que un control de legalidad, pues son reglamentos autónomos (STC 55/1989, de 23 de febrero, FJ 4). El ejercicio de la potestad normativa universitaria no puede supeditarse a la previa suscripción de un convenio administrativo (STC 206/2011, de 19 de diciembre, FJ 7). La potestad normativa autónoma incluye la capacidad de establecer los símbolos de la Universidad o la denominación de la lengua propia (SSTC 130/1991, de 6 de junio, y 75/1997, de 21 de marzo, ambas referidas a la Universidad de Valencia).

2. El autogobierno

Se reconoce habitualmente a las Universidades la capacidad de elegir, designar, y remo-

ver sus órganos de gobierno y representación [art. 2.2.b) LOU], que están, en todo caso, regulados en la ley. En varias ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las competencias atribuidas al Consejo Social, que la ley configura como el medio de participación de la sociedad en la Universidad: en la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 9, con votos particulares, para recortar las competencias de carácter académico atribuidas al Consejo Social; en la STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 4, para declarar inconstitucional la imposición de la presencia de tres miembros de los consejos sociales ajenos a la comunidad universitaria; y en la STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 8, para declarar que no vulnera la autonomía universitaria su participación en el nombramiento del gerente, en atención a que no se excluía la participación del Rector y a la naturaleza no académica de dicho cargo.

3. La autonomía financiera

Corresponde a las Universidades la elaboración, aprobación, y gestión de sus presupuestos, y la administración de sus bienes [art. 2.2.h) LOU]. No puede ocultarse, sin embargo, que no deciden con libertad ni sobre su flujo de ingresos ni sobre su nivel de gastos, gozando de un escaso margen de maniobra al respecto.

4. La selección y gestión del personal

La autonomía universitaria también se extiende a «la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades» [art. 2.2.e) LOU], si bien está encuadrada tanto por normas constitucionales (principios de igualdad y de mérito y capacidad en el acceso a la función pública) como por las competencias estatutales y autonómicas para establecer el régimen jurídico de las universidades y de los cuerpos

docentes, con importantes exigencias de uniformidad. Incluso en aspectos concretos del contenido esencial de la autonomía universitaria, como es la selección de su personal docente e investigador o la determinación de la dedicación docente del profesor funcionario, la jurisprudencia constitucional considera que, junto a los intereses peculiares de la comunidad universitaria, concurren intereses generales derivados de que la enseñanza superior se conforma en nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público cuya prestación se encomienda primordialmente a cuerpos docentes universitarios, y que justifican la intervención normativa de los legisladores estatal y autonómico; basta con que se admita una participación de la universidad con una extensión suficiente para que pueda gestionar directamente sus intereses (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 12; 87/2014, de 29 de mayo, FJ 10; y 26/2016, de 18 de febrero, FJ 8).

El establecimiento y modificación de las relaciones de puestos de trabajo forma parte igualmente de la autonomía universitaria [art. 2.2.i) LOU]. Ahora bien, el régimen legal de jubilación del cuerpo de funcionarios docentes actúa como límite de esa autonomía (STC 44/2016, de 14 de marzo, FJ 5, referida a una plaza docente vinculada al servicio autonómico de salud).

5. La planificación del estudio y la investigación

La planificación del estudio y la investigación es uno de los contenidos de la autonomía universitaria [art. 2.2.d) LOU], si bien en el caso de los planes de estudio deben tenerse en cuenta las competencias estatales en materia de títulos académicos y profesionales (art. 149.1.30 CE). En las SSTC 187/1991, de 3 de octubre, y 155/1997, de 29 de septiembre, se reconocieron limitaciones a la autonomía universitaria en materia de planes de estudio como consecuencia de los Acuerdos con la Santa Sede. En la STC

103/2001, de 23 de abril, FJ 10, se afirmó que, cuando se trata de la estructura formal de los planes de estudio, prevalece la exigencia de homogeneidad en los títulos oficiales, si bien no hasta el punto de desconocer todo margen de autorregulación a cada Universidad.

6. Creación de centros docentes y de estructuras específicas

En diversos conflictos entre universidades y la correspondiente Administración autonómica, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la competencia para decidir sobre la organización del mapa universitario, que interesa a la sociedad en su conjunto, le corresponde a los órganos representativos de la ciudadanía, y no puede lesionar la autonomía universitaria (AATC 493/1983, de 27 de octubre; 509/1983, de 2 de noviembre, y 469/1989, de 16 de octubre; y SSTC 106/1990, de 6 de junio; 132/1990, de 17 de julio, y 47/2005, de 3 de marzo).

Por lo que respecta a los llamados «centros universitarios adscritos» (art. 11.2 LOU), la aprobación de su régimen jurídico corresponde a los legisladores estatal y autonómicos en cuanto emanación del art. 27.6 CE, mientras que la decisión de adscripción de dichos centros a una universidad concreta y las condiciones bajo las cuales se sustancia dicha adscripción sí integran la autonomía universitaria (STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 6, criterio reiterado en SSTC 141/2013, de 11 de julio, FJ 5; y 160/2013, de 26 de septiembre, F 5).

La creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia también pertenece a la autonomía universitaria [art. 2.2.c) LOU]. No obstante, el legislador estatal puede definir y organizar las estructuras organizativas básicas, como los departamentos (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 7) o los institutos universitarios de investigación (STC 223/2012, de 29 de

noviembre, FJ 8), y puede incluso exigir un límite mínimo de catedráticos y profesores titulares a tiempo completo como requisito para crear un departamento (STC 156/1994, de 25 de abril). La autonomía universitaria únicamente requiere que las normas sobre las estructuras organizativas básicas, dirigidas a garantizar la homologación del sistema universitario y la coordinación general de la investigación (arts. 27.8 y 149.1.15 CE), permitan «un elevado margen de flexibilidad» para que las universidades puedan decidir autónomamente en función de sus características propias (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 7).

7. Admisión, permanencia y evaluación de estudiantes

También la autonomía reconocida en este ámbito [art. 2.2.f)] se encuentra ampliamente condicionada. Por un lado, corresponde al Estado la facultad de fijar las bases en materia de procedimientos de selección para el acceso a los centros universitarios (art. 42.3 LOU), y al legislador autonómico la competencia para desarrollar legislativamente esas bases (STC 223/2012, de 29 de noviembre). Por otro lado, la legislación universitaria implica al Consejo Social de cada Universidad en la aprobación de «las normas que regulen el progreso y la permanencia en la Universidad de los estudiantes, de acuerdo con las características de los respectivos estudios», pues no se trata de una decisión enteramente académica, al implicar la utilización de recursos públicos y al corresponder al Consejo Social la supervisión del rendimiento de los servicios que presta la Universidad (STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 8).

IV. CONTROLES EXTERNOS

Ciertos poderes de supervisión y control externo del sistema universitario han sido atribuidos al Consejo de Coordinación Universi-

taria y a las agencias de evaluación (ANECA y agencias autonómicas). En la STC 26/1987, de 27 de febrero, el Tribunal Constitucional mantuvo ciertas competencias del entonces Consejo de Universidades y recortó otras por no ser un órgano estrictamente universitario, entre ellas la exigencia de informe favorable para contratar profesores. En la STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 8, en cambio, consideró que la exigencia de previa obtención de una evaluación positiva de las agencias de evaluación en el procedimiento de contratación del profesorado no vulneraba la autonomía universitaria.

V. AUTONOMÍA UNIVERSITARIA Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Si bien el Estado retiene importantes competencias relacionadas con la enseñanza superior incluidas la ordenación de las becas y ayudas al estudio (art. 149.1.1, 15, 18 y 30 CE), a las Comunidades Autónomas les corresponden amplias competencias en la gestión del servicio público universitario, desde la creación de universidades públicas y el reconocimiento de las privadas hasta la programación de la oferta de las plazas en las universidades públicas (*vid.*, entre otras, SSTC 223/2012, de 29 de noviembre; y 87/2014, de 29 de mayo).

VI. CONCLUSIÓN

El derecho a la autonomía universitaria ha dado, en la legislación y en la jurisprudencia constitucional, más juego del que quizá pudo esperarse inicialmente, convirtiéndose en un principio fundamental de la ordenación de la enseñanza superior. Al Tribunal Constitucional le corresponde la potestad de revisar la configuración legal de la autonomía universitaria y su protección subsidiaria en vía de amparo. En su jurisprudencia procura conciliar la autonomía universitaria con otros intereses generales, igualmente relevantes, que actúan de límite y marco de aquella.

BIBLIOGRAFÍA

EXPÓSITO, E., «Naturaleza, contenido y alcance constitucionales de la autonomía universitaria (enfoque jurisprudencial y doctrinal de las principales cuestiones planteadas en el artículo 27.10 de la Constitución», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 44, 2012.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

PONS I PARERA, E., *L'autonomia universitària*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 2007.

TORRES MURO, I., *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Artículo 28

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Sumario general:

La libertad sindical en la jurisprudencia del tribunal constitucional, por **JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET**

El derecho de huelga, por **IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**

ARTÍCULO 28.1

LA LIBERTAD SINDICAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sumario: I. Introducción. II. La titularidad de la libertad sindical. 1. Aspectos individuales. A) Los funcionarios: exclusiones y peculiaridades. B) La libertad sindical y los empresarios. 2. Aspectos colectivos: sindicatos y otras organizaciones representativas. III. El contenido de la libertad sindical. 1. Los aspectos organizativos. 2. Libertad sindical y acción sindical. A) La expansión del contenido esencial de la libertad sindical. B) Contenido esencial y contenido adicional de la libertad sindical. C) Algunos puntos críticos sobre el contenido de la libertad sindical. IV. Igualdad y pluralidad sindicales: la cuestión de la mayor representatividad. V. La tutela de la libertad sindical.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

I. INTRODUCCIÓN

Si hay una idea preliminar a destacar al realizar la glosa de la jurisprudencia constitucional referida al art. 28.1 CE, es la extraordinaria importancia de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional en su interpretación. Aunque el precepto no sea de los más visitados por las resoluciones del Tribunal Constitucional, lo cierto, sin embargo, es que sorprende el número de sentencias que, desde la lejana STC 38/1981, de 11 de noviembre, se han ocupado de él. Acaso era razonable en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, cuando los intérpretes se movían en el vacío normativo y acaso no acababan de percibir las novedades que la Constitución había introducido. Sin embargo, al extenso desarrollo internacional que tenía el derecho de sindicación y que el Tribunal Constitucional ha traído a colación de manera generosa desde sus primeras sentencias, hay que añadir la existencia de una temprana legislación de desarrollo, constituida por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad

sindical, que, además, fue objeto de uno de los últimos recursos previos de inconstitucionalidad. En consecuencia, desde su resolución por STC 98/1985, de 29 de julio, cabría pensar que los problemas respecto del contenido de la libertad sindical habían quedado cerrados.

No ha ocurrido así. Es verdad que el número de sentencias ha ido disminuyendo, pero la libertad sindical continúa abordándose con alguna frecuencia. Aunque el nutrido corpus jurisprudencial es suficiente para guiar la labor de la jurisdicción ordinaria en la tutela del derecho, surgen nuevas zonas de conflicto interpretativo. Hace relativamente poco, por ejemplo, se ha planteado la hasta el momento inédita cuestión de las competencias autonómicas en relación con la actividad sindical en la empresa (cfr. STC 159/2016 de 22 septiembre, en relación con las normas de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, sobre el delegado sindical de género y la presencia en la negociación colectiva de cuestiones). Pero, sobre todo, esta conti-

nidad de la actividad del TC parece relacionarse, de un lado, con la aparición de problemas específicos en el ámbito del empleo público y, de otro, por la aparición de nuevas cuestiones vinculadas a las transformaciones tecnológicas que acontecen en las empresas. Por lo demás, las características de la propia jurisprudencia constitucional contribuyen a explicar el fenómeno. En efecto, con independencia de la valoración que merezca, es claro que ciertas ideas consolidadas en ella han dotado de una clara fuerza expansiva y de cierta inestabilidad al contenido del derecho fundamental que nos ocupa.

Sea como sea, resulta arduo describir el conjunto de la ingente labor desarrollada por el Tribunal Constitucional en la aplicación del art. 28.1 CE. Las consideraciones que siguen, que abordan los aspectos vinculados a la titularidad del derecho (II), a su contenido (III), al igual tratamiento entre sindicatos y a las diferenciaciones relacionadas con la representatividad sindical (IV) y, en fin, a las cuestiones vinculadas a la tutela (V), no son por tanto exhaustivas ni detalladas.

II. LA TITULARIDAD DE LA LIBERTAD SINDICAL

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la titularidad de la libertad sindical, la doctrina constitucional la ha abordado desde dos perspectivas distintas, la individual (1), en relación con los titulares de las facultades de constitución y afiliación, y la colectiva (2), respecto de los de las facultades de acción sindical.

1. Aspectos individuales

El art. 28.1 CE, a diferencia del contiguo apartado 2.º, que se refiere exclusivamente a los «trabajadores», realiza un cierto esfuerzo delimitador de los titulares de las facultades individuales de la libertad sindical: se reconocen a «todos», sin perjuicio de que algunos de sus posibles sujetos, los funcionarios, puedan

quedar sujetos a «peculiaridades», y otros, las Fuerzas o Institutos armados y los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, pueden ver limitado el ejercicio del derecho o quedar exceptuados del mismo.

Cabe resaltar, de entrada, que la jurisprudencia constitucional ha identificado el «todos» al que se refiere el art. 28.1 CE con los prestadores de servicios subordinados, con independencia, como veremos de inmediato, que la relación de servicios sea de naturaleza laboral o administrativa. Y también, por lo que se refiere a la **extranjería**, sin que puedan ser completamente excluidos del derecho los trabajadores extranjeros en situación de ilegalidad (STC 236/2007, de 7 de noviembre, seguida por otras), si bien la doctrina constitucional permite que su sindicación quede sujeta a peculiaridades o requisitos específicos.

En otro orden de consideraciones, la idea que se acaba de apuntar ha permitido al Tribunal Constitucional considerar razonable y adecuada a la Constitución la exclusión del ámbito de la libertad sindical a los **trabajadores autónomos** (STC 98/1985, de 29 de julio). Ello sin perjuicio, por supuesto, de que sea igualmente razonable que, en ciertos casos, el legislador pueda asimilarlos, de forma más o menos plena, a los trabajadores subordinados —como, en efecto, se hizo limitadamente a la libertad de afiliación a las organizaciones sindicales preexistentes en el art. 3.1 LOLS con los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores dependientes a su servicio (cfr., también, art. 19 del Estatuto del Trabajo Autónomo aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio)—. Esta misma idea es, por lo demás, predicable del limitado reconocimiento de la libertad sindical de desempleados y pensionistas de incapacidad o jubilación (cfr. art. 3.1 LOLS).

A) *Los funcionarios: exclusiones y peculiaridades*

Por más que «todos» los contemplados por el art. 28.1 CE son los prestadores de servicios su-

bordinados, la naturaleza del vínculo, así como la actividad que se desarrollan, conducen en el propio texto constitucional al establecimiento de peculiaridades o, directamente, limitaciones y exclusiones. La normativa internacional aplicable en España [cfr., entre otros, arts. 9 Convenio 87 OIT (1948), 11 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), 5 Carta Social Europea (1961) u 8.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)] posibilita este tipo de reservas.

a) Por lo que se refiere a limitaciones y exclusiones, el art. 28.1 CE las permite respecto a las «**Fuerzas o Institutos armados y demás Cuerpos sujetos a disciplina militar**» (cfr. art. 1.3 LOLS). A ellos deben añadirse los **Magistrados, Jueces y Fiscales**, excluidos del derecho por ministerio del art. 127.1 CE (cfr. art. 1.4 LOLS). Para algunos de estos colectivos, la exclusión de la sindicación queda compensada por el posible ejercicio del derecho de libre asociación profesional, que se mantiene separado del de la libertad sindical. Tal ocurre con Magistrados, Jueces y Fiscales (art. 401 LOPJ y art. 51 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Asimismo, se ha reconocido normativamente esta misma solución para los componentes de la Guardia Civil, a pesar de ser cuerpo sujeto a disciplina militar (arts. 9 y 13 ss. LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), si bien este derecho de asociación profesional u otros no pueden ser ejercidos con desconocimiento del principio de neutralidad o para finalidades de carácter sindical (cfr. arts. 7, 8 o 9 LO 11/2007). Por su parte, los militares propiamente dichos quedan excluidos tanto de la libertad sindical como de la posibilidad de asociarse con fines profesionales (arts. 181 y 182 Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, todavía vigentes en este punto —disp. derog. única, ap. 1, Ley 39/2007—).

La completa exclusión de los cuerpos sujetos a disciplina militar ha sido cuestionada por el

TEDH, que ha entendido que, en el marco del CEDH, los indicados principios de jerarquía y neutralidad pueden justificar limitaciones o restricciones, pero no la prohibición absoluta de la sindicación (sentencias de 2 de octubre de 2014, casos *Matelly* y *Adefdromill*). El Tribunal Supremo, sin embargo, ha rechazado la impugnación de la denegación de la inscripción de una organización sindical en el ámbito de la Guardia Civil sobre la base de la reserva que en el momento de la adhesión al CEDH formuló el Estado español (cfr. STS de 22 de junio de 2016, rec. 158/2015).

En otro orden de cosas, nuestra legislación establece también limitaciones al ejercicio de la libertad sindical. Tal acontece con los distintos cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no sujetos a disciplina militar. La sindicación de la **Policía** se admite, pero viene deferida a una legislación específica (art. 1.5 LOLS) que se inspira, para el Cuerpo Nacional de Policía, en un principio de separación organizativa, así como en la restricción de los derechos de acción sindical con respecto a los que podríamos considerar ordinarios (arts. 18 y ss. LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

La reflexión del Tribunal Constitucional sobre las exclusiones o limitaciones que anteceden se ha movido, fundamentalmente, en dos terrenos distintos. De un lado, en cuanto a su fundamento, la vinculación de estos colectivos con lo que podríamos llamar el «núcleo duro» de la soberanía del Estado obliga a mantenerlos «impermeabilizados» frente a las opciones ideológicas existentes en la sociedad. La exclusión o las restricciones de la libertad sindical son de este modo instrumentales al mantenimiento de su independencia o neutralidad. Esta idea se ha utilizado concretamente para analizar la constitucionalidad de la DA 3.^a LOLS, que restringe las facultades de acción sindical de los trabajadores o funcionarios ordinarios que prestan sus servicios en el interior de establecimientos militares. En efecto, la STC 101/1991, de 13 de mayo, ha encontrado fun-

damento sustantivo en el llamado «principio de neutralidad, que, a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas».

De otro, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha utilizado los «particulares rasgos organizativos» —sobre todo, su carácter marcadamente jerárquico— para justificar ciertas especialidades en el ejercicio por estos colectivos de otros derechos fundamentales con conexión evidente con la libertad sindical: muy señaladamente, los relacionados con la libertad de expresión e información. En este terreno, la STC 272/2006, de 25 de septiembre, ha recapitulado la doctrina constitucional anterior respecto a manifestaciones realizadas por guardias civiles o miembros de otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en relación con aspectos vinculados a la gestión de personal o al funcionamiento de la entidad en la que prestan sus servicios. La idea fuerza al respecto, que se mantiene constante desde la primera época de la doctrina constitucional, es la de que en estos casos el ejercicio de la libertad de expresión —que en los Cuerpos que tienen reconocida libertad sindical, aunque sea limitadamente, se confunde con esta—, «aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicados, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración» del «respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial» (STC 81/1983, de 10 de octubre; *vid.*, también sobre estas cuestiones, SSTC 69/1989, de 29 de abril; 371/1993, de 13 de diciembre; 270 y 273/1994, de 17 de octubre, o 127/1995, de 25 de julio).

b) Por lo que se refiere al resto de los **funcionarios públicos**, la Constitución permite a la ley el establecimiento de «peculiaridades» (cfr. arts. 28.1 y 103.3 CE). La LOLS aparentemente renuncia a hacerlo (cfr. art. 1.2),

opción que fue declarada perfectamente legítima por la STC 98/1985. No obstante, esta apariencia presenta algunos matices. Con carácter general, se agota en las libertades individuales y en los aspectos organizativos, puesto que la legislación ha mantenido tradicionalmente separadas las facultades de acción sindical de las organizaciones de funcionarios públicos respecto de las de los trabajadores, incluso cuando estos prestan sus servicios en el sector público. Aunque el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, acerca la situación de unos u otros, se mantienen diferencias, del mismo modo que ocurría en el sistema instaurado por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En todo caso, cabe decir, con base en la citada STC 98/1985, que este tipo de peculiaridades en punto a acción sindical de los funcionarios, que no vacían de contenido su libertad sindical, son ajustadas a las exigencias del art. 28.1 CE.

B) *La libertad sindical y los empresarios*

Aparentemente, el art. 28.1 CE, que, como el resto de los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la CE, debe ser interpretado de acuerdo «con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE), incluye dentro de los titulares de la libertad sindical a los empresarios. El «todos» que encabeza el precepto agruparía, en esta línea, tanto a los prestadores subordinados de servicios a los que ya nos hemos referido como a las entidades que los reciben. Tal es el sentido de las previsiones internacionales [por ejemplo, art. 2 Convenio 87 OIT (1948), o art. 5 Carta Social Europea (1961)] y de la legislación vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución (Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre el derecho de asociación sindical).

De hecho, esta idea tiene reflejo en la propia LOLS, que, sin embargo, refleja un **régimen asimétrico**, puesto que sus preceptos solo se aplican a la libertad sindical de trabajadores y funcionarios y sus organizaciones, mientras que el asociacionismo empresarial queda sujeto a reglas diferentes. De hecho, la Disposición Derogatoria de la LOLS, aunque derogó expresamente la Ley 19/1977, previó su permanencia en vigor en lo que se refiere «a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales cuya libertad de sindicación se reconoce a efectos de lo dispuesto en el art. 28.1 CE y de los convenios internacionales suscritos por España». Esta opción legislativa tiene su lógica, dado que el sentido de las libertades organizativas y de acción no es el mismo cuando se predica de los trabajadores que cuando se refiere a las empresas. Desde este punto de vista, al igual que ha ocurrido en otras parcelas en las que se ven implicadas relaciones de subordinación —señaladamente en el terreno del proceso laboral: cfr. SSTC 3/1983 y, más recientemente, 125/1995—, no parece que el distinto tratamiento haya de tener relevancia constitucional.

La jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha ido más allá de esta idea en la medida en que ha configurado separadamente la sindicación de los trabajadores y la **libre asociación de los empresarios**. Inicialmente, esta idea se ha expresado de forma rotunda por la STC 52/1992, de 8 de abril, en la que el Tribunal ha expresado que «la libertad sindical es predicable tan solo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores». Es verdad que, inmediatamente después, se ha matizado el alcance de esta afirmación. En su Sentencia 75/1992, el Pleno puso de manifiesto que «las organizaciones empresariales no son en todo caso equiparables a los sindicatos de trabajadores. Por más que la Constitu-

ción les atribuya análoga relevancia a unas y otros (art. 7), el asociacionismo empresarial no se encuentra tutelado por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE que se refiere solo a los sindicatos de trabajadores, como ha de deducirse de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 28 [...] Ello no quiere decir, sin embargo, que el tratamiento jurídico de las organizaciones empresariales no tenga condicionantes constitucionales. Por el contrario, la Constitución impone que su creación y funcionamiento sean libres (art. 7) y ello lo garantiza al máximo nivel, si no en virtud del art. 28.1, sí en aplicación de la más genérica libertad de asociación protegida en el art. 22. En aplicación de los arts. 7 y 22 CE, es preciso concluir que la Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos que se asemeja enormemente a las facultades organizativas de la libertad sindical de los trabajadores, dada la asimilación de unas y otras organizaciones en los instrumentos internacionales ratificados por España e, incluso, a ciertos efectos, en la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de Libertad Sindical».

Con todos los matices que se quiera, el resultado final es el anunciado por la primera de las dos sentencias citadas. La libertad asociativa empresarial se mueve al margen de las previsiones del art. 28.1 CE. Ello no es excesivamente relevante en relación con los aspectos organizativos. Al prevalecer en estos el componente de autonomía frente a la injerencia de los poderes públicos, las garantías del derecho de asociación cubren suficientemente las expectativas de libertad de las entidades empresariales. Por su parte, como demuestra la lectura de ambas sentencias, la aplicación del genérico principio de igualdad y no discriminación obliga a aplicar a la intervención estatal de apoyo a las organizaciones empresariales más representativas cautelas semejantes a las que se rodean la figura de la representatividad sindical. Ello no obstante, la separación de las organi-

zaciones empresariales del tronco de la libertad sindical puede, sin embargo, tener suma relevancia en relación la tutela de sus expectativas en punto a acción colectiva y, sobre todo, en el terreno de la negociación (*vid.*, por ejemplo, STC 92/1994, de 21 de marzo).

2. Aspectos colectivos: sindicatos y otras organizaciones representativas

Como es sabido, en nuestro sistema de relaciones laborales coexisten diferentes organizaciones que asumen las tareas de defensa de los intereses de los trabajadores y a las que legalmente se les asignan competencias *grosso modo* comunes. Los sindicatos, en sus diferentes niveles organizativos hasta llegar al ámbito empresarial (arts. 8 y ss. LOLS), coexisten con los órganos de la representación unitaria (arts. 61 y ss. ET). Y si aquellos, en su condición de titulares de la libertad sindical, desarrollan, entre otras, funciones en materia de negociación, huelga y conflicto [art. 2.2.d) LOLS], estos tienen asignadas competencias similares [cfr. arts. 87.1 ET, 3.1 RDLRT y 152.c) LPL].

Ello explica que, desde el momento en que la libertad sindical ha desbordado los aspectos meramente organizativos, se haya planteado la cuestión de la calificación del desarrollo de conductas materialmente sindicales por parte de entidades que no tienen legalmente esta condición desde el punto de vista del art. 28.1 CE. Al respecto, las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional son las siguientes:

a) En primer término, desde el punto de vista colectivo, la doctrina constitucional se ha decantado desde fecha bien temprana por reservar la aplicación del art. 28.1 CE a los sindicatos *stricto sensu*. Otras entidades representativas podrán ser creadas por la ley, pero quedarán al margen del precepto que nos ocupa. Se ha descartado con ello que las

acciones materialmente sindicales que desarrollan los **órganos de la representación unitaria** —comités de empresa, delegados de personal, etc.— queden amparadas por la libertad sindical y, por tanto, que estos puedan acceder a su tutela específica. En el primer sentido, la capital STC 98/1985, recogiendo aportaciones de pronunciamientos precedentes (entre otras, STC 37/1983, de 11 de mayo), señaló, con referencia a los órganos de la representación unitaria, que «los órganos de representación de los trabajadores en la empresa no tienen reconocimiento constitucional, sino que son creación de la ley y poseen solo una indirecta relación con el art. 129.2 CE». En consecuencia, «su creación y su ordenación son desarrollo de este último precepto y no del art. 28.1 CE». Consecuencia inmediata de esta consideración es, en el segundo sentido, que las cuestiones vinculadas a la correcta aplicación de los criterios elaborados respecto a las facultades de acción sindical, negociación o conflicto, cuando las protagonice la representación legal, alcancen trascendencia constitucional. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina constitucional, tanto antes de 1985 (entre otras, STC 118/1983, de 13 de diciembre) como con posterioridad (SSTC 74/1996, de 30 de abril, y 95/1996, de 29 de mayo). Este criterio interpretativo sigue vigente y viene siendo aplicado con normalidad por la jurisprudencia ordinaria (STS de 10 de diciembre de 2013, rec. 85/2012).

b) Ello no obstante, la jurisprudencia constitucional ha valorado las estrechas relaciones que se establecen entre los sindicatos y los órganos de la representación unitaria. En esta línea, la STC 203/2015, de 5 octubre, se ha referido a los «fuertes elementos de conexión» existentes entre ambas formas de representación. Precisamente por ello, en algún momento de la evolución interpretativa se ha abierto la posibilidad de reconsiderar la taxativa diferencia del tratamiento constitucional entre ellas. Algunas sentencias de mediados de los años 90, en efecto, han ido acompañadas de sendos votos particulares en los que

los Magistrados discrepantes un han defendido «entendimiento “funcional” del derecho» de libertad sindical, que reparara en las acciones ejercitadas y no en la organización que las desarrollaba (SSTC 74/1996, de 30 de abril, y 95/1996, de 29 de mayo). Es verdad que este planteamiento no ha llegado a concretarse en una inflexión de la doctrina anterior, pero sí ha conducido al entendimiento de que la actividad de los representantes unitarios, cuando se encuentren afiliados a un sindicato, puede tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 (entre otras, SSTC 100/2014, de 23 de junio, 203/2015, de 5 de octubre, y 64/2016 de 11 de abril).

Por otro lado, en la ya citada STC 95/1996, de 29 de mayo, la doctrina constitucional reconstruyó una específica «garantía de indemnidad» para los representantes de los trabajadores. Y, al hacerlo no solo con base en la libertad sindical, sino también con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, la misma nace con independencia de que conste o no su afiliación sindical. De este modo, las garantías y facilidades asignadas individualmente a estos trabajadores, particularmente expuestos a las represalias empresariales, obtienen una tutela constitucional similar a la que se deriva del art. 28.1 CE. Volveremos luego sobre este tema.

c) En esta línea se ha movido también la jurisprudencia constitucional en otro terreno, el de la tutela de las **conductas individuales de significación sindical**. En este plano de reflexión, en efecto, el Tribunal Constitucional se ha enfrentado al problema que supone la tutela de trabajadores individuales de los que no consta afiliación sindical pero que desarrollan actividades que materialmente pueden ser consideradas sindicales. Si respecto de esta cuestión se parte de una concepción orgánica de la libertad sindical, la protección de estos trabajadores frente a eventuales conductas empresariales de represalia injustificada no podría basarse en el art. 28.1 CE, ni en las normas que la desarrollan.

Sin embargo, desde fecha relativamente temprana, la doctrina constitucional ha descartado esta conclusión. Existen, de un lado, pronunciamientos que hacen hincapié en la necesidad de incluir en el ámbito del derecho fundamental estas conductas individuales materialmente sindicales por su conexión con aspectos vinculados a la libertad sindical propiamente dicha. A título de ejemplo, cabe traer a colación las SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (tutela frente al despido, con independencia de la afiliación, por desarrollo de acto preparatorio de ejercicio de la actividad sindical consistente en promover asamblea para preparar la convocatoria de elecciones sindicales), o 134/1994, de 9 de mayo (tutela frente a la sanción, con independencia de la afiliación, por adhesión a acciones sindicales promovidas por un sindicato). En esta última sentencia se afirma que, aunque «desde un punto de vista individual, las facultades que, en su vertiente organizativa y de actividad, integran el derecho de libertad sindical tienen, en principio, como titulares a los afiliados a los sindicatos [...]», «este derecho no ha de ser entendido en modo tal que se excluya en todo caso de la titularidad del derecho de actividad sindical a los trabajadores no afiliados», puesto que «cuando una actividad de un sindicato tiene proyección externa y se dirige a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados, el derecho constitucional a la libertad de acción sindical debe proteger a todos los trabajadores que participen en la misma».

III. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD SINDICAL

1. Los aspectos organizativos

La literalidad del art. 28.1 CE incluye únicamente aspectos organizativos de la libertad sindical, tanto desde el punto de vista individual («derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección» o a no afiliarse a ninguno) como colectivo («derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales

o afiliarse a las mismas»). Este tipo de cuestiones han contado desde el principio con un amplio cuerpo normativo para su concreción —tanto en el Derecho internacional como en las normas internas (art. 2 LOLS), incluso desde antes de la Constitución (Ley 19/1977, de 1 de abril)—; y ello ha permitido que su aplicación no haya sido problemática, al menos ante la jurisdicción constitucional. Son pocos en efecto los pronunciamientos referidos a estas cuestiones. Desde la perspectiva individual, se han centrado en la proyección de la **libertad sindical negativa** sobre corporaciones representativas de intereses de afiliación obligatoria (cfr., por ejemplo, SSTC 68/1982, de 22 de noviembre, en relación con la afiliación al Régimen especial de trabajadores autónomos derivada de la inclusión en corporaciones obligatorias, o 132 y 139/1989, de 18 y 20 de julio, respecto a la obligatoriedad de afiliación a Cámaras Agrarias).

Desde la colectiva, existe de entrada algún pronunciamiento en relación con el establecimiento de trabas de carácter administrativo para la actuación en ciertos ámbitos (STC 121/1997, de 1 de julio, sobre reinterpretación del requisito de registro previo para actuar en el ámbito de las Cortes Generales). Asimismo, se detectan algunos relacionados con el reconocimiento de la naturaleza sindical de las organizaciones —en este sentido, SSTC 152/2008, de 17 de noviembre, y 96/2009, de 20 de abril, sobre el rechazo de una federación de asociaciones de funcionarios en un proceso de elecciones a representantes unitarios—. Se han resuelto, por último, algunos problemas episódicos vinculados al **régimen jurídico sindical** y sus relaciones con la libertad sindical.

Desde este último punto de vista, se ha planteado, ante todo, el alcance de la **autonomía organizativa de los sindicatos**. La doctrina general sobre este particular se contiene en la STC 186/1992, de 16 de noviembre, a tenor de la cual «la libertad sindical garantiza a los sindicatos un espacio de libertad frente a los poderes públicos, y muy señaladamente frente a

la Administración, vedando cualquier injerencia o intromisión en la actividad organizativa y sindical de las organizaciones. Sin embargo, es evidente que ni excluye toda intervención pública, ni tiene tal carácter el someter a la jurisdicción el conocimiento de los conflictos sindicales, una vez fracasados los procedimientos internos de resolución». Por la misma razón es claro que las decisiones judiciales de aplicación del ordenamiento a los entes sindicales no suponen en sí mismas contravenciones del derecho fundamental, salvo que fueran arbitrarias o irrazonables y tuvieran como efecto indirecto la paralización de la actividad sindical (arg. *ex* STC 27/1997, de 11 de febrero).

Se han planteado igualmente cuestiones relacionadas con la exigencia de **democracia interna** de sindicatos y organizaciones empresariales exigida por el inciso final del art. 7 CE y concretada en distintos apartados de la LOLS [cfr. arts. 2.1.c) y 4.2.c)]. La doctrina constitucional sobre este particular se concreta en un principio de mínima intervención respecto a la autonomía organizativa de los sindicatos, a los que corresponde con libertad configurar su modelo democrático de funcionamiento en sus estatutos y reglas de régimen interno, así como en la consideración de que, como regla general, la interpretación de unos y otras corresponde a la jurisdicción ordinaria. La STC 186/1992, de 16 de noviembre, ha indicado en este sentido que «el primero de los derechos que el art. 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical atribuye a las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical es el de “redactar sus estatutos y reglamentos”, de forma que, salvo en supuestos manifiesta y claramente antidemocráticos [...], es la adecuación a las normas estatutarias lo que debe analizar un órgano judicial como canon de tutela de los derechos sindicales y de participación de los afiliados en el seno de una determinada organización sindical». Ello no obstante, es preciso descartar toda conexión automática entre la integridad de las normas internas y la de la libertad sindical de los afiliados: como se desprende de

la posterior STC 116/2001, de 21 de mayo, sin perjuicio de que quepa admitir que el incumplimiento de estas normas pueda en ocasiones constituir vulneración de la libertad sindical no existe una conexión automática entre uno y otra —lo que tiene repercusiones evidentes sobre los instrumentos de tutela ejercitables—.

2. Libertad sindical y acción sindical

El grueso de la labor de la doctrina constitucional se ha desarrollado en el terreno de los derechos y facultades de acción sindical. Y es que, una vez fijados en la STC 11/1981, de 8 de abril, los criterios para delimitar la noción de contenido esencial, es obvio que, a pesar del silencio del art. 28.1 CE respecto de estas facultades —muchas de las cuales tienen reflejo expreso en otros lugares de la Constitución—, las mismas deben considerarse incluidas en aquel. Recuérdese que la citada sentencia usa dos caminos de carácter complementario para definir el contenido esencial: conforme al primero, «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»; en cuanto al segundo, la «esencialidad del contenido del derecho» es la que hace «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». Pues bien, siguiendo estas vías, no puede sino llegarse a la conclusión de que la libertad sindical no se agota en sus aspectos organizativos. Como puso de manifiesto tempranamente la jurisprudencia constitucional, «el derecho constitucional de libertad sindical comprende no solo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados —

aquellos a los que la afiliación se haya hecho— realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar «contenido esencial» de tal derecho. Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el art. 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñan el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 CE, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores» (STC 70/1982, de 29 de noviembre; *vid.*, también, entre otras, SSTC 4/1983, de 28 de enero, o 94/1995, de 19 de junio, con cita de otras anteriores).

A) *La expansión del contenido esencial de la libertad sindical*

La reconstrucción de un contenido esencial de la libertad sindical que, a pesar del silencio del art. 28.1 CE, incluye tanto los aspectos organizativos como las funciones desarrolladas por los sindicatos, ha ido acompañada en la primera jurisprudencia constitucional de un proceso de creciente expansión de las facultades incluidas en aquel. Inicialmente, la mencionada expansión se ha referido a derechos de acción cuya conexión con la libertad sindical resulta de todo punto evidente: la inclusión de la **negociación colectiva**, así como la de las distintas manifestaciones relacionadas con la exteriorización de los **conflictos colectivos** —la huelga, pero también la incoación de procedimientos judiciales para su solución— se incluyen en esta primera fase. En esta línea se movió la ya citada STC 70/1982, así como la inmediatamente posterior STC 37/1983, de 11 de mayo. De acuerdo con esta, «la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, los Convenios números 87 y 98 de la Organización Inter-

nacional del Trabajo y las resoluciones interpretativas de los mismos dictados por su Comité de Libertad Sindical, así como la sentencia de este Tribunal de 8 de abril de 1981, incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos, pues sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiera hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos». A todo ello habría que añadir —puesto que, aunque en el curso de la jurisprudencia constitucional aparecen con posterioridad, su fundamento se encuentra precisamente, entre otras, en las sentencias que se acaban de comentar— las cuestiones vinculadas a la capacidad procesal del sindicato y a la **legitimación procesal** de este para actuar en procedimientos en los que se ventilen cuestiones vinculadas al interés de los trabajadores o de los funcionarios, siempre que se acredite la efectiva representatividad o, al menos, implantación entre ellos (STC 210/1994, de 11 de julio). Esta legitimación procesal no solo alcanza a procedimientos y supuestos en los que se advierta directamente el indicado interés profesional, sino también a otros en los que la conexión no resulta tan evidente, debiendo valorarse desde un canon de constitucionalidad reforzada dada la interrelación entre la acción judicial y la acción sindical (cfr. STC 202/2007, de 24 de septiembre, que sintetiza la doctrina anterior; más recientemente SSTC 183/2009, de 7 de septiembre, 58/2011, de 3 de mayo y 148/2014, de 22 de septiembre).

Muy probablemente, la actuación de esta primera jurisprudencia constitucional —que ha terminado por obtener respaldo del legislador cuando, en 1985, ha concretado el contenido del derecho [cfr. art. 2.2.d) LOLS]— se enlaza con un fenómeno mucho más amplio: el absoluto protagonismo que el Tribunal Constitucional ha asumido en el terreno de la interpretación de los derechos fundamentales en materia laboral, a falta de una

tempestiva actuación legislativa de concreción de aquellos y, si se me apura, de específicos mecanismos jurisdiccionales de garantía de su integridad. Y es que, en un contexto de continuidad completa, cabe pensar en un posible comportamiento inercial de los órganos de la jurisdicción ordinaria que se ha concretado en la falta de consideración de la dimensión constitucional de los problemas que se les planteaban. Algo de esto se advierte en las sentencias que reconstruyen el contenido esencial del derecho fundamental. La STC 70/1982 afirma en este sentido que «la conclusión (que) obtiene el Tribunal Central de Trabajo (parte) de unas coordenadas que son de estricta legalidad ordinaria y cuya corrección formal desde ese punto de vista no puede ser puesta en tela de juicio. Sin embargo, la legalidad ordinaria debe ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales». La *vis atractiva* de la libertad sindical le ha permitido de este modo incidir en la interpretación de otros derechos constitucionales que, en una lectura literal, quedarían privados de la tutela privilegiada del recurso de amparo constitucional. La expansión del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 28.1 CE ha devenido de este modo en instrumento para garantizar el liderazgo interpretativo de la jurisprudencia constitucional en el conjunto de los temas sindicales.

No es por ello de extrañar que la jurisprudencia posterior, aun dentro de esta primera fase evolutiva, fuera extendiendo las facultades de acción sindical incluidas en el contenido esencial mucho más lejos. De este modo, han acabado incluidos en él aspectos de clara y marcada configuración legal como son los relacionados con las prerrogativas, garantías o facilidades vinculadas a la representación de los trabajadores en la empresa —como, por ejemplo, la presentación de candidaturas en las mal llamadas elecciones sindicales (STC 104/1987, de 17 de junio), la efectividad y régimen del crédito horario (STC 40/1985, de 19 de abril) o el derecho de reunión (STC 91/1983, de 7 de noviembre)—.

B) *Contenido esencial y contenido adicional de la libertad sindical*

Aunque no cabe duda de que el fenómeno expansivo que se ha descrito ha de ser valorado positivamente desde una perspectiva político-jurídica, en la medida en que ha permitido al Tribunal Constitucional liderar la «constitucionalización» de nuestro ordenamiento sindical y hacerla avanzar deprisa, desde el punto de vista técnico la reconstrucción inicial del contenido esencial de la libertad sindical no está exento de **problemas**. Su expansión tiene, en efecto, efectos colaterales sumamente cuestionables. De un lado, la reconducción indiscriminada de facultades de acción sindical al contenido esencial implica su «cristalización». No solo permite, en este sentido, garantizar la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional respecto de los Tribunales ordinarios, sino que podría posibilitar, al menos en teoría, establecerla respecto del propio legislador, puesto que no hay que olvidar que, conforme al art. 53.1 CE, las leyes de desarrollo de los derechos y libertades deben respetarlo «en todo caso». En este terreno, la inclusión de facultades de creación legal en el ámbito de la libertad sindical implica un posterior desapoderamiento del legislador para configurarlas de otro modo. De otro lado, la expansión del contenido esencial dificulta igualmente la acción legislativa de diferenciación sindical —a la que luego se hará referencia—, puesto que, si todas las facultades de acción sindical forman parte del núcleo duro de la libertad sindical, todos los sindicatos, con independencia de su consistencia organizativa, deberían acceder a ellas en condiciones de igualdad.

No es por ello de extrañar que, a mediados de la década de los ochenta, probablemente a partir de la STC 39/1986, de 31 de marzo, el Tribunal Constitucional haya tomado conciencia de estos problemas y haya introducido un giro en su doctrina. Desde entonces la jurisprudencia constitucional viene diferenciando entre el **contenido esencial** y el **con-**

tenido adicional de la libertad sindical. Para resolver precisamente una cuestión vinculada al tratamiento desigual entre sindicatos en atención a su representatividad en el terreno de la participación institucional, el Tribunal Constitucional distinguió, en la citada sentencia, entre el «núcleo mínimo indispensable» de la libertad sindical —integrado por los derechos de negociación, huelga y planteamiento de conflictos— y otros derechos «adicionales» que las organizaciones sindicales pueden recibir del legislador y que, al no estar integrados en aquel núcleo, admiten diferenciaciones en su disfrute sin lesión del art. 28.1 CE. Aunque parece que estos contenidos adicionales «sobrepasan» el contenido esencial del derecho, y, por tanto, quedan fuera de él, lo cierto es que, una vez concedidos por el legislador, «pasarían a formar parte del contenido esencial de la libertad sindical “más plena” que pueda corresponder» al sindicato beneficiario. Con posterioridad, estas ideas han cristalizado en la jurisprudencia constitucional extendiéndose al conjunto de las facetas de la actividad sindical. Tomando como ejemplo de su formulación en una sentencia de interés indudable, la 281/2005, de 7 de noviembre, en relación con el uso por la representación sindical de los medios informáticos de la empresa, la libertad sindical tiene un «núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical» que incluye, junto con el componente asociativo, una vertiente funcional del derecho integrada por las facultades de actividad sindical de los arts. 2.1.d) y 2.2.d) LOLS. Pero «el derecho fundamental se integra, no solo por su contenido esencial, sino también por (el) contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE [...]. Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece».

Esta diferenciación entre el contenido esencial y el adicional permite solventar los riesgos de la expansión del contenido esencial de la libertad sindical que se han señalado más arriba. De entrada, como se acaba de ver —y se analizará después con algo más de detalle—, la distinción de facultades esenciales y adicionales suministra un instrumento para la justificación del fenómeno de la desigual atribución de facultades de actuación sindical en función de la representatividad ostendida por las distintas organizaciones. En segundo lugar, permite conjurar la «cristalización» del contenido de la libertad sindical en relación con eventuales desarrollos legislativos diferentes a los vigentes en un momento dado: el contenido adicional está integrado «por derechos y facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir» (STC 9/1988, de 25 de enero) —dado que no integran el núcleo resistente garantizado por el art. 53.1 incluso frente al legislador—. Y todo ello puede hacerse manteniendo la posición privilegiada del Tribunal Constitucional en relación con los temas sindicales, puesto que el contenido adicional, aunque dúctil para el legislador, no lo es en el plano interpretativo. A estos efectos, también las facultades del contenido adicional forman parte del contenido constitucional del derecho: de hecho, desde los primeros pronunciamientos, se ha sostenido que la actuación del sindicato que las ejerce «supone ejercicio de la libertad sindical» y, en cuanto tal, es «merecedora de la protección legal y constitucional de dicha libertad» (STC 9/1988). No es por ello de extrañar que la noción de contenido adicional haya alcanzado un notable éxito interpretativo en la jurisprudencia constitucional. Basta consultar la STC 281/2005, que acaba de ser citada, para darse cuenta de ello: la reconstrucción del contenido de la libertad sindical que se ha transcrito va adornada en la redacción original con un buen número de pronunciamientos anteriores que lo demuestran. Por lo demás, esta diferenciación continúa presente en la jurisprudencia más reciente, como se advierte en la STC 64/2016, de 11 de abril, sobre la que volveré de inmediato.

Una concreción del éxito de las categorías que se consideran se encuentra en la **expansión del contenido adicional** de la libertad sindical. Expansión de la que puede hablarse en dos sentidos diferentes, uno de carácter temático y otro de naturaleza genética. En el primer sentido, si el contenido adicional fue inicialmente concebido para albergar las facultades de participación institucional de los sindicatos (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, o 217/1988, de 21 de noviembre), este se ha nutrido después con otro tipo de facultades de instauración claramente infraconstitucional, incluso en casos que inicialmente habían sido reconducidos al contenido esencial. Cabe traer a colación, como ejemplo, las cuestiones vinculadas a la participación sindical en las elecciones a representantes unitarios —por ejemplo, en punto a presentación de candidaturas (cfr., a título orientativo, SSTC 51/1988, de 22 de marzo, o 18/2001, de 29 de enero), a promoción electoral (entre otras, SSTC 164/1993, de 18 de mayo, o 36/2004 de 8 de marzo, seguida por otras muchas respecto al mismo supuesto que pueden consultarse en la STC 125/2006, de 24 de abril) o a la determinación del mandato (STC 64/2016, de 11 de abril)—, a las facilidades y garantías relacionadas con la acción sindical y con la representación de los trabajadores en la empresa —en relación con la posibilidad de designar delegados sindicales (por todas, STC 145/1999 de 22 de julio), con la protección a la expiración de su mandato (STC 229/2002, de 9 de diciembre), con el crédito horario (cfr. STC 70/2000, de 13 de marzo), con las garantías frente a sanciones o extinciones (SSTC 30/1992 de 18 de marzo, o 191/1996, de 21 de noviembre) o con el alcance del derecho de reunión (STC 76/2001, de 26 de marzo)—.

Por otro lado, y por lo que se refiere al posible **origen** del contenido adicional, de entrada el Tribunal Constitucional hizo referencia a que el contenido adicional era «creación de la ley» (STC 39/1986). De inmediato se advirtió que esta expresión se utilizaba en sentido amplio, puesto que poco tiempo después el Tribunal Constitucional habló de «reconoci-

miento o creación legal o reglamentaria de un medio de acción sindical adicional» (STC 9/1988). Las especialidades del ordenamiento jurídico laboral posibilitaron, en tercer lugar, que la doctrina del contenido adicional se extendiera también a «derechos o facultades adicionales atribuidos por normas o Convenios» (STC 127/1989, de 13 de julio). La negociación colectiva se incorporó de este modo a las fuentes de las que podía nutrirse el contenido adicional (*vid.*, además, entre otras, SSTC 30/1992, de 18 de marzo; 67/1995, de 9 de mayo; 145/1999, de 22 de julio).

La culminación de esta expansión se ha producido, en fin, cuando el Tribunal ha llegado a la conclusión de que el mismo puede surgir de conductas o decisiones unilaterales de la empresa de reconocimiento y/o tolerancia del ejercicio de ciertas ventajas a las organizaciones sindicales. Es verdad que inicialmente se rechazó esta posibilidad, aunque sin abdicar de la posibilidad de controlar esta última fuente del contenido adicional. La STC 132/2000, de 16 de mayo, seguida por alguna otra (STC 269/2000, de 13 de noviembre), indicó que «el contenido adicional del derecho de libertad sindical no se integra por aquellas facultades o garantías que, libremente reconocidas por el empresario a los sindicatos o a sus representantes», pero «ello no implica que las decisiones empresariales así acordadas sean ajenas a todo control constitucional desde la perspectiva del art. 28.1 CE». Precisamente por esto, con posterioridad, sobre la base de estas facultades de control y con cita de estas sentencias, el Tribunal Constitucional ha permitido que el contenido adicional tenga «fuente legal o convencional» o que encuentre su «origen en una atribución unilateral del empresario» (STC 281/2005, de 7 de noviembre).

C) *Protección y enjuiciamiento del contenido adicional: puntos críticos*

No obstante, la reconstrucción del llamado contenido adicional no se encuentra exenta de objeciones, que la doctrina ha puesto de

manifiesto puntualmente; y que algunos Magistrados del propio Tribunal Constitucional han advertido en alguna ocasión mediante la formulación de votos particulares. Aunque resulta poco probable que a estas alturas sean recogidas por la jurisprudencia constitucional, vale la pena reflexionar sobre ellas. Aparte el hecho de que, como consecuencia de la reconstrucción de su contenido que hace el Tribunal Constitucional, la libertad sindical acaba por aparecer como un derecho fundamental de todo punto singular, al tener dos contenidos diferentes, cosa que no se predica de otros derechos ni siquiera en el ámbito laboral, el problema principal es el de saber dónde se encuentran los confines de cada uno de ellos con respecto a las cuestiones sindicales de pura legalidad o, en todo caso, ajenas a la competencia de la jurisdicción constitucional en materia de amparo. Obsérvese que este problema se plantea tanto respecto del contenido esencial como para el adicional.

a.) Por lo que se refiere al primero, al extender el contenido de la libertad sindical más allá de los aspectos organizativos, entran en él otros derechos constitucionales, negociación y procedimientos de conflicto colectivo, cuya ubicación en el art. 37 CE habría de suponer que, en principio, no tienen **acceso al recurso de amparo**. Por eso, desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en que no todos los aspectos vinculados a estas facultades de acción sindical se integran en el contenido esencial (por ejemplo, STC 51/1984, de 25 abril). No parece necesario entrar en excesivos detalles, puesto que la cuestión será sin duda objeto de tratamiento más detallado en el respectivo comentario. Basta con indicar que la doctrina constitucional parece guiarse por el criterio de considerar incluidos en el ámbito de la libertad sindical los aspectos vinculados al acceso de los sindicatos a estas facultades. Así, para la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional ha indicado que su «especial tutela [...] como elemento de la libertad sindical no puede ser entendida como la constitucionalización de todos y cada uno

de los poderes y facultades que corresponden al Sindicato en la fase de negociación misma, y en su ejecución y aplicación», sino que ha de entenderse «referida fundamentalmente al acceso efectivo a la contratación colectiva, para impedir que los poderes públicos, la organización empresarial, el empresario u otros sindicatos rechacen arbitrariamente la participación en un proceso de contratación colectiva de un Sindicato legalmente legitimado para ello» (STC 184/1991, de 30 de septiembre, con cita de otras anteriores; con posterioridad, entre otras, SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 222/2005, de 12 de septiembre). De este modo, el desarrollo del procedimiento, sus resultados, así como las cuestiones vinculadas a interpretación y aplicación de los convenios, quedan al margen del ámbito de la libertad sindical (por todas, STC 92/1994, de 21 de marzo), salvo en el caso de que se produzca un cuestionamiento del propio método negociador, como ocurre en el caso de la utilización de la autonomía individual de forma masiva (STC 105/1992, de 1 de julio, seguida por varias más de las que da cuenta STC 238/2005, de 26 de septiembre).

b) En cuanto a las facultades adicionales, las dificultades de delimitación son aún mayores, puesto que se plantean con el contenido esencial y, además, con la legalidad ordinaria. Por lo que se refiere al primer tipo de conflictos, la **diferenciación entre el contenido esencial y el adicional**, las orientaciones que se desprenden de la jurisprudencia constitucional parecen bastante claras, aunque presentan ocasionalmente aspectos oscuros. Por supuesto, la fuente originaria es un indicativo claro de la atinencia al contenido adicional. Por eso, en materias como la participación institucional o las relacionadas con las elecciones sindicales, no parece existir duda respecto a su encuadramiento en él. En otros casos, sin embargo, al confluir orientaciones constitucionales e infraconstitucionales, el tema es más confuso. Tal ocurre señaladamente con la actividad sindical en la empresa. La posibilidad de que las organizaciones sindicales actúen dentro de las empre-

sas tiene un componente de contenido esencial, puesto que difícilmente los sindicatos pueden cumplir los fines constitucionalmente asignados en caso de no poder desarrollarla (por todas, STC 94/1995, de 19 de junio). Pero, de otro lado, su desarrollo en una serie de posibilidades concretas de actuación, garantías y facilidades establecidas legal o convencionalmente que, evidentemente, no integran aquel al tener carácter contingente.

Aunque existen casos que se separan claramente de los criterios que se exponen a continuación —como el conocido asunto de la utilización del correo electrónico por las secciones sindicales resuelto por la STC 281/2005—, la diferenciación entre unas y otras conecta con la distinción entre la acción sindical en la empresa entendida como «libertad interna de autoorganización del sindicato, [...] ejercicio de un derecho de libertad» y «las consecuencias legales que de la existencia de este organismo pueden deducirse, imponiendo cargas y obligaciones al empresario, lo que ya no es mero ejercicio de un derecho de libertad, sino también, por así decirlo, un derecho de prestación a cargo de un tercero» (STC 61/1989, de 3 de abril). La primera, siempre que se ejercite sin perjudicar los intereses organizativos del empresario —como ha indicado el Tribunal Constitucional respecto, por ejemplo, a la distribución de información sindical o actividades similares (cfr. SSTC 94/1995, de 19 de junio, o 201/1999, de 8 de noviembre)—, se encuentra en el contenido esencial. En cuanto a la segunda, es parte del contenido adicional, puesto que las limitaciones o cargas para un tercero, el empresario, mal pueden derivarse de un derecho de libertad como es la libertad sindical, requiriendo por tanto su imposición la intermediación de un acto normativo específico. Este criterio permite comprender la solución que se da al tema resuelto en estas sentencias —relativo a la admisibilidad constitucional de que no todas las secciones sindicales designen delegados que el empresario deba reconocer y a los que deba asignar los derechos contenidos en el art. 10.3 LOLS (*vid.*, tam-

bién, con posterioridad, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, en cuestión de inconstitucionalidad, o 188/1995, de 18 de diciembre—; y algunas cosas más —por ejemplo, la diferencia entre la capacidad de reunión de los propios afiliados, contenido esencial (STC 168/1996, de 29 de octubre), y las posibilidades de convocar reuniones para la asistencia de todos los trabajadores, contenido adicional (STC 76/2001, de 26 de marzo)—.

Con todo, no cabe descartar la existencia de perfiles sumamente problemáticos, como puede advertirse en la STC 64/2016, de 11 de abril. De su lectura se desprende que, en la cuestión resuelta —incidencia de la transmisión de empresa en el mandato de los representantes unitarios—, no se alcanza unanimidad entre los magistrados concurrentes en relación con su adscripción al terreno del contenido esencial o del adicional.

c) Por último, el hecho de que el contenido adicional tenga origen fuera de la Constitución plantea un evidente problema de confines con la **legalidad ordinaria** y, también, con las facultades interpretativas que sobre ella competen a los Tribunales ordinarios. Por ello, desde el principio, el Tribunal Constitucional ha intentado limitar sus facultades respecto al mismo. En este terreno, conviene señalar dos ideas. De un lado, ha señalado que no se integra en él la totalidad del régimen legal, reglamentario o convencional de las facultades que lo componen. Por ejemplo, en relación con las mal llamadas elecciones sindicales, la STC 1/1994, de 17 de enero, que cita otras anteriores y que ha sido seguido por otras muchas (recogidas, por ejemplo, en STC 36/2004, de 8 de marzo), ha señalado que su conexión con el contenido adicional «no significa [...] la inclusión en el ámbito del derecho de libertad sindical de las normas electorales en su conjunto, de todos los actos relacionados con el proceso electoral». Por eso, en la extensa jurisprudencia constitucional sobre estos procesos electorales, en línea con lo que acontece con la negociación, lo que se ha tutelado con amparo en el art. 28.1 CE son

las cuestiones vinculadas a participación y promoción sindical del fenómeno.

De otro lado, por lo que se refiere a la delimitación de funciones entre la **jurisdicción constitucional y la ordinaria**, la indicada STC 1/1994 ha indicado que, siendo las facultades integradas en el contenido adicional «de configuración legal», deben «ejercerse en los términos legalmente previstos [...] y, por consiguiente, la función revisora de este Tribunal debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables». La existencia de este específico canon de control en relación con el contenido adicional, más liviano que el que se predica del esencial, es una constante que llega hasta fecha bien reciente, como se advierte en la STC 64/2016, de 11 de abril.

Ahora bien, a pesar de esta reiteración en la jurisprudencia constitucional, existen pronunciamientos que se separan de esta doctrina y, en lugar de limitarse a un control de motivación y razonabilidad de las decisiones judiciales al analizarse, utilizan cánones interpretativos diferentes, vinculados a un principio de selección de la interpretación más favorable a la integridad del derecho fundamental —o, en una formulación más reciente, de proscripción de la interpretación «indebidamente restrictiva»— (STC 18/2003, de 30 de enero, en recurso de amparo avocado al Pleno). Se trata quizá de un planteamiento que, si admisible en relación con el contenido esencial del derecho, es cuando menos discutible en relación con las facultades adicionales que lo integran (*vid.*, en este sentido, votos particulares de las SSTC 191/1996, de 21 de noviembre, o 281/2005, de 7 de noviembre). Esta situación ha conducido, por lo demás, a la propia alteración de alguna de las coordenadas básicas dentro de las que se mueven las facultades adicionales: la libre alteración o supresión por la fuente que las generó. En efecto, si esta idea, aunque con dificultades relacionadas con otras cuestiones (cfr. SSTC 292/1993, de

18 de octubre, y 168/1996, de 29 de octubre), había acabado por prosperar respecto a las reconocidas unilateralmente por la empresa — que podían, por tanto ser modificadas o eliminadas por la misma vía (cfr. SSTC 132/2000, de 16 de mayo, y 269/2000, de 13 de noviembre)—, ha sido puesta en cuestión por la STC 281/2005, en el reiteradamente citado supuesto de la utilización sindical de los medios informáticos de la empresa.

IV. IGUALDAD Y PLURALIDAD SINDICALES: LA CUESTIÓN DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD

Una parte sustancial de la actividad de la jurisprudencia constitucional se ha referido a la cuestión, aludida de pasada varias veces, de la atribución desigual a las organizaciones sindicales de funciones y medios de acción en atención a su representatividad. La representatividad sindical supone, como es sabido, el establecimiento de específicas medidas de promoción del hecho sindical a través de la asignación de facultades adicionales de acción sindical para las organizaciones sindicales de amplia base y consistencia organizativa. La noción de representatividad conecta de este modo con la relevancia constitucional de las organizaciones sindicales (y empresariales) como representantes de intereses sociales y económicos (art. 7 CE) —que, como se ha visto en la STC 20/2018, de 5 de marzo, en relación con la designación de representantes institucionales en los medios de comunicación públicos, hace que sean interlocutores privilegiados—.

Precisamente por esto último, la institución de la representatividad plantea delicados problemas desde el punto de vista de la integridad de la libertad sindical. Si bien nada hay que objetar a que el legislador desarrolle políticas de promoción de las organizaciones sindicales, cuando estas son selectivas, rompen la igualdad entre las organizaciones, puesto que algunas son beneficiarias y otras no. Y la ruptura de la igualdad puede ser contraria no solo al art. 14 CE, sino también al propio

art. 28.1 CE, puesto que el favorecimiento injustificado de unas u otras organizaciones podría favorecer la afiliación a unas u otras o restringir las competencias de las mismas. No es por ello de extrañar que la jurisprudencia constitucional se haya enfrentado a cuestiones de esta naturaleza desde fecha bien temprana (STC 53/1983, de 22 de julio); lo ha hecho de manera casi monográfica al resolver el recurso contra la LOLS (STC 98/1985, de 29 de julio) y que, incluso habiéndose salvado la constitucionalidad de esta norma, haya continuado pronunciándose con posterioridad, bien es cierto que con intensidad decreciente.

Una rápida reconstrucción de la doctrina constitucional sobre la representatividad sindical podría ser la siguiente:

a) La primera idea es, desde luego, la **viabilidad constitucional**, desde un punto de vista general, de la institución de la representatividad sindical, sin perjuicio de que sea posible discutir problemas concretos respecto a su articulación normativa. Es cierto que su reconocimiento entra en conflicto con el principio «de libertad sindical e igualdad de trato de los sindicatos, derivado del art. 28.1 de la Constitución (en relación con el 14)», pero se sitúa en línea con otro, «el de promoción del hecho sindical, que enlaza con el art. 7 de la Constitución y sería obstaculizado por una defensa a ultranza» de aquel, puesto que «la más eficaz defensa de los intereses de los trabajadores [...] se vería perjudicada por una atomización sindical». Por ello, no es posible cuestionar, continúa la STC 98/1985, de 29 de julio, la constitucionalidad de la declaración general contenida en el art. 6.1 LOLS, en cuya virtud la representatividad sindical confiere a quien la ostenta «una singular posición jurídica», con independencia de que la «tensión» entre los dos principios indicados plantee un «problema de límites».

Por lo demás, si nos situamos en esta última perspectiva de análisis, mucho más concreta, las cuestiones que se encuentran son dos: la del «modo de alcanzar la condición de sindi-

cato más representativo» y la de las «funciones o prerrogativas dependientes de tal condición». La STC 98/1985 sabe que ambos se encuentran íntimamente relacionados, pero deben mantenerse conceptualmente separados, puesto que «en el relativo a las funciones, lo que interesa no es conocer la constitucionalidad de su atribución a unos determinados sujetos, sino la exclusión de otros, mientras que en materia de reconocimiento de la condición es la objetividad del criterio que permite una posición singular lo que debe valorarse».

b) La más sencilla de estas cuestiones es, sin duda, la referida al **acceso a la representatividad**. Conforme a la STC 98/1985, «los criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso». En este terreno, y con independencia de las críticas que, por sus efectos colaterales, suscite desde la perspectiva político-jurídica, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que el sistema de acceso a la representatividad utilizado tradicionalmente en el ordenamiento español y que cristaliza en los arts. 6 y 7 LOLS cumple sin duda tales requisitos. La audiencia electoral, esto es, los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos legales de representación del personal en las empresas o entidades administrativas es, en este sentido, un criterio objetivo, cuya razonabilidad no puede ponerse en duda al existir una obvia «relación entre el carácter del órgano y el interés que en él ha de representarse». Por ello, no fue objeto de cuestión al recurrirse la LOLS. Y solo lo ha sido en el conjunto de las tres décadas de vigencia de la Constitución desde una perspectiva sumamente marginal: la planteada por determinadas opciones sindicales que, por sus planteamientos ideológicos, rechazan la participación en estas elecciones (SSTC 23/1983, de 25 de marzo, sobre presunta lesión de la libertad sindical por falta de publicación por la Administración de los resultados de la abstención en las elecciones llamadas sindicales, y STC 84/1989, de 10 de mayo, respecto de la inexistencia de lesión por imposibilidad de acceder a la designación de delegados

sindicales de las organizaciones que no participan en ellas).

Otra cosa es que la concreta articulación legal o reglamentaria del criterio haya sido objeto de impugnación. Así, la propia STC 98/1985, de 29 de julio, que nos sirve de guía, descartó la inconstitucionalidad del establecimiento de requisitos más gravosos para alcanzar la condición de sindicato más representativo de carácter autonómico —sobre la base de que, en el esquema LOLS, la atribución de esta condición permite acceder al ejercicio de funciones de representatividad en el nivel estatal (cfr. art. 7.1 LOLS); *vid.*, también, STC 57/1989, de 16 de marzo, en relación con la legitimación para la negociación colectiva—. Igualmente, la STC 98/1985 sostuvo también la adecuación constitucional de la irradiación de la representatividad, que hace que federaciones y asociaciones sindicales incluidas en una organización más amplia que ostenta la condición de más representativa la tengan a su vez, con independencia de su real audiencia electoral [cfr. art. 6.2.b) LOLS]. Por su parte, las SSTC 7 y 32/1990, de 18 de enero y 26 de febrero, respectivamente, reflexionan sobre el requisito de que los mecanismos para alcanzar la mayor representatividad «no ofrezcan», como indicó la STC 98/1985, «posibilidad de parcialidad o abuso». Y sobre la base de esta idea, concluye que la representatividad no puede interferir los procesos encaminados a alcanzarla: los órganos de control y cómputo de los resultados electorales no pueden, en definitiva, quedar en manos de los propios sindicatos más representativos (*vid.*, también, STC 228/1992, de 14 de diciembre).

Por último, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión también de pronunciarse respecto del problema de la determinación de la representatividad empresarial, admitiendo la utilización a estos efectos del criterio de la afiliación al que se refieren el art. 87.3 y la DA 6.^a ET (STC 57/1989, de 16 de marzo; *vid.*, también, STC 52/1992, de 8 de abril). Las mayores dificultades que presenta para su objetivación son, en definitiva, una cuestión de hecho.

c) El grueso de la reflexión del Tribunal Constitucional se ha orientado hacia el segundo problema: el de la legitimidad de la **asignación diferenciada de derechos** a las organizaciones sindicales, en función de su representatividad. Aun cuando las numerosas sentencias constitucionales sobre este particular resultan difíciles de sistematizar, es probable que se muevan alrededor de estas ideas.

La primera se refiere a las medidas de apoyo a la propia organización. En este terreno, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse varias veces sobre subvenciones directas a las organizaciones sindicales, así como sobre otras formas de **apoyo económico** mediante la cesión de locales. Inicialmente, la jurisprudencia se ha movido en un plano igualitario, rechazando que al respecto pueda jugar la representatividad sindical. Tal criterio se advierte, en relación con la cesión de inmuebles del patrimonio sindical acumulado, en la primera sentencia sobre esta cuestión (STC 99/1983, de 16 de noviembre) y, sobre todo, en las SSTC 20/1985, de 14 de febrero, y 72/1985, de 13 de junio, en relación con las subvenciones a las centrales sindicales que declararon la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley de presupuestos que preveía subvenciones limitadas a las centrales más representativas: no se encontró justificación objetiva y razonable para tal restricción y se consideró, además, que podría incidir sobre «el orden competitivo entre los sindicatos». La proximidad de estas sentencias hizo que la STC 98/1985 tuviera que echar «balones fuera» respecto al problema que planteaba el art. 6.3.f) LOLS al referir la cesión temporal de bienes del patrimonio sindical acumulado únicamente a las organizaciones más representativas. Tuvo que entender en efecto que el precepto no establecía literalmente un monopolio de estas, remitiendo la cuestión a una futura ley.

Era inevitable, en todo caso, que el problema acabara por plantearse, puesto que con posterioridad la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumu-

lado, primará al respecto a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas —a las que asignaba una «preferencia» sobre las demás—, obligando al Tribunal Constitucional a plantearse formalmente el problema. Pero, para entonces, ya se había consolidado en la doctrina constitucional la idea de que las organizaciones más representativas realizan un cúmulo de funciones adicionales que las que no tienen tal condición no desarrollan, siendo posible, sobre la base de ellas, la asignación diferenciada del apoyo económico. Por eso, la STC 75/1992, de 14 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 4/1986, llegó a la conclusión de que justificó la preferencia legal «en atención a las especiales funciones que han sido atribuidas» a los sindicatos más representativos. Y, si bien esta doctrina fue reiterada en la inmediata STC 183/1992, de 16 de noviembre, dictada en cuestión sobre la misma ley, el Tribunal Constitucional descartó en ella, declarando inconstitucional el correspondiente precepto, que la función consultiva en punto a distribución del patrimonio quedara en manos de las organizaciones más representativas. Por lo demás, ambas sentencias hicieron referencia al hecho de que la preferencia no impedía el juego simultáneo de otros criterios, como el de la proporcionalidad. De este modo, se legitima la posibilidad de establecer dos criterios diferentes. Así lo demuestra la STC 147/2001, de 27 de junio, que permite el establecimiento de una «doble escala» para la fijación de subvenciones a las organizaciones sindicales y empresariales.

En el terreno de las **facultades de actuación**, como se ha indicado más arriba, la diferenciación resulta legítima cuando se relaciona con el contenido adicional de la libertad sindical. El esencial, ha dicho el Tribunal Constitucional, ha de ser disfrutado por igual por todos los sindicatos, mientras que el adicional, cuyo objetivo es promocionar el hecho sindical permitiéndole acceder a ventajas que no serían posibles sin la intermediación legislativa, admite en mayor medida políticas selectivas. Aunque este resultado se había alcan-

zado desde las primeras sentencias que afrontaron el problema en el terreno de la llamada **participación institucional** (SSTC 53/1982, de 22 de julio, sobre composición comisiones provinciales del desaparecido INEM, y 65/1982, de 10 de noviembre, sobre consultas para designar al representante de las organizaciones sindicales en la asamblea de la OIT), la idea se formuló con toda rotundidad en la STC 39/1986, de 31 de marzo. Lo único que conviene advertir es que, desde la STC 184/1987, de 18 de noviembre, en relación con la composición del Consejo General de MUFACE, sabemos que la reserva de estas funciones a las organizaciones más representativas no puede hacerse en detrimento de los eventuales derechos de participación de las que lo sean simplemente en el ámbito de que se trate.

Algo parecido ocurre con la **acción sindical** propiamente dicha. Si, desde la primera jurisprudencia constitucional (por ejemplo, SSTC 4/1983, de 28 de enero, o 73/1984, de 27 de junio), se han considerado objetivas y razonables las restricciones de la legitimación para negociar en atención a la promoción de la negociación que se consigue mediante el reconocimiento de la eficacia general, la STC 98/1985 ha salvado la inconstitucionalidad de la LOLS en este punto afirmando que la negociación colectiva, contenido esencial, compete a todas las organizaciones, mientras que el art. 6.3.b) LOLS solo reserva a las más representativas la negociación de eficacia general, que, por la intervención legislativa existente en su configuración, atiene al contenido adicional. En esta misma línea, incluso de forma más explícita, se ha movido la jurisprudencia posterior, en relación fundamentalmente con las normas legales que vinculan las garantías y facilidades de la acción sindical en la empresa a exigencias de representatividad. Cabe destacar en esta línea la STC 173/1992, de 29 de octubre, que, con cita de otras anteriores a las que se añadió después la STC 188/1995, de 18 de diciembre, resolvió cuestión de constitucionalidad respecto a los requisitos establecidos en el art. 10 LOLS para acceder a la posibilidad de designar delegados sindicales en la empresa.

Esta misma solución se ha aplicado a otros problemas afines —por ejemplo, la reserva de la excedencia *ex* art. 9.1.b) LOLS a las organizaciones más representativas (STC 263/1994, de 3 de octubre)—. Por su parte, en este mismo terreno de la acción sindical en la empresa, la STC 118/2012, de 4 de junio, ha considerado la asunción de compromisos y tareas adicionales como justificación suficiente para la asignación de ventajas para determinadas organizaciones por la negociación colectiva.

V. LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

La jurisprudencia constitucional ha dedicado, por último, una intensa actividad a la reconstrucción de los mecanismos de tutela de la libertad sindical. Ello no obstante, a fin de evitar reiteraciones con otros comentarios de esta misma obra, no se ofrece a continuación un análisis detallado de esta materia. Los **aspectos de carácter procesal**, en concreto, no serán objeto de consideración, si bien parece preciso recordar, cuando menos, que una pieza clave de la tutela de los derechos fundamentales, como es la existencia de criterios específicos respecto a la distribución de la carga de la prueba, fue introducida por el Tribunal Constitucional precisamente a propósito del derecho fundamental que nos ocupa (STC 38/1981, de 23 de febrero, seguida por otras muchas, algunas de las cuales pueden verse, por ejemplo, en STC 140/2014, de 11 de septiembre).

Desde el punto de vista sustantivo, sí parece necesario detenerse en una circunstancia, las **conexiones entre la libertad sindical y otros derechos fundamentales**, en la medida en que a través de la misma han surgido ulteriores garantías para aquella. De entrada, es necesario no olvidar el papel que cumple la **prohibición de discriminación** en relación con la integridad de los derechos fundamentales. Aunque es un fenómeno conocido, cabe destacar que esta conexión es particularmente significativa en la medida en que se revela como una particular y eficaz garantía del ejer-

cicio de la libertad sindical, en sus aspectos individuales. Hasta el punto que la jurisprudencia ha elaborado una particular institución, una específica «**garantía de indemnidad**» (STC 87/1998, de 21 de abril) que prohíbe «cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores» (STC 30/2000, de 31 de enero), puesto que «dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra [...] el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa» (STC 214/2001, de 29 de octubre). Por supuesto, ello afecta a las medidas empresariales de represalia directa mediante el despido u otras sanciones (cfr. STC 227/2006, de 17 de febrero, con cita de otras muchas), pero también a las diferencias de trato injustificadas en materia retributiva o en cualesquiera condiciones de trabajo (cfr. SSTC 200/2007, de 24 de septiembre, 257/2007, de 17 de diciembre, 90/2008, de 21 de julio y 137/2008, de 27 de octubre, y las en ellas citadas). La aplicación de esta garantía, combinada con los particulares criterios probatorios a los que se ha hecho alusión, conduce en alguna ocasión a resultados que, cuando menos, deben ser calificados de curiosos (por ejemplo, STC 92/2005, de 18 de abril). Por otro lado, no está exenta de problemas interpretativas —por ejemplo, en relación con los complementos salariales vinculados a la productividad como demuestran las SSTC 100/2014, de 23 de junio, o 148/2015 de 6 julio, con voto particular).

Conviene igualmente señalar la conexión que se ha establecido entre el art. 28.1 CE y los derechos vinculados a la **intimidación**. Cabe recordar en este sentido que, salvo que la fuente que establezca alguna facultad adicional la condicione a la demostración de la afiliación (cfr. STC 145/1999, de 22 de julio), no cabe obligar a los representantes sindicales a suministrar datos al respecto (cfr. STC 292/1993, de 18 de octubre, que aplica a estos efectos el art. 16.2 CE). Y, sobre todo, que la información sindical al alcance de la empresa solo puede ser utilizada con los fines para los que ha sido recabada. Es preciso traer a colación, en este último sentido, la STC 11/1998, de 13 de enero, seguida por una larga serie de pronunciamientos recaídos en el mismo asunto, que impide el uso de la cedida para la recaudación de cuotas a efectos de proceder a los descuentos por huelga.

Por último, cabe referirse a las relaciones que se han establecido entre la libertad sindical y las **libertades de expresión e información**. Esta conexión es particularmente evidente desde el momento en que el ejercicio de estas libertades por los representantes forma parte de la propia libertad sindical y por ello aparece caracterizado por especiales rasgos (SSTC, entre otras, 1/1998, de 12 de enero; 185/2003, de 27 de octubre, 227/2006, de 17 de julio o 203/2015, de 5 de octubre). Y lo que es igualmente importante, ha permitido modalizar la interpretación literal de las obligaciones legales de sigilo impuestas a los representantes de los trabajadores (STC 213/2002, de 11 de noviembre).

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL, I. y BLASCO, A., *Proceso de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ALEMÁN, F. y CAMACHO, J. D., «Sobre el sistema indemnizatorio del procedimiento de tutela de la libertad sindical», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, págs. 31 y ss.

CASAS, M. E. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 17, 1984, págs. 51 y ss.

CAVAS MARTÍNEZ, F., *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

DE SOTO RIOJA, S., *La libertad sindical negativa*, Civitas, Madrid, 1998.

DURÁN LÓPEZ, F., «La libertad sindical y la acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en ALARCÓN, M. R. (Coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991. Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, Madrid, 1990.

ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, págs. 25 y ss.

GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

GARCÍA NINET, J. I. y DE VICENTE, A., «El derecho de libertad sindical: sujetos incluidos y excluidos», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. I, Diputación, Castellón, 1999, págs. 343 y ss.

LANDA ZAPIRAÍN, J. P., *Democracia sindical interna. Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos*, Civitas, Madrid, 1996.

LUJÁN ALCARAZ, J., *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.

MARÍN MORAL, I., *Libertad sindical y Constitución*, Laborum, Murcia, 2002.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Ibidem*, Madrid, 1997.

— «El derecho de libertad sindical», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, págs. 227 y ss.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 73, 2008, págs. 247 y ss.

NAVARRO NIETO, F., *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La subsidiariedad del recurso de amparo y el peligroso efecto “boomerang” de la dilatación del contenido de la libertad sindical: la STC 92/2005, de 18 de abril», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005.

OJEDA AVILÉS, A., «Un contenido esencial algo venial. O los problemas técnicos de una dispersión hermenéutica», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 44, 1990, págs. 581 y ss.

— «La libertad sindical», en MONEREO, J. L. (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 1035 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., «Libertad sindical», en RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. J. y ELORZA, F. J. (Coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, XIX Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 13 y ss.

ROQUETA BUJ, R., «La libertad sindical», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011 (monográfico sobre «Los trabajadores de las Administraciones Públicas»), págs. 147 y ss.

SALA FRANCO, T., «La libertad sindical», en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, XIII Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, págs. 883 y ss.

SALA, T. y ROQUETA, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

SANGUINETI, W. y CABERO, E. (Coords.), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del pfr. Manuel Carlos Palomeque treinta años después*, Comares, Granada, 2017, caps. I al VII.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Antisindicalidad y relaciones de trabajo. Un estudio de la conducta antisindical en la empresa*, Civitas, Madrid, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2016, págs. 529 y ss.

ARTÍCULO 28.2

EL DERECHO DE HUELGA

Sumario: I. El artículo 28.2 de la Constitución, «la falta de la inexcusable ley postconstitucional» y el todavía vigente Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. II. Titularidad: trabajadores autónomos, trabajadores extranjeros y funcionarios públicos. III. Concepto y función del derecho de huelga y huelgas ilegales y abusivas. IV. Los límites del derecho de huelga y cuestiones conexas. 1. El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. 2. Límites a la libertad del empresario, huelgas abusivas (de nuevo), servicios de seguridad y mantenimiento y proporcionalidad y sacrificios mutuos. 3. Libertad de empresa y derecho de huelga y huelga en casos de subcontratación. 4. La no sustitución (interna, externa o «tecnológica») de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa y la «anestesia» o paralización durante la huelga de algunos poderes empresariales. 5. La imposibilidad de utilizar el dato. 6. Cláusulas antiabsentismo y primas antihuelga. 7. Las libertades comunitarias (de establecimiento y libre prestación de servicios) como límite del derecho de huelga. V. La titularidad y las facultades individuales y colectivas del derecho de huelga. VI. La dinámica del ejercicio del derecho: preaviso, comité de huelga, piquetes y publicidad de la huelga, servicios de seguridad y mantenimiento, pactos de fin de huelga y huelga y desempleo. VII. Poder disciplinario, seguridad social, ilegalidad y suspensión cautelar de la huelga.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
ABOGADO

I. EL ARTÍCULO 28.2 DE LA CONSTITUCIÓN, «LA FALTA DE LA INEXCUSABLE LEY POSTCONSTITUCIONAL» Y EL TODAVÍA VIGENTE REAL DECRETO-LEY 17/1977, DE 4 DE MARZO

El **art. 28.2** de la Constitución Española (CE) «reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», añadiendo que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

El presente comentario se centra y sustenta, como no puede ser de otra manera, en la **ju-**

risprudencia constitucional sobre el derecho de huelga (se remite, por todos, a BAYLOS GRAU, 2015 y a CASAS BAAMONDE, 2010). Pero, en el caso del art. 28.2 CE, la necesidad de hacerlo así se acrecienta toda vez que «la jurisprudencia constitucional ha suplido la inactividad del legislador» (CASAS BAAMONDE, 2010) a la que de inmediato se hace referencia.

El derecho de huelga forma parte, podría decirse, del «núcleo duro» de la CE, por tratarse de un derecho fundamental (Sección Primera, Capítulo II, Título I CE), con todo lo que ello lleva consigo, tanto desde el plano de la reforzada tutela jurisdiccional (art. 53.2 CE), como especialmente desde la perspectiva de la propia reforma constitucional (art. 168 CE).

La CE entiende, así, que el derecho de huelga es **indispensable para afirmar los derechos de los trabajadores** y para que estos se aproximen a una situación de mayor equilibrio respecto de quienes están dotados de mayor poder (los empresarios o empleadores). Como rápidamente se encargó de señalar el TC, en la importantísima STC 11/1981, de 8 de abril, el derecho de huelga es funcional a la consecución de **la igualdad real y efectiva** a la que se refiere el art. 9.2 CE.

«En efecto —dirá la STC 11/1981, FJ 9— además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el artículo 1.1 de la CE, que, entre otras significaciones, tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el artículo 7.º de la CE, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido, y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la CE).»

Ocurre que el derecho de huelga es un derecho peculiar. Peculiar en el sentido de que causa inevitablemente **perjuicios** a la contraparte, a los **empresarios**, toda vez que «pro-

duce una perturbación, mayor o menor, en la actividad empresarial a la que afecta» (STC 80/2005, de 4 de abril). Y, además, porque el ejercicio del derecho de huelga en determinados servicios y actividades puede ocasionar —y de hecho ocasiona— importantes **perjuicios a los ciudadanos**, a los usuarios de aquellos servicios, que son terceros que se ven involucrados en el conflicto sin que en su mano esté resolverlo.

En el año 2018, es todavía el **Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), la norma de rango legal que regula el derecho de huelga**, siendo esta «la anomalía española» a la que hace referencia la doctrina (BAYLOS GRAU, 2018). Como bien se sabe, el RDLRT fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por el TC en la ya citada **STC 11/1981**. Sentencia esta en la que, por cierto, el RDLRT no salió precisamente «hecho trizas» ni malparado en exceso.

Pero, como también es sabido, la STC 11/1981 tampoco dejó indemne o incólume al RDLRT; antes bien, fue declarado inconstitucional en alguno de sus preceptos y, sobre otros, el TC realizó interpretaciones vinculantes, de manera que solo son compatibles con la CE si se interpretan y aplican de esa forma. El caso es que el RDLRT es ininteligible, y en todo caso inaplicable, si no se le acompaña de la STC 11/1981. Si se me permite decirlo así, cabe afirmar que **la regulación vigente del derecho de huelga se halla en el RDLRT y en la STC 11/1981** y no solo en el primero. En todo caso, es innegable el «importantísimo papel desplegado por la STC 11/1981 en la interpretación constitucional» del RDLRT (CASAS BAAMONDE, 2003 y 2010).

Sobre la STC 11/1981 son de gran interés la pronta y excelente monografía de MATÍA PRIM, SALA FRANCO, VALDÉS DALRÉ y VIDA SORIA (de 1982) y, «dieciséis años después», efectuando «una nueva valoración de conjunto» y reconociendo su «admiración» por la STC

11/1981, el igualmente excelente estudio de MARTÍN VALVERDE (1997, págs. 81 y ss.; los entrecomillados en págs. 83, 84 y 115, respectivamente). Como es bien sabido, VIDA SORIA fue el redactor del recurso de inconstitucionalidad que resolvió la STC 11/1981. En los Apéndices documentales de la monografía de MATÍA PRIM, SALA FRANCO, VALDÉS DAL-RÉ y VIDA SORIA (págs. 211 y ss.) se encuentran materiales de interés sobre la STC 11/1981, singularmente el escrito complementario de alegaciones del recurrente (VIDA SORIA, págs. 247 y ss.), que, si bien no fue admitido a trámite, ayuda a comprender la STC 11/1981.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, si la STC 123/1990 ya había alertado sobre la «falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el artículo 28.2 CE», dieciséis años después, las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006 seguían llamando la atención sobre «**la falta de la inexcusable Ley postconstitucional**» a la que se refiere el precepto constitucional y los «múltiples problemas» que dicha falta causa. Estas sentencias advierten, por lo demás, que debe ser «la Ley reguladora del derecho de huelga la que establezca con los criterios que el legislador determine el régimen de garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» —ello es «contenido necesario» de dicha ley—, sin que pueda hacerlo una ley «**distinta**» que, de hacerlo, hará la calificación «global» de servicio esencial desde una óptica igualmente «distinta» de la del derecho de huelga. El desarrollo legislativo del derecho de huelga «entrañaba y entraña» una importante «dificultad» (CASAS BAAMONDE, 2003 y 2010). Seguramente el intento más importante de regulación legal del derecho de huelga tuvo lugar con el finalmente frustrado **proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993** (sobre dicho proyecto se remite a los trabajos de AA. VV., ALONSO OLEA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA-PERROTE, todos ellos del propio año 1993).

II. TITULARIDAD: TRABAJADORES AUTÓNOMOS, TRABAJADORES EXTRANJEROS Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El artículo 28.2 CE reconoce el derecho a la huelga de los «**trabajadores**», sin mayor especificación ni concreción. Pero los titulares del derecho son los trabajadores por cuenta y dependencia ajenas, de forma que solo es aplicable a las personas que «prestan en favor de otro un trabajo retribuido», sin que se extienda, en consecuencia, a las medidas de presión adoptadas por otras categorías profesionales, como **trabajadores independientes, profesionales o autopatronos** (STC 11/1981) (FJ 12).

«No nos encontramos ante el fenómeno de huelga protegido por el artículo 28 de la CE —dirá la STC 11/1981— cuando se producen perturbaciones en la producción de bienes y de servicios o en el normal funcionamiento de estos últimos que se introducen con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa más favorable para los intereses de una categoría (por ejemplo, de empresarios, de concesionarios de servicios, etc.)». Añade la STC 11/1981 que «el derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales», radicando aquí —prosigue la STC 11/1981— «una muy importante diferencia que separa la huelga constitucionalmente protegida por el artículo 28 y lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatronos o de profesionales, que, aunque en un sentido amplio sean trabajadores, no son trabajadores por cuenta ajena ligados por un contrato de trabajo retribuido». «La cesación

en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre —concluye la STC 11/1981—, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se introduzcan.»

Es elocuente, en este sentido, que la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, no incluya el derecho de huelga dentro de los derechos colectivos del trabajador autónomo.

En la actualidad, los trabajadores extranjeros son titulares del derecho de huelga y lo pueden ejercer «en las mismas condiciones que los españoles».

Así lo establece, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, por la que se regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La STC 259/2007, de 22 de enero, había declarado incompatible con la CE la anterior exigencia legal de que los extranjeros estuvieran autorizados a trabajar, por entender que el derecho de huelga, al igual que el de libertad sindical, es un derecho que corresponde a toda persona.

En efecto, para que los **trabajadores extranjeros** pudieran ejercer el derecho de huelga, el art. 11.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, exigía que estuvieran **autorizados a trabajar**. Pero esta exigencia de autorización para trabajar en España fue declarada **inconstitucional** por la mencionada **STC 259/2007**, como con anterioridad se había declarado asimismo inconstitu-

cionalidad la exigencia de autorización de estancia o residencia en España (art. 11.1 de la citada Ley Orgánica 8/2000) respecto del derecho de sindicación por la STC 236/2007 (críticamente, MONTROYA, 2007).

Para el TC, «la exclusión total del derecho de huelga de aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa para ello —la cual, por lo demás, no están personalmente obligados a solicitar— no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1.d) PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales».

«La concepción criticada —concluye la STC 259/2007— no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental ejercitable en la defensa de los intereses de los trabajadores, entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de los intereses

que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer.»

El TC no ha establecido todavía con claridad si los **funcionarios públicos** son o no titulares del derecho fundamental de huelga.

Siendo indiscutible que los funcionarios son titulares del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), aun cuando el art. 7 CE emplea la misma expresión de «trabajadores» que el art. 28.2 CE, se ha discutido —y hasta rechazado— doctrinalmente que lo sean del derecho de huelga (art. 28.2 CE).

Un resumen de las posiciones doctrinales manifestadas hasta entonces puede verse en MARTÍN VALVERDE, 1986, núm. 18, págs. 21 y ss. y 1989, págs. 366-368; DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA-PERROTE, 1991, págs. 463 y ss. Con posterioridad, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, 1999, págs. 301 y ss., LAHERA FORTAZA, 2000, especialmente págs. 73 y ss., MONEREO (Coord.), 2001, págs. 124 y ss., y 2002, págs. 73 y ss. Particularmente clarificador es, a mi juicio, el trabajo de PALOMEQUE LÓPEZ, 2005, págs. 17 y ss. Igualmente importantes son los de CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, 2006, págs. 357 y ss., y GÁRATE CASTRO, 2013, págs. 38 y ss.

En todo caso, cabe entender que muestra de la implícita aceptación de que el art. 28.2 CE incluye a los funcionarios públicos es que la normativa que trata de mantener los servicios esenciales de la comunidad en supuestos de huelgas de funcionarios públicos invoca el precepto constitucional (VALDÉS DAL-RÉ, 1986, y ALFONSO MELLADO, 2008). La tendencial vocación de las huelgas de funcionarios a afectar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad ha de ser suficientemente ilustrativa de lo paradójico que resulta entender que, precisamente el precepto constitucional que ordena el mantenimiento de aquellos servicios en situación de huelga (art. 28.2

CE), no es aplicable a aquellas huelgas; sin que, por lo demás, sea razonable argumentar que el art. 28.2 CE encierra dos prescripciones normativas con distintos destinatarios, más amplios en el segundo caso, al incluir a las huelgas de funcionarios.

Sin que proceda profundizar en esta cuestión, la intencionalidad del art. 28.2 CE al hablar de derecho a la huelga de los «trabajadores» es doble. De una parte, y como ya se ha advertido, «excluir de la protección constitucional las huelgas de otro tipo de personas», como son pequeños empresarios, trabajadores autónomos, autopatronos o profesionales (STC 11/1981). De otra, expresar con suficiente rotundidad la titularidad individual —luego se volverá sobre ello—, no sindical y ni siquiera colectiva, del derecho de huelga, con la consecuencia de no impedirse *ex CE* eventuales huelgas desarrolladas a pesar de, y/o en contra, los sujetos sindicales o colectivos. Se remite a la STC 11/1981.

También se ha discutido si los funcionarios públicos son titulares del derecho constitucional de negociación colectiva (art. 37.1 CE), pero no procede abordar aquí esta cuestión.

Pero nada de lo anterior puede hacer olvidar que trabajadores y funcionarios públicos comparten valores constitucionales comunes y que, en todo caso, el reconocimiento de la libertad sindical exige el reconocimiento del derecho de huelga y del derecho de negociación colectiva, aunque no necesariamente, singularmente en este último caso, con los mismos rasgos y caracteres para trabajadores y funcionarios. El caso es que en la actualidad unos y otros comparten las principales instituciones del derecho sindical o colectivo del trabajo y muchas veces se hallan bajo el ámbito de aplicación de las mismas leyes.

Y así, el derecho de libertad sindical de los trabajadores y funcionarios se encuentra regulado en la misma ley (la LOLS). Asimismo, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Preven-

ción de Riesgos Laborales, se aplica no solo a las relaciones laborales, sino también a las relaciones de carácter administrativo o estatutario, si bien con las «peculiaridades» que puedan establecerse (art. 3.1). También la LOLS regula la acción sindical en el centro de trabajo de unos y otros (art. 1.2). No ocurre lo mismo, sin embargo, con el derecho de negociación colectiva y la representación unitaria o electiva de trabajadores y funcionarios, que se regulan en distintas leyes para trabajadores y funcionarios (ET y EBEP, respectivamente). Incluso hay que señalar que, en la actualidad, si bien el EBEP afirma que la negociación colectiva (también la representación y participación) de los empleados públicos «se regirá por la legislación laboral», ello lo será sin perjuicio de «los preceptos» del Capítulo IV del título III del EBEP «que expresamente les son de aplicación» (art. 32 EBEP).

Por lo demás, sabido es que la STC 11/1981 señaló que «el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado —y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el RDLRT», lo que no ha obstado para que esta norma se les haya aplicado por **analogía**, particularmente en lo que atañe al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (MARTÍN VALVERDE, 1989, VALDÉS DAL-RÉ, 1986, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, AGRA VIFORCOS y ÁLVAREZ CUESTA, 2005). En todo caso, la STC 11/1981 reinterpreto y redujo el alcance del entonces art. 221.1.º CP, declarando que no penaliza cualquier clase de huelgas en la función pública sino, únicamente, las que pretenden subvertir el orden jurídico o político del Estado.

Sobre la sanción penal de la huelga (actual art. 556 CP), es de interés la STC 104/2011, 20 de junio, a la que más adelante se hará referencia.

En todo caso, en la actualidad el **art. 15.c) del EBEP**, entre los «derechos individuales que se ejercen de forma colectiva», incluye el «ejercicio de la huelga, con la garantía del

mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». En la misma línea, el art. 18.c) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud reconoce el derecho a la huelga, «garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios esenciales que sean necesarios para la atención sanitaria a la población». Por su parte, el **art. 30.2 del EBEP** establece que «quienes ejerzan el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales». Similar dicción tiene el art. 41.6 de la citada Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Finalmente, el **art. 95.2.m) del EBEP** califica de falta muy grave «el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga». Sobre el EBEP en materia de huelga se remite, por todos, a ALFONSO MELLADO, 2008, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, 2008.

Respecto del «precedente» del art. 30.2 del EBEP (la disposición adicional 12.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, derogada por el EBEP), al analizar la objeción de que la mencionada disposición adicional 12.ª estaba incluida en una ley ordinaria, la STC 99/1987 rechazó la objeción, confirmando la constitucionalidad de la disposición citada, por el argumento de que la misma constituía norma relativa a la retribución de los funcionarios más que al desarrollo de su derecho de huelga, en tanto que, «independientemente de que puedan deducirse o no los haberes correspondientes al período de duración de la huelga», el ejercicio del derecho de huelga «permanece siempre garantizado» (lo que ya había dicho la STC 90/1984), por lo que la cuestión no es materia «incluida en la reserva de Ley Orgánica del art. 81 CE».

Por lo demás, el **art. 94.3.2.m)** del EBEP califica de falta muy grave «el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esencia-

les en caso de huelga», así como —en la letra 1)— «la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga». Aunque condensados en una única letra, similar previsión tiene el art. 72.2.ñ) de la mencionada Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Finalmente y sin descender a excesivos detalles, **algunos funcionarios públicos no pueden ejercer el derecho de huelga**. Tal es el caso de los funcionarios de las Fuerzas Armadas (incluidos los adscritos al Centro Nacional de Inteligencia), de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía. Discutible es el caso de Jueces, Magistrados y Fiscales (como se sabe, el art. 127.1 CE prohíbe su pertenencia a sindicatos mientras estén activo). Las disposiciones del EBEP solo se aplican directamente a Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, al personal militar de las Fuerzas Armadas, al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y al personal del Centro Nacional de Inteligencia «cuando así lo disponga su legislación específica» (art. 4 EBEP).

III. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA Y HUELGAS ILEGALES Y ABUSIVAS

De conformidad con el art. 7.1 RDLRT, el ejercicio del derecho de huelga ha de realizarse necesariamente mediante **«la cesación de la prestación de servicios»**.

El RDLRT no acoge así lo que la STC 11/1981 denominó «concepto **amplio**» de huelga, concepto que sí acogía el frustrado proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, toda vez que, de conformidad con el mismo, el derecho de huelga ampararía no solo la cesación (total o parcial) del trabajo, sino también la «alteración» del normal desarrollo del mismo, acercándose así a concepciones doctrinales más abiertas (véase DE VILLA y PALOMEQUE, 1982 y DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA-PERROTE, 1991).

Aunque pueda ser discutible la ampliación del concepto de huelga que recogía el proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993, en principio la exclusión del ámbito de protección del ordenamiento jurídico de determinadas modalidades de huelga debe ser consecuencia de su calificación de ilegalidad o abusividad, y no de negarles su condición de fenómeno huelguístico ni de su apriorística expulsión del concepto legal de huelga, pues es claro que «el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades» (SSTC 11/1981 y 332/1994). Es esto, precisamente, lo que hace en la actualidad el art. 7 RDLRT, cuyo apartado segundo declara ilícita o abusiva «cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga», definida en su apartado primero, como ha quedado dicho, como la cesación en la prestación de los servicios.

Como se sabe, el art. 11 RDLRT, dedicado a las **huelgas ilegales**, si bien supero el «test» de constitucionalidad en todos sus apartados, con la excepción de la expresión «**directamente**» de su apartado b), fue reducido sustancialmente en el alcance que se deduce de su literalidad por la STC 11/1981. Ello ocurrió significadamente con la huelga política, de solidaridad y con la que cabe denominar «contra convenio».

Artículo 11.a) (huelga política); b) (huelga de solidaridad, siendo aquí donde la STC 11/1981 declaró inconstitucional la expresión «directamente»); y c) (huelga «contra convenio») RDLRT.

En efecto, la función del derecho de huelga, tal como la ha interpretado el TC, va más allá de plantear reivindicaciones frente al concreto empresario de los trabajadores, como ocurre en las llamadas huelgas de solidaridad y desde luego en las huelgas de contenido sociopolítico, como son las huelgas, no infrecuentes entre nosotros, en las que se protesta contra una determinada reforma laboral

(huelgas generales de 1988, 1994, 2001, 2002, 2012, 8 de marzo de 2018, etc.). Como sintetiza la STC 259/2007, «la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas, o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos». Pero el caso es que, en estas huelgas, no depende ni está en la mano del empresario satisfacer las reivindicaciones de los huelguistas y, sin embargo, se le impone soportar las consecuencias de la huelga. Ello se debe, sin duda, a la **amplia concepción y fundamentación de la huelga** entre nosotros (MARTÍN VALVERDE, 1997). Concretamente respecto de la **huelga general del 14 de diciembre de 1988**, la STC 36/1993 rechazó que la misma pudiera considerarse ajena al interés profesional de los trabajadores [art. 11.a) RDLRT] o al interés de los trabajadores (art. 28.2 CE).

Respecto de la **huelga general** convocada por las confederaciones sindicales de CC. OO. y de UGT el día **20 de junio de 2002** para rechazar las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de prestaciones por desempleo y mejora de la ocupabilidad, las **SSTC 183, 191 y 193/2006**, «atendiendo a las reivindicaciones por las que la huelga se convocó», concluyen que «se trataba de una huelga **lícita**, de conformidad con los criterios sentados al respecto por este Tribunal, de acuerdo con los cuales “los intereses defendidos durante la huelga no tienen por qué ser necesariamente los intereses de los huelguistas, sino los intereses de la categoría de los trabajadores”, debiendo entenderse referido el calificativo profesional del art. 11.b) del RDLRT “a los intereses de los trabajadores en cuanto tales” (STC 36/1993, de 8 de febrero)».

La STC 80/2005 examina un supuesto de exceso empresarial en la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento con motivo de la citada huelga general de 20 de junio de 2002.

Sobre la más compleja legalidad de la convocatoria de huelga por UGT contra la guerra de Irak, *vid.* BAYLOS GRAU, 2003, pág. 595, nota 23.

Por lo que se refiere a lo que se ha llamado huelga «contra convenio», el art. 11.c) RDLRT califica de ilegal la huelga que tiene por objeto «alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por laudo». Se trata de un deber de paz legal y relativo. En efecto, es un deber de paz legal porque lo impone directamente el art. 11.c) RDLRT, lo que evita tener que plantearse si se trata de un deber de paz inmanente a la suscripción de un convenio colectivo. Y es un deber de paz relativo (y no absoluto) porque el art. 11.c) RDLRT no prohíbe ni califica de ilegal toda huelga durante la vigencia de un convenio colectivo, sino únicamente la que pretende la alteración, durante su vigencia, de lo pactado en dicho convenio.

Estableciendo el art. 11.c) RDLRT el citado deber de paz legal relativo, el art. 82.2 ET y el art. 8.1 RDLRT tienen el significado y alcance de admitir y posibilitar el establecimiento de un deber de paz convencional y absoluto, en el sentido de que dicho deber no tendrá un origen legal, sino que se crea por el convenio, y será absoluto, en el sentido de que lógicamente irá más allá de impedir una huelga que pretenda alterar lo pactado en el convenio colectivo, porque lógicamente esto último está ya protegido por el deber de paz legal relativo del art. 11.c) RDLRT.

Por lo demás, la STC 11/1981 (FD 14) ha establecido que:

1.º) «Nada impide la huelga durante el periodo de vigencia de un convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser... exigir reivindicaciones que no impliquen la modificación del convenio.»

2.º) También cabe una huelga (i) que reclame una determinada «interpretación» del convenio, distinta a la adoptada por la contraparte; (ii) cuando el convenio se ha «incumplido por la parte empresarial», o (iii), en fin, cuando «se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*».

Por su parte, el art. 7 RDLRT, tras determinar en su apartado primero que la huelga ha de realizarse mediante «la cesación de la prestación de servicios» y sin «ocupación» por los huelguistas «del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias», dispone en su apartado segundo que «las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta de la huelga, **se considerarán actos ilícitos y abusivos**». La STC 11/1981 interpretó los términos ilícitos y abusivos como sinónimos contraponiéndolos a las huelgas **ilegales** ex art. 11 RDLRT.

Sobre las huelgas abusivas e ilegales, se remite, por todos, a CASAS BAAMONDE, 1985, y MATÍA PRIM, 1996. Con anterioridad, J. GARCÍA BLASCO, 1983. Y con posterioridad, J. LÓPEZ LÓPEZ, 2005, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, 2005, y GÁRATE CASTRO, 2013.

Respecto a las huelgas ilícitas y abusivas la STC 11/1981 interpretó —aclaró o precisó, si se quiere— que se trata de una **presunción *iusuris tantum*** de abuso del derecho de huelga, destruible, por tanto, mediante prueba en contrario de los huelguistas. Y, en fin, sobre la interdicción de la **ocupación de locales**, la STC 11/1981 declaró que, además de tenerse que compatibilizar con el derecho de reunión y que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, dicha interdicción «no está, por sí sola, fundada en el derecho de propiedad,

pues es claro que este derecho no resulta en ningún modo desconocido».

Las huelgas **ilegales** (art. 11 RDLRT) miran a la finalidad de la huelga (huelga cuyo objeto es subvertir el orden constitucional o alterar un convenio colectivo durante su vigencia) o, en su caso, a aquella huelga que no ha seguido el procedimiento legal o convencional o en la que no se ha asegurado el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Todo ello puede haber ocurrido en cualquier modalidad de huelga. Por el contrario, las huelgas **abusivas** (art. 7.2 RDLRT) contemplan determinadas modalidades de huelga y sus resultados dañosos, con independencia de sus objetivos. Por decirlo gráficamente, una huelga que tenga una finalidad considerada ilegal, será ilegal cualquiera que sea la modalidad elegida. Y una modalidad de huelga calificada de abusiva y que ha producido determinados daños será abusiva con independencia y cualquiera que sea su finalidad.

Un supuesto en que se rechaza que la huelga tuviera por objeto alterar, durante su vigencia, el convenio colectivo, y asimismo se rechaza que la huelga fuera rotatoria, puede verse en la STS 10 de noviembre de 2006. También las SSTS 5 de junio de 2011, 6 de junio de 2011, 8 de junio de 2011 y 18 de julio de 2011 rechazan que la huelga pretendiera alterar lo colectivamente acordado. La STS 18 de julio de 2011 rechaza que el sindicato demandante tuviera derecho a indemnización alguna.

De interés es, asimismo, el supuesto examinado por la STC 332/1994, de 19 de diciembre.

El «conflicto provocado por los controladores de tráfico aéreo que, mediante una acción concertada (resolvieron), sin aviso previo, no desarrollar en la tarde del día 3 de diciembre de 2010 su actividad profesional» motivó la promulgación del Real Decreto 1611/2010, de

3 de diciembre, por el que se encomendó transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA, y del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Ambos Reales Decretos fueron publicados en el *BOE* de 4 de diciembre de 2010. El Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, prorrogó el estado de alarma.

Tras el abandono masivo de sus puestos de trabajo por los controladores civiles de circulación aérea el 3 de diciembre de 2010, lo que ocasionó el cierre del espacio aéreo español, el Real Decreto 1673/2010 constituye la primera aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de estados de alarma, excepción y sitio. En virtud de estos RR. DD. se militarizó a los controladores civiles de circulación aérea. El estado de alarma se declaró por quince días. El RD 1611/2010 establece que el «Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire... exigirá la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes».

El RD 1611/2010 se dictó al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, y en la disposición adicional primera de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2010, 3 diciembre.

La STC, Pleno, 83/2016, de 28 de abril, rechazó que vulneren el artículo 24.1 CE las resoluciones judiciales que declaran que los RR. DD. 1673/2010 y 1717/2010 no son fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. Esas normas, que tienen rango y valor de ley (pese a revestir forma de decre-

to), solo son recurribles y controlables por el TC, sin perjuicio de que sus actos de aplicación sean recurribles ante la jurisdicción ordinaria.

IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA Y CUESTIONES CONEXAS

1. El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad

El art. 28.2 de la CE establece que «la ley que regule el ejercicio» del derecho de huelga «establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Es este, por consiguiente, el **límite expreso** que el derecho de huelga encuentra en el propio texto constitucional.

Sobre la relación entre un derecho fundamental y su límite o límites posibles, la jurisprudencia constitucional ha establecido, como recuerdan, precisamente respecto del derecho de huelga, las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006, que «el criterio de interpretación debe ser el de **la mayor amplitud posible del derecho y de la restricción del límite a lo necesario** (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 23/1988, de 22 de febrero, FJ 2; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3; 113/1989, de 22 de junio, FJ 4; 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 3/1997, de 14 de febrero, FJ 6; 88/2003, de 19 de mayo, FJ 9; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 8 y 110/2006, de 3 de abril, FJ 3)».

Ya se ha mencionado que: (i) el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad es, precisamente, el «**contenido necesario**» de la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga; (ii) los «**múltiples problemas**» que ocasiona la falta de esa «**inexcusable**» **Ley postconstitucional**, especialmente respecto de «la determinación de cuáles (servicios) puedan calificarse como servicios esenciales, y cuál puede ser el alcance de las garantías necesarias para

asegurar su mantenimiento»; y (iii) en fin, que ha de ser **esta Ley**, «y no otra», la que regule las referidas garantías (SSTC 183, 184, 191 y 193/2006).

La ya pionera STC 123/1990 reflexionó sobre:

«Las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el artículo 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego. Corresponde a la ley garantizar, mediante los instrumentos oportunos, el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad en caso de huelga, pero, al mismo tiempo, también le corresponde establecer medidas que garanticen el respeto del ejercicio legítimo del derecho de huelga, incluida la previsión de vías jurisdiccionales adecuadas (art. 53.2 CE) que permitan preservar el derecho de huelga frente a las eventuales extralimitaciones y excesos en la fijación de los servicios mínimos. Una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales que se ponen en juego en el caso de huelgas en servicios esenciales para la comunidad obliga también a que el establecimiento de mecanismos que aseguren el funcionamiento de dichos servicios esenciales venga acompañado también de vías que permitan someter a un control judicial inmediato las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos que pueden considerarse también como una garantía adicional de la efectividad del cumpli-

miento de los mismos. Como dijimos en la STC 11/198,1 es constitucional la atribución a la autoridad gubernativa de la potestad de dictar las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad, pero “en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometido a la jurisdicción de los tribunales de justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal” [fallo 2.ºe)], por lo que puede considerarse que el control judicial de las medidas gubernativas es al tiempo garantía integrante del ejercicio del derecho de huelga. No cumple en cambio adecuadamente el art. 53.2 CE un control judicial que se realiza dos años después de realizarse la huelga y que carezca de efecto práctico alguno sobre la huelga ya realizada o sus consecuencias.»

«La exigencia constitucional de una efectiva garantía del funcionamiento de los servicios esenciales, se concilia difícilmente con un control contencioso que..., se limite a anular aquella decisión, creando un vacío sobre cuáles servicios mínimos debían mantenerse... durante la correspondiente huelga. No es un procedimiento, adecuado a la Constitución aquel que, partiendo del carácter esencial de unos servicios, anula la disposición gubernativa correspondiente sin modificarla o dar tiempo a sustituirla para evitar la puesta en peligro de los derechos, bienes e intereses que la Constitución trata de salvaguardar mediante la garantía de los servicios esenciales.»

Sobre la suspensión cautelar de las disposiciones gubernativas que fijan servicios mínimos se remite a la STC 148/1993, de 29 de abril.

Tras la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS) son de interés sus arts. 3.d) y 180.3.

El art. 3.d) LJS establece que «no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social» de «las disposiciones que establezcan las garantías tendientes a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al RDLRT».

Por su parte, el art. 180.3 LJS establece que, ante la jurisdicción social y por la modalidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, «podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga, se impugnen exclusivamente los actos de determinación del personal laboral adscrito a los mínimos necesarios para garantizar los servicios esenciales de la comunidad... El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes».

Las SSTC **183**, **184**, **191** y **193/2006** resumen las «**limitaciones** que pueden imponerse» al derecho de huelga «en orden a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», destacando, con amplísima cita de la previa jurisprudencia constitucional, «los siguientes aspectos»:

«a) El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su co-

nexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad.»

«b) Antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Esta última óptica, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspiran nuestra Constitución. Con la consecuencia de que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial. Solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes o intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma.»

«De modo que la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de dispo-

ner las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.»

«c) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute.»

«d) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos. Si es cierto que las medidas han de encaminarse a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios, en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio que se exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual, ni asegurar el funcionamiento normal del servicio, el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga solo hasta extremos razonables. Y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad, adicionando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos.»

«e) Finalmente, por lo que se refiere a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias, es preciso, no solo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó, y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales. Pesa, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba.»

«Ello significa que en la motivación aportada por la autoridad gubernativa han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas, sin que sean suficientes “indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para “tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha

hecho”. En definitiva, han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente «los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que, por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas.»

«Si es lícito distinguir entre la motivación expresa del acto “que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa” y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación *ex post* libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta, pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y control material o de fondo de la medida. La decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone.»

Respecto a «la norma **preconstitucional** que todavía en el momento actual sigue utilizándose como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento de los servicios esenciales», «esto es, el art. 10.2 RDLRT», las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006 hacen notar que el citado precepto «establece **elementos de rigor no siempre debidamente atendidos**, y desde luego no respetados» en los casos que

estudian de la fijación de servicios mínimos en las **televisiones** con motivo de la huelga general de 20 de junio de 2002. En efecto, razonan las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006, «el supuesto de hecho del precepto que permite imponer medidas limitadoras se compone de dos elementos: uno la calificación del servicio (**“servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”**), y otro de carácter circunstancial (**“y concurren circunstancias de especial gravedad”**) que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento». «No basta así —concluyen las SSTC 183, 184, 191 y 193/2006— con la calificación del servicio, para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no solo graves, sino de especial gravedad (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, “en algún sentido, el art. 10 del RDLRT es más estricto que el art. 28.2 de la CE”»).

Por lo que se refiere a las **autoridades gubernativas** a las que corresponde garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, la **STC 296/2006**, de 11 de octubre, seguida por las SSTC 310/2006 y 36/2007, resume la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

«Ha sido una constante de nuestra jurisprudencia el afirmar el papel irrenunciable que a dichas autoridades (gubernativas), en cuanto dotadas de imparcialidad en relación con las partes en conflicto, corresponde en la determinación de las medidas necesarias para el establecimiento de los servicios mínimos (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, y 193/2006, de 19 de junio, FJ 19 y las allí citadas). Siempre hemos considerado que la fijación de los mismos no puede abandonarse, de ningún modo, en manos de órganos que no tengan responsabilidad política, es decir, que no respondan ante la comunidad en su conjunto por unas decisiones que afectan de

una manera muy importante al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de huelga, de especial trascendencia para el buen funcionamiento de las relaciones laborales en un Estado social y democrático de Derecho, y a la marcha de servicios esenciales para aquella.»

«Si en el art. 28.2 CE, tras reconocer el derecho, se afirma que la Ley que regule su ejercicio establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, lo cierto es que hemos venido interpretando la legislación preconstitucional (Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones laborales), todavía vigente, en el sentido de que ese aseguramiento de los servicios esenciales, que aparece como mecanismo básico de equilibrio entre el sano desarrollo del derecho colectivo de huelga de un grupo de ciudadanos y los intereses de la ciudadanía en general, debe ser responsabilidad de quienes tienen un mandato de tipo político y, por tanto, responden políticamente, de una manera directa o indirecta, ante dicha ciudadanía. Y esto porque solamente ellos serán capaces de interpretar correctamente las necesidades, no necesariamente confrontadas, que plantean, por un lado, los huelguistas y, por otro, aquellos, a cuyos intereses afecta el ejercicio de este derecho fundamental. Así, precisamente porque la exigencia de una apreciación equilibrada de los derechos e intereses en juego requiere la imparcialidad del órgano que establece los servicios mínimos, esta tarea no puede delegarse en quienes, dada su posición de parte interesada en el conflicto, no están en posición idónea para apreciar todos los aspectos sociales del mismo. Dicho de otra forma, se trata de evitar que una decisión tan importante para el ejercicio de un de-

recho fundamental quede en manos de quien estructuralmente no puede adoptar la posición *supra partes* que es necesaria para formular las medidas adecuadas que permitan, a la vez, a unos realizar plenamente su derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y a otros tener garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad.»

«Ya en la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18, se afirmaba que no era discutible la constitucionalidad de la atribución de la potestad de concreción de las medidas destinadas a fijar los servicios mínimos a la autoridad gubernativa, si se tiene en cuenta que el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno. Reafirmando la anterior doctrina la STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 11, precisa que la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe exigirse por cauces políticos, y debe producir los necesarios efectos políticos, de lo que se deriva que privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el art. 28 CE, es algo que solo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno. En el caso concreto de la Sentencia citada, el Tribunal negó la condición de autoridad gubernativa al Delegado del Gobierno en Renfe (FJ 11).»

«Así pues, desde fecha muy temprana la doctrina del Tribunal ha insistido en la necesidad de que las facultades controvertidas se atribuyan a órganos que

podrían denominarse como políticos o de gobierno, lo que plantea el problema, de solución no siempre fácil, de su diferenciación de los órganos propiamente administrativos. Con tal fin nuestra jurisprudencia identificó desde el primer momento (STC 26/1981, de 17 de julio), como criterio diferenciador definitivo, el de la responsabilidad política, que ciertamente no puede ser atribuida a órganos administrativos, lo que los distingue de los que ejercen propiamente potestades de gobierno. En efecto, solo órganos políticos que respondan ante la comunidad en su conjunto pueden asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho constitucional de huelga de determinados ciudadanos; ya que solo órganos de tal naturaleza se encuentran estructuralmente capacitados para adoptar medidas que tengan en cuenta tanto los intereses de los huelguistas, como los de la ciudadanía en general, asegurando, por imperativo constitucional, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.»

«En el mismo orden de consideraciones, ya en la STC 33/1981, de 5 de noviembre, FJ 6, el Tribunal precisó que no quedan excluidos del concepto de autoridad gubernativa los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, integrantes del Estado y dotados de potestades de gobierno. Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTC 27/1989, de 3 de febrero, FJ 2, 122/1990, de 2 de julio, FJ 2, y 233/1997, de 18 de diciembre, FJ 3, según las cuales la autoridad gubernativa puede serlo del Estado o de una Comunidad Autónoma, dependiendo de quien disponga de las competencias sobre los servicios afectados.»

«Se asumió así, de nuevo desde el primer momento y con significativas confirmaciones posteriores, que, en el

tipo de Estado descentralizado que había construido el constituyente de 1978, no solamente las autoridades centrales del Estado estaban dotadas de responsabilidad política, sino que las de las Comunidades Autónomas también la poseían, dado que el tipo de descentralización planteado por la Constitución no era de carácter simplemente administrativo, sino que era claramente político; de este modo los órganos de las Comunidades Autónomas responden ante sus electorados de la toma de decisiones que solamente pueden ser calificadas de políticas, como de responsabilidad política puede definirse la que se establece entre las autoridades de la correspondiente Comunidad Autónoma y aquellos a quienes gobiernan en el marco de sus competencias. Hay que señalar que es precisamente el carácter político de dichos órganos el que lleva al Tribunal Constitucional a reconocerles la facultad de fijar los servicios mínimos. Se reafirma así que solo cuando nos encontremos ante autoridades verdaderamente gubernativas, del Estado central o de las Comunidades Autónomas, podremos reconocerles estos poderes, asumiendo de este modo plenamente la realidad del Estado autonómico español.»

«Por otra parte, al margen de la Administración en que se integre el órgano político de que se trate, hay que recordar que la STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 5, ya excluyó a los órganos de gestión y administración de la empresa del círculo de titulares integrados en la noción de “autoridad gubernativa”, y que la STC 8/1992, de 16 de enero, FJ 4, precisó, como ya había apuntado la STC 27/1989, de 3 de febrero, que la autoridad gubernativa es la que tiene la potestad y el deber de determinar los servicios mínimos, “sin que pueda abandonar esa determinación (distin-

ta de la simple ejecución o puesta en práctica) en manos de la entidad empleadora” (FJ 3).»

«Este Tribunal ha respondido así, con toda claridad, a la pretensión de trasladar gran parte de las funciones derivadas de la fijación de los servicios mínimos a órganos de gestión o no gubernativos, reafirmando que las mismas están reservadas a las autoridades políticas, independientemente de que aquellos puedan realizar funciones de apoyo que no impliquen la toma de acuerdos decisivos para el ejercicio del derecho fundamental de huelga. Por decirlo con palabras de la STC 233/1997, de 18 de diciembre, FJ 2, “a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión, haciéndolos compatibles con el ejercicio del derecho de huelga”.»

«Por eso en el ATC 49/2004, de 13 de febrero, negamos, con cita expresa (FJ 3) de la doctrina referenciada, que el Rector de una Universidad pudiera ser considerado como autoridad gubernativa a la hora de fijar los servicios mínimos en una huelga, y sostuvimos que dicha solución no vulneraba ni la autonomía universitaria, ni el derecho a la educación, consagrados en los arts. 28.2 y 37.2 CE.»

«En suma, en la interpretación del enunciado del art. 28.2 CE, respecto del problema que plantea el Auto (de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), este Tribunal ha afirmado rotundamente que la facultad de establecer los mecanismos que

aseguren el funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad está reservada a autoridades gubernativas, políticamente responsables, directa o indirectamente, ante el conjunto de los ciudadanos.»

Otro supuesto en el que, de forma incompatible con el art. 28.2 de la CE, «la tarea que legalmente viene impuesta a la autoridad gubernativa se (abandonó) en manos del empleador» es el resuelto por la **STC 193/2006**, de 19 de junio.

La STC 124/2013, de 23 de mayo, reitera, con cita de la STC 31/2010, de 28 de junio (sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), la doctrina sentada en la STC 233/1997.

El Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, establece que el Estado, que continúa reservándose la gestión directa de los aeropuertos de interés general, fijará los servicios mínimos en caso de huelga (art. 17.1.b).

«El Ministerio de Fomento determinará los servicios mínimos de carácter obligatorio para asegurar en los aeropuertos de interés general la prestación de los servicios aeroportuarios necesarios para el transporte aéreo en los supuestos de conflicto laboral o absentismo empresarial en dichas infraestructuras. En la determinación de los servicios mínimos en la red de aeropuertos de interés general de Aena, S. A., se atenderá al cumplimiento de los fines y obligaciones que le son exigibles como servicio económico de interés general» (disposición adicional decimoquinta Real Decreto-ley 8/2014).

La garantía del mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga, y la relativamente abundante juris-

prudencia constitucional sobre esta cuestión, ha merecido una constante e ininterrumpida atención doctrinal. Entre las monografías son de obligada mención las de BAYLOS GRAU, 2018, MORENO VIDA, 2007, VIVERO SERRANO, 2002 y MONREAL BRINGSVAERD, 2008. Me permito asimismo remitir a GARCÍA-PERROTE, 1993, págs. 9 a 30 y 35 a 58.

2. Límites a la libertad del empresario, huelgas abusivas (de nuevo), servicios de seguridad y mantenimiento y proporcionalidad y sacrificios mutuos

Al examinar precisamente las huelgas **ilícitas o abusivas** *ex art. 7.2 RDLRT* es cuando la STC 11/1981 realiza la afirmación de que el derecho de huelga «es también **un derecho a limitar la libertad del empresario**» (sobre los límites que la huelga supone para los poderes y derechos empresariales, se remite, por todos, a FERRANDO GARCÍA, 1999, y a MORALO GALLEGO, 2003).

La STC 11/1981 menciona expresamente, entre esos límites, no ya que obviamente el derecho de huelga **no extingue el contrato de trabajo** (aunque —dice el TC— se incumpla «transitoriamente»), ni puede ocasionar ningún otro **perjuicio al huelguista** (por ejemplo, denegar la petición de transformar un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo por haber ejercido el derecho de huelga, como ocurrió en el supuesto examinado por la STC 90/1997, de 6 de mayo; *vid.*, sobre esta sentencia, BAYLOS, págs. 602 y ss.), sino que el empresario **ni puede sustituir a los huelguistas por otros trabajadores** (art. 6.5 RDLRT), ni tampoco puede **sustituir a los trabajadores en huelga por la vía de celebrar contratos de puesta a disposición** con una empresa de trabajo temporal [art. 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal]. En fin, el empresario tiene limitado el poder de **cierre patronal** (arts. 12 y siguientes RDLRT).

Ahora bien, una **participación activa** en una huelga que exceda «en mucho de los límites de ejercicio del derecho» puede justificar la procedencia del despido (STC 332/1994, de 19 de diciembre, en un supuesto en el que se despidió a miembros del comité de huelga que participaron en actos de violencia; sobre estas cuestiones, con carácter general, FERRANDO GARCÍA, 1999; un supuesto en el que, de conformidad con la consolidada jurisprudencia constitucional sobre distribución de la carga de la prueba y prueba indiciaria en estos casos, la empresa no fue capaz de probar la desconexión del despido de los demandantes en amparo del ejercicio por su parte del derecho de huelga, es el resuelto por la STC 66/2002, de 21 de marzo).

Un supuesto en el que se otorga el amparo, porque el TSJ no apreció —como para el TC hubiera debido hacer— la vulneración del derecho de huelga en el despido de tres trabajadores ni la desconexión causal de los despidos con el derecho de huelga, es el resuelto por la STC 66/2002, de 21 de marzo (un comentario de esta sentencia es el de FERRANDO, 2002).

Las hasta aquí expuestas forman parte de las principales razones de que el derecho de huelga exija **una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos**, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas» (STC 11/1981, FJ 10). La STC 11/1981 sigue razonando que, «al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que puede ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (art. 6.4 RDLRT) y la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios».

En este sentido —concluye la STC 11/1981— «puede considerarse que existe **abuso** en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los

trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos». «Ocurre así —afirma el TC— singularmente en lo que el art. 7.2 (RDLRT) llama huelgas de trabajadores que prestan servicios en sectores **estratégicos**, pues la propia Ley aclara que es un elemento del tipo la finalidad de interrumpir el proceso o imponer la cesación a todos por decisión de unos pocos».

Más interesantes puede considerarse que son todavía las consideraciones que se realizan seguidamente por el TC en el sentido de que «el abuso se puede cometer también cuando a la perturbación de la producción que la huelga acarrea se le dota de un efecto **multiplicador**, de manera que la huelga desencadena una **desorganización** de los elementos de la empresa y de su capacidad productiva que solo puede ser superada mucho tiempo después de que la huelga haya cesado». «Así —prosigue la STC 11/1981—, una huelga de duración formal escasa consigue prolongar sus efectos en el tiempo, posee una duración sustancial muy superior y exige del empresario el costo adicional de la reorganización». «El abuso del derecho de huelga puede, finalmente —afirma el TC—, consistir en disminuir formal y aparentemente el número de personas que están en huelga, disminuyendo el número de personas sin derecho a la contraprestación o al salario, es decir, los huelguistas reales simulan no serlo». «Este elemento de **simulación** —concluye el TC— es contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez que la huelga no hace desaparecer».

Al razonar sobre la regulación del **comité de huelga** en el art. 6.7 RDLRT (se remite, por todos, a RENTERO JOVER, 2002), y concretamente sobre su condición de garante durante la misma de la prestación de los servicios necesarios para «la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa», la **STC 11/1981** realiza afirmaciones de interés.

En efecto, en su FJ 20 la STC 11/1981 declara «que no obstante la huelga, deben adoptarse... **medidas de mantenimiento y preservación** de los locales, de la maquinaria, de las instalaciones o materias primas, con el fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto como se ponga fin a la huelga, es algo que no ofrece seria duda». Y ello porque, ciertamente, «la huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario, colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir **daños o deterioros** en los bienes de capital». La ejecución de las medidas de seguridad compete a los propios trabajadores, «y es este uno de los **sacrificios** que el ejercicio responsable del derecho a la huelga les impone, pues es claro que no es el de huelga un derecho que pueda ejercitarse sin contrapartida».

La **STC 80/2005**, de 4 de abril, examina un supuesto en el que, con motivo de la huelga general de 20 de junio de 2002, se produjo una evidente **extralimitación empresarial** a la hora de fijar los **servicios de seguridad y mantenimiento** *ex* art. 6.7 RDLRT, sin que ese rebasamiento empresarial fuera, como tendría que haber sido, debidamente corregido por los Tribunales ordinarios.

Lo primero que llama la atención del supuesto de la STC 80/2005 es que todavía el TC tenga que deshacer la confusión en la que incurren algunos órganos judiciales y proceder a la adecuada **delimitación** entre el **art. 10 RDLRT** (servicios esenciales de la comunidad, sin descender ahora en mayores detalles) y el **art. 6.7 RDLRT** (servicios de seguridad y mantenimiento), los cuales, por cierto, todo indica que fueron designados unilateralmente por la empresa cuando eso no debe ser así desde la STC 11/1981.

Tras recordar que «la violación del derecho reconocido en el art. 28.2 CE se dará cuando se impida u obstaculice su ejercicio por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o intereses constitu-

cionales, que la norma legal o reglamentaria hayan tomado en consideración, al establecer la regulación de la huelga», la STC 80/2005 entiende que, a la hora de designar los servicios de seguridad y mantenimiento, la empresa «incluyó una serie de puestos que, lejos de atender a la garantía de la seguridad de bienes y personas y al mantenimiento de las instalaciones, estaban dirigidos (excepción hecha del puesto de vigilancia) a mantener el centro de trabajo “abierto y en orden” (tal y como la propia empresa reconoce al comunicar por escrito al comité de empresa los motivos por los que proponía esos concretos servicios mínimos)». En efecto, se seleccionaron como servicios a mantener «puestos que no tenían como cometido garantizar la seguridad de la empresa para posibilitar la reanudación de su actividad cuando acabase la huelga (tal y como prevé la Ley), sino que lo que perseguían era no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de la demandada, haciendo factible el contacto con clientes, la recepción de pedidos y suministros o el acceso normal a todas las instalaciones». De hecho —constata la STC 80/2005, «los trabajadores seleccionados para prestar tales servicios no hicieron otra cosa que realizar las labores que habitualmente prestaban en su puesto de trabajo», concluyendo el TC que «tal planteamiento es constitucionalmente inadmisibles, pues supone situar el derecho a la huelga (reconocido en el art. 28.2 CE como derecho fundamental) y el derecho al trabajo (reconocido en el art. 35.1 CE como derecho de los ciudadanos) en idéntico plano de protección constitucional, llegando, incluso, a condicionar el lícito ejercicio del primero a que el segundo no resulte perjudicado».

En suma, «habida cuenta que el contenido esencial del derecho de huelga es la cesación del trabajo, y tal cesación produce una perturbación, mayor o menor, en la actividad empresarial a la que afecta, la demandada, al determinar los servicios de seguridad y mantenimiento previstos en el art. 6.7 (RDLRT), lo que persiguió fue eliminar al máximo tal alteración en su normal desenvolvimiento,

consiguiendo que los puestos que consideraba “imprescindibles” para ello estuviesen ocupados por los trabajadores, que siguieron realizando las funciones típicas de los mismos».

Y por lo que se refiere a las resoluciones recurridas y examinadas por la STC 80/2005, el TC afirma que «efectuaron una interpretación que lesiona el derecho fundamental invocado, porque supeditaron el ejercicio del derecho a la huelga (art. 28.2 CE), reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE), no tienen aquel rango ni su consiguiente protección». «Por ello —razona el TC—, aunque resulta conforme a nuestra Constitución el que el ejercicio del derecho de huelga puede verse limitado a fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad tan pronto se ponga fin a la huelga, pues así lo prevé el legislador, resulta inadmisibles conforme a ella que el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores se restrinja o elimine con el objeto de que la actividad productiva, no ya pueda reanudarse finalizada la huelga, sino que no se perturbe durante su desarrollo».

«Con tal modo de argumentar —concluye el TC— se produce una ampliación del límite legal del derecho de huelga, que se expande en términos no previstos por el legislador al servicio de fines no atendidos por este, y que entran además en colisión directa con el propio contenido del derecho de huelga». Por lo demás —cierra su razonamiento la STC 80/2005—, «tampoco se puede negar la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues, como hemos declarado en anteriores ocasiones, la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la

conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control», pues, en efecto, «este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma».

Como es bien sabido, la STC 11/1981 declaró la **inconstitucionalidad** del art. 6.7 RDLRT «en cuanto atribuye de manera exclusiva al **empresario** la facultad de designar los trabajadores que durante la huelga deban velar por el mantenimiento de los locales, maquinaria e instalaciones». De esta forma, el comité de huelga tiene derecho a **participar** en la adopción de las medidas de seguridad, toda vez que es quien las garantiza. Ahora bien, ya la STC 11/1981 advertía que ello tenía «la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada **ilícita** por abusiva» (FJ 20).

Sin entrar ahora en el importante papel que **los Acuerdos estatal (ASAC) y autonómicos de solución extrajudicial de conflictos** pueden tener atribuidos en caso de discrepancias entre las partes (se remite a FERRANDO GARCÍA, 1999 y LANTARÓN BARQUÍN, 2003), lo cierto es que si el comité de huelga no quiere colaborar y «niega frontalmente su colaboración para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento, puede el **empresario** proceder a la designación de los trabajadores que hayan de desempeñarlas, siempre que estén objetivamente justificadas», toda vez que «el derecho a la adopción de tal tipo de medidas es indiscutible» (STS 28 de mayo de 2003; sobre esta STS se remite al comentario de MARÍN CORREA, 2003). Para la mediación en relación con la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, se remite al art. 17.6 ASAC.

Es finalmente de interés el FJ 22 de la STC 11/1981, que reflexiona sobre el **cierre patronal** y analiza el art. 12 RDLRT. Aunque no es

objeto de este trabajo, no me parece que esté de más señalar que, de la ejemplar y admirable STC 11/1981, quizás una de las cosas que peor ha resistido el paso del tiempo sea su consideración de la oposición entre un simple «derecho cívico» y un «derecho fundamental» como argumento para justificar las diferencias entre el derecho de huelga y el cierre patronal. Tales diferencias se justifican por la distinta naturaleza, función y fundamentación de ambos derechos, pero no tanto, me parece, por su inserción o ubicación en la CE, que solo tiene como consecuencia una diferente tutela (especialmente acceso o no al recurso de amparo), pero no que se trate de derechos jerarquizados o de primer y segundo nivel (se remite, al respecto, a CASAS BAAMONDE, 1994, y a GARCÍA-PERROTE y J. MERCADER UGUINA, 2003 y a la doctrina allí citada). No obstante, como ya se ha dicho, la STC 80/2005 se refiere a derechos, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE), que no tienen el «rango» de derecho fundamental ni su consiguiente «protección».

Lo que sí hay que reconocer es que, al no ser tutelable por la vía del recurso de amparo, el TC no ha tenido muchas oportunidades de desarrollar y precisar la doctrina sobre el cierre patronal contenida en la STC 11/1981. Y sería importante hacerlo porque en su FJ 22 parece ceñir la constitucionalidad del cierre patronal al poder de «policía» del empresario, lo que no termina de compaginarse del todo, creo, con el mantenimiento incólume y sin óbice de constitucionalidad de los arts. 12 y siguientes del RDLRT, y especialmente con el art. 12.1.c) que admite el cierre patronal cuando el volumen de la «inasistencia» o las irregularidades perturben «gravemente» el proceso «normal» de producción, lo que suele ocurrir en toda huelga. Y ello, aunque ciertamente, haya que interpretar lógica y obviamente esta causa de cierre a la luz del FJ 22 de la STC 11/1981, como probablemente hagan con carácter general los tribunales. Así lo hace, por ejemplo, la STS 31 de marzo de 2000 (LA LEY JURIS: 11529/2000); sobre las perplejidades que cau-

sa todavía el cierre patronal y su integración jurisprudencial, se remite a SANGUINETTI, 2001 y, especialmente, 2006.

En definitiva, «con base en el interés empresarial a que la explotación y las instalaciones de la empresa no resulten perjudicadas en manera desproporcionada (excediendo de lo que supone inevitablemente la interrupción de la actividad en que la huelga consiste) se justifican en la STC 11/1981 dos limitaciones del derecho de huelga», cuando menos: la imposición de los servicios de seguridad y mantenimiento «en vistas a la reanudación del trabajo» y, siquiera sea de forma más indirecta, el cierre patronal (MARTÍN VALVERDE, 1997).

3. Libertad de empresa y derecho de huelga y huelga en casos de subcontratación

En nuestra doctrina científica fueron principalmente, entre otros, MATÍA PRIM (1996) primero, y MARTÍN VALVERDE (1997), después, quienes, al comentar y valorar la STC 11/1981 resaltaron de forma expresa los límites que la **libertad de empresa** puede suponer para el derecho de huelga. Posteriormente lo ha hecho MONEREO, 2002.

En efecto, MATÍA PRIM, examinando la relación —y hasta «confrontación»— del derecho de huelga con la libertad de empresa (art. 38 CE), afirma que «es patente que el derecho de huelga limita el derecho de libertad de empresa en cuanto impide el ejercicio de la facultad de organización del empresario que forma parte del contenido del derecho», lo que por lo demás no es sino «la natural consecuencia del reconocimiento del derecho de huelga», que limita el poder empresarial. Ahora bien, el ejercicio del derecho de huelga «no puede conducir a una plena anulación del de libertad de empresa, de forma tal que un cierto contenido de este debe quedar inmune a la actuación de aquel», llegando a la conclusión, respecto de la cual el autor se muestra crítico, de que «los supuestos que solemos denomi-

nar como “huelga abusiva” serían ilícitos por ocasionar una “excesiva” o “innecesaria” reducción de la capacidad organizativa empresarial» (MATÍA PRIM, 1996; con anterioridad, del propio MATÍA PRIM, 1982).

Por su parte, MARTÍN VALVERDE, partiendo «(d) el interés de los empresarios en mantener o conservar la rentabilidad y la productividad de las empresas afectadas por la huelga», afirma que «la compaginación de este interés, expresamente reconocido como merecedor de protección en el art. 38 CE, con el derecho a la cesación de la actividad de trabajo, comporta entre otras cosas la indemnidad de los bienes de capital». Y, como ya se ha anticipado, MARTÍN VALVERDE concluye que «con base en el interés empresarial a que la explotación y las instalaciones de la empresa no resulten perjudicadas en manera desproporcionada (excediendo de lo que supone inevitablemente la interrupción de actividad en que la huelga consiste) se justifican en la STC 11/1981 dos limitaciones del derecho de huelga»: los servicios de seguridad y mantenimiento y el cierre patronal (MARTÍN VALVERDE, 1997; el autor afirma posteriormente, con razón, que la doctrina del abuso también se aplica al derecho de propiedad y al poder de dirección empresarial).

Se mencionan seguidamente otras sentencias del TC de interés para el tema que nos ocupa adicionales a la cardinal STC 11/1981.

La primera es la STC 72/1982, de 2 de diciembre, asimismo, al igual que la STC 11/1981, sentencia de «primera hora», cabe decir, del TC (sobre esta STC, se remite a ALONSO OLEA, 1984; en general sobre la huelga intermitente, GÁRATE CASTRO, 1986).

La STC 72/1982 tenía que examinar la compatibilidad con el derecho constitucional de huelga de una sentencia del extinto TCT que declaró la legalidad de un **cierre patronal** decretado por la empresa con motivo de una **huelga intermitente**. Frente a lo que había entendido el órgano de instancia, el TCT con-

sideró que la huelga intermitente declarada por los trabajadores era abusiva, toda vez que la modalidad de huelga empleada obligaba a la empresa a realizar su costoso proceso de arranque o reinicio tres días por semana, en vez de uno, ocasionando así «un perjuicio adicional o suplementario, aparte del propio de los días de huelga», el cual, además de «añadido e innecesario», «fue buscado de propósito por los promotores de la huelga, pues de otro modo hubiesen señalado el paro en dos días consecutivos y no alternos».

La STC 72/1982 admite que la huelga intermitente no está dentro de las huelgas consideradas expresamente ilícitas o abusivas por el art. 7.2 RDLRT, lo que significa —afirma el TC— que debe **presumirse su validez** correspondiendo «la prueba del abuso de derecho a quien interese», por lo que debe de ser el empresario quien pruebe «la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva».

La STC 72/1982 considera que en el caso el empresario consiguió probar lo anterior, lo que impide al TC —se concluye— examinar si el cierre patronal fue o no legítimo y si afectó al derecho de huelga, por la razón de que, al ser la huelga abusiva, «la actuación realizada por los trabajadores, no estaría comprendida dentro del derecho fundamental».

Es de gran interés subrayar la afirmación de la STC 72/1982 en el sentido de que para que sea calificada de abusiva «no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea **grave y haya sido buscado** por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica» (sobre el daño o pérdida de utilidad que supone la huelga como «consecuencia» inevitable de la misma, pero no como su «objeto», se remite a MARTÍN VALVERDE, 1997).

La STC 41/1984 es otra sentencia de interés (sobre esta sentencia, se remite a ALONSO OLEA, 1985).

En el caso, las sentencias previas entendieron que era abusiva la modalidad de huelga intermitente, declararon justificadas las sanciones de suspensión de empleo y sueldo impuestas por la empresa y multaron, en fin, a los trabajadores por temeridad manifiesta. La STC 41/1984 reproduce los argumentos de la STC 72/1982 y concluye que las sanciones de suspensión de empleo y sueldo no vulneran el derecho de huelga porque la conducta de los demandantes «no puede integrarse en el ámbito de ejercicio legítimo» del derecho fundamental de huelga. Ahora bien, la STC 41/1984 declara la nulidad de las multas por temeridad, por apreciar falta de motivación.

Para los supuestos de ejercicio del derecho de huelga en procesos de subcontratación se remite a las SSTC 75, 76 y 98 a 112/2010, estimatorias de los recursos de amparo y que cuentan con señalados votos particulares.

Conviene resumir los principales argumentos de estas SSTC:

«La determinación de la vigencia y contenido de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales en régimen de subcontratación, en aquellos supuestos en que la vulneración del derecho fundamental no sea directamente imputable a la empresa titular de la relación laboral sino a la empresa principal que contrata con aquélla en el marco de una relación mercantil, que rompe como consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales por los trabajadores. O, dicho de otra forma, si las garantías de indemnidad que la CE y la Ley ofrecen a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral.

En el caso que ahora consideramos ha quedado plenamente acreditado que la trabajadora demandante de amparo

ha perdido su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos. Pese a ello, las resoluciones judiciales recurridas han rechazado la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas, impidiendo que dicha vulneración sea reparada a través de la garantía básica establecida por la legislación laboral a tal fin, esto es, la declaración de nulidad del despido. Y a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica, si no pudiera otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable.

Y en lo que se refiere a la garantía de indemnidad que acompaña al derecho a la tutela judicial efectiva, el caso ahora sometido a nuestra consideración resulta suficientemente descriptivo de cómo no tomar en consideración las actuaciones de la empresa principal dejaría el ejercicio del derecho huérfano de toda garantía, al haber quedado establecido en hechos probados que la acción que ha determinado la rescisión de la contrata mercantil y, con ella, la extinción del

contrato de los trabajadores ha sido una denuncia sobre cesión ilegal de mano de obra, cuyos efectos, caso de prosperar, habrían de alcanzar plenamente a la esfera jurídica de la empresa principal *ex* artículo 43 ET.

No existe en la vigente regulación legal de la subcontratación de obras y servicios previsión alguna que permita garantizar el ejercicio de los derechos de los trabajadores de la contratista respecto de vulneraciones cometidas por la empresa principal, a salvo de la existencia de un supuesto de cesión ilegal de mano de obra que, según las sentencias impugnadas, aquí no concurre. Las garantías establecidas en la legislación laboral, en función de lo que ha sido el propio desarrollo y evolución histórica de la figura de la subcontratación, se dirigen más bien a garantizar los derechos de los trabajadores frente a la empresa contratista, a cuyo efecto se establece en determinados supuestos la responsabilidad de la empresa principal —a la que se presume normalmente más estable y solvente— en relación con el incumplimiento por la contratista de algunas de sus obligaciones legales (por ejemplo, en materia de salarios o de Seguridad Social), así como a reforzar los instrumentos de protección en materia de salud y seguridad. Pero no existe en el artículo 42 ET una correlativa corresponsabilidad de la empresa contratista respecto de eventuales vulneraciones cometidas por la empresa principal, ni se reconoce a los trabajadores mecanismo alguno para acudir directamente contra esta frente a sus propias actuaciones, quizás por entender que los trabajadores de la empresa contratista no pueden verse afectados en sus derechos por actuaciones de la empresa principal, con la que no les une vínculo alguno. Para el legislador, el ámbito de relaciones de la empresa principal se

agota en el mercantil del contrato que le une a la contratista, de manera que ninguna afectación puede derivarse de sus actuaciones en el ejercicio por los trabajadores de los derechos derivados de su relación laboral. De ahí que cuando, como en el presente caso, no se aprecia la concurrencia de una conducta directamente imputable a la empresa contratista, cuya connivencia han descartado los órganos judiciales, se concluya la inatacabilidad por parte de los trabajadores de cualquier actuación de la empresa principal, que se considera ajena al contrato de trabajo.

Sin embargo, cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia vigencia de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no solo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos.»

Sobre esta materia, son asimismo de gran interés, en la jurisprudencia ordinaria, la STS 11 de febrero de 2015 (caso *Pressprint*), que compendia la jurisprudencia constitucional —especialmente la STC 75/2010—, y la STS 16 de noviembre de 2016 (caso *Altrad*), reiterada por la STS 23 de enero de 2017.

4. La no sustitución (interna, externa o «tecnológica») de los huelguistas por otros trabajadores de la empresa y la «anestesia» o paralización durante la huelga de algunos poderes empresariales

El art. 6.5 RDLRT prohíbe que el empresario **sustituya** a los huelguistas por otros trabajadores. Concretamente, el precepto establece que «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo».

La conocida **STC 123/1992** se enfrentó con un supuesto en el que la huelga legal de los trabajadores fijos de la empresa, fue contrarrestada por esta procediendo a sustituir a los huelguistas por los directores y administrativos no fijos discontinuos. En suma —dice la STC 123/1992—, se procedió a «la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima».

La STC 123/1992 declara ilícita esta sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado.

La STC examina el art. 6.5 RDLRT, la regulación legal del poder de dirección (art. 20 ET) y de movilidad del empresario (arts. 39 y 40 ET), así como la doctrina de las SSTs 23 y 24 de octubre de 1989 (LA LEY JURIS: 198-4/1989 y LA LEY JURIS: 1148868/1989), lle-

gando a la conclusión de que el ejercicio del derecho de huelga tiene «el efecto de **reducir** y en cierto modo **anestesiarse**, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial».

«Tal sucede —prosigue la STC 123/1992— con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre». «Ahora bien —precisa el TC—, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial». «Aquí entra en juego —sigue razonando el TC— el concepto de lo “social” que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia».

«En definitiva —concluye la STC 123/1992—, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su

potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tal sentido, atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga» (sobre esta STC, se remite a GOERLICH, 1994; en general sobre el tema, SANTANA GÓMEZ, 1993, y FERRANDO GARCÍA, 1999).

La posterior **STC 66/2002**, de 21 de marzo, precisa que la limitación de los poderes del empresario se manifiesta también en su «**libertad de contratación**», como «técnica de **sustitución externa** de los trabajadores huelguistas», lo que «resultaría contrario al artículo 28.2 CE de utilizarse como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo». Lo que ocurrió es que la STC 66/2002 no apreció que ello hubiera ocurrido en el caso examinado, toda vez que la contratación de ocho nuevos trabajadores «no influyó ni en la celebración de las huelgas convocadas ni en sus efectos». Y la empresa acreditó que las contrataciones se realizaron por causas extrañas al ejercicio del derecho fundamental.

Tampoco en el supuesto examinado por la posterior STC 18/2007 quedó acreditado que se realizaran funciones no correspondientes al nivel profesional.

Por su parte, la STC 33/2011, 28 de marzo, tras sistematizar y terminar de perfilar la doctrina constitucional, declara que «la utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga —o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de

toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse—, vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva».

La STS 18 de marzo de 2016 aplica esta jurisprudencia constitucional sobre el «esquirolaje interno» a un supuesto de ejercicio de movilidad funcional para que trabajadores que normalmente no realizaban esas funciones realizaran el trabajo de los huelguistas.

Por lo que se refiere al llamado esquirolaje «tecnológico» y la publicidad programada, la jurisprudencia del TS estableció inicialmente que el derecho de huelga solo se vulnera si los trabajadores asignados a los servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos. Pero posteriormente, el TS rectificó su doctrina entendiendo que contraría el derecho de huelga la utilización de medios automáticos si ello supone vaciar el contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio.

Se trata, respectivamente, de las SSTS 11 de junio de 2012 (con un voto particular) y 5 de diciembre de 2012 (de Sala General, con dos votos particulares suscritos cada uno de ellos por tres Magistrados). Ambas SSTS tienen en cuenta las STC 183, 184, 191 y 193/2006. Pero la posterior STC 17/2017, de 2 de febrero, a la que más adelante se aludirá, parece inclinarse más por el criterio de la STS 11 de junio de 2012 que por el de la STS 5 de diciembre de 2012.

La STS 11 de febrero de 2015 (caso *Pressprint*) compendia la jurisprudencia constitucional (especialmente

la STC 75/2010) y del TS sobre esquirolaje «interno» (de interés es también la STS 20 de julio de 2016), el «tecnológico» y el supuesto de que la empresa (o empresas) que vulneran el derecho de huelga (y de libertad sindical) de los trabajadores no sea su empleador, pero formen parte del grupo de empresas en el que concurren los elementos adicionales desencadenantes de la responsabilidad solidaria a los que hace referencia la doctrina del TS a partir de la STS 27 de mayo de 2013; la STS 11 de febrero de 2015 condena a las empresas demandadas del grupo a indemnizar con 100.000 euros al sindicato convocante de la huelga.

Con base en precedentes de la jurisprudencia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria sobre el llamado esquirolaje interno y externo, así como del tecnológico, la importante STS 20 de abril de 2015 (asunto *embotelladoras de Coca Cola*), ha declarado lesivo del derecho de huelga que, en el contexto de un despido colectivo en el que se preveía el cierre de una planta que nutría de producto a una plataforma logística del grupo, y para contrarrestar la huelga declarada en aquella planta, pasaran a ser otras plantas del grupo que hasta entonces no lo habían hecho las que pasaran a nutrir de producto a la plataforma logística.

Para la STS 20 de abril de 2015, «la conducta descrita, llevada a cabo durante el ejercicio de la huelga de los trabajadores de la planta..., aplicando la doctrina constitucional antes citada, es manifiesto que vulneró... el derecho de huelga de los trabajadores a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga», y ello «con independencia de la intención empresarial».

La STS 20 de abril de 2015 afirma que la STS 11 de febrero de 2015 (caso *Pressprint*) recuerda que es la STC 123/1992 la que marca «una línea definida sobre los límites del poder de dirección del empresario en relación con la preeminencia e intensa producción del derecho de huelga». Aunque en el caso, al contrario de lo sucedido en los supuestos enjuiciados por las SSTS 18 de julio de 2014 (en parte de los despidos) y 23 y 24 de febrero de 2015, el despido colectivo no fue una represalia empresarial ante la huelga, para la STS 20 de abril de 2015, la puesta en práctica de «prácticas productivas tendentes a contrarrestar la incidencia de la huelga», vulnera el artículo 28.2 CE. La STS de 20 abril de 2015 cuenta con un voto particular que entiende que la conducta descrita no vulnera el derecho de huelga.

Otras sentencias de interés son las SSTS 18 de marzo de 2016 y 13 de julio de 2017.

Finalmente, la STC 17/2017, 2 de febrero (con voto particular) (huelga en Telemadrid emitiéndose ese día un partido de la *Champions League*) declara que el uso de medios técnicos a disposición de la empresa (no utilizados habitualmente, pero que existían previamente) no vulnera el derecho a la huelga cuando los empleados (no huelguistas) que acuden a trabajar realizan sus funciones habituales sin sustituir a los huelguistas; el empresario — afirma el TC— no está obligado a colaborar con la huelga.

Se declaró una huelga para todos los trabajadores de Telemadrid, que tuvo gran éxito e imposibilitó la emisión de ningún programa con la excepción de un partido de la *Champions League*. El partido pudo emitirse gracias a un trabajador de control central y al coordinador del departamento de gra-

fismo (ninguno de los dos secundó la huelga y —según consta en los hechos probados— realizaron tareas dentro de sus funciones laborales, aunque en algún caso nos las realizaran habitualmente).

5. La imposibilidad de utilizar el dato de la afiliación sindical para detraer los salarios correspondientes al período de huelga

Es asimismo de gran interés el supuesto examinado por la conocida **STC 11/1998**.

Ante la huelga convocada por unos determinados sindicatos y a los efectos de detraer los salarios de los huelguistas, la empresa procedió a utilizar la **clave informática** en la que constaba la **afiliación** de los trabajadores para el abono de la llamada cuota sindical.

Pues bien, la STC 11/1998 declara que esa conducta vulnera el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), en conexión con el art. 18.4 CE.

«Debe tenerse en consideración —razona el TC— que la afiliación del trabajador... a determinado Sindicato, se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la Empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al Sindicato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 LOLS. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga.»

La STC 11/1998 ha sido seguida, y su doctrina lógicamente reiterada, por múltiples y posteriores sentencias. Se trata de las SSTC 33, 35, 45, 60, 77, 94, 104, 105, 106, 123, 124, 125, 126/1998 y 30/1999.

6. Cláusulas antiabsentismo y primas antihuelga

La STC 189/1993, de 14 de junio, examinó la compatibilidad con la CE de un complemento o incentivo «a devengar exclusivamente en caso de producirse disminución del **absentismo** en relación a determinados porcentajes de absentismo total (personal obrero: 6 por 100; resto del personal: 5 por 100) y según el número de horas reales de absentismo del año natural, teniendo en cuenta las siguientes causas: incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común, accidente no laboral, accidente laboral o *in itinere*, licencias reglamentarias, permisos potestativos, retrasos, sanciones disciplinarias, elecciones (de todo tipo), conflictos colectivos (huelgas, paros voluntarios, etc.) y otras causas que produzcan absentismo».

La STC 189/1993 declaró que vulneraba el derecho al sufragio activo proclamado en el art. 23.1 CE que se computara el «tiempo dedicado a votar en las elecciones políticas». Pero consideró, por el contrario, que **no** se vulneraba el derecho de huelga (art. 28.2 CE) por el hecho de que se computara el tiempo dedicado al ejercicio de este último derecho. En efecto, para la STC 189/1993:

«Es obvio que el tipo de incentivo aquí analizado es algo ajeno a las primas antihuelga en la medida en que la prima no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga. No es un incentivo que trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor que el que cabe atribuir en razón a la proporcionalidad de los sacrificios.»

«El incentivo paccionado, antes bien —prosigue el TC—, constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga. El número de

ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tenga una especial repercusión. Tanto integran el índice de absentismo las bajas intermitentes por enfermedad o accidente como las ausencias debidas a la huelga, lucrando de igual modo el porcentaje mínimo de absentismo a efectos de devengar el incentivo controvertido.»

«De otra parte —sigue razonando el TC—, la cláusula es respetuosa con el aludido principio de proporcionalidad que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga. Ciertamente este derecho se adquiere o se pierde, no se devenga proporcionalmente. Ahora bien, en la medida en que la pérdida de la prima se condiciona a alcanzar un cierto porcentaje total de ausencias, es lo cierto que las debidas a huelga puede que no adquieran reflejo alguno en el devengo de ese incentivo, como así ha ocurrido, rompiéndose en ese caso la regla de la proporcionalidad en beneficio del trabajador. De otro lado, cuando se pierde el referido incentivo por superar el umbral mínimo de faltas previsto, no hay por qué cohonestar la pérdida del incentivo con las ausencias por huelga, puesto que estas solo son una de las causas computables y no necesariamente la única.»

«Procede incluir, a la vista de lo expuesto —afirma el TC—, que la cláusula convencional, en tanto que no conlleva efecto multiplicador alguno o sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga, no vulnera el derecho de huelga.»

Pero, como precisó la STS 1 de diciembre de 1998 (LA LEY JURIS: 131236/1998) y confirma la STS 19 de abril de 2004 (LA LEY JURIS: 1300/2004), solo cabrá computar el tiempo de

huelga si la misma está **expresamente** incluida y mencionada en el correspondiente incentivo o complemento.

En consecuencia, los días de huelga no deben considerarse absentismo o falta de trabajo con vistas al devengo de prima de asiduidad o asistencia, salvo que expresamente se establezca lo contrario (STS 27 de diciembre de 1993).

La huelga repercutirá, por lo demás, si el plus de asistencia se devenga día a día, disminuyendo este en proporción a aquella (SSTS 26 de mayo de 1992 y 22 de enero de 1993).

De interés es, finalmente, la STS 15 de noviembre de 2007.

7. Las libertades comunitarias (de establecimiento y libre prestación de servicios) como límite del derecho de huelga

Aunque el presente trabajo se limita al comentario del art. 28.2 CE, no se quiere dejar de mencionar que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las libertades comunitarias de establecimiento y de libre prestación de servicios constituyen un nuevo límite del derecho de huelga con el que quizás —cabe decir— «no se contaba». Se trata de **las sentencias del TJCE de 11 de diciembre de 2007 (*Viking*) (C-438/05), 18 de diciembre de 2007 (*Laval*) (C-341/05) y 3 de abril de 2008 (*Rüffert*) (C-346/06)**, y, especialmente, por ser el presente un comentario sobre el derecho de huelga, de las dos primeras.

En el supuesto de **la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007**, la empresa finlandesa **Viking** quería cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques, por ser deficitario debido a la competencia directa de buques estonios que operan con menores costes salariales en la misma ruta entre Tallin (Estonia) y

Helsinki (Finlandia), y registrar dicho buque bajo pabellón de Estonia. Sin descender a detalles aquí improcedentes, el sindicato finlandés de marinos FSU anunció que recurriría a la huelga y, por su parte, la federación internacional de sindicatos a la que está afiliado el FSU, la ITF, con sede en Londres (Reino Unido), requirió a todos sus sindicatos afiliados que no entablaran negociaciones con Viking. Viking acabó presentando una demanda ante un órgano jurisdiccional británico para que se declarara que las medidas de la IFT y del FSU infringían el art. 43 del TCE (actual art. 49 TFUE), se ordenara la retirada del requerimiento de la IFT y se exigiera al FSU que no obstaculizara el ejercicio de los derechos de Viking con arreglo al Derecho de la Unión.

La demanda de Viking fue estimada por el órgano judicial británico. IFT y FSU recurrieron esta resolución ante un órgano judicial superior británico y es este último órgano el que planteó determinadas cuestiones prejudiciales.

La sentencia del TJCE 11 de diciembre de 2007 (*Viking*) resuelve las cuestiones prejudiciales declarando lo siguiente:

«1.º El artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) debe interpretarse en el sentido de que, en principio, no está excluida del ámbito de aplicación de este artículo una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa privada con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento.»

«2.º El artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos.»

«3.º El artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) debe interpretarse en el senti-

do de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal, que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo.»

«Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.»

Por su parte, en el supuesto de **la sentencia del TJCE 18 de diciembre de 2007**, la empresa letona **Laval** desplazó a Suecia entre mayo y diciembre de 2004 a unos treinta y cinco trabajadores para la ejecución de unas obras contratadas por una empresa sueca («Baltic»), empresa de la que Laval tuvo el cien por cien de su capital hasta diciembre de 2003, para la construcción de un centro escolar en un municipio de Suecia. Determinados sindicatos suecos de la construcción exigieron a Laval que se adhiriera al convenio colectivo de la construcción sueco y que abonara un determinado nivel salarial a los trabajadores desplazados, advirtiendo que, de no llegarse a un acuerdo, se adoptarían medidas de conflicto colectivo. Al no llegarse a un acuerdo, los sindicatos suecos bloquearon la obra, impidiendo la entrega de mercancía, empleando piquetes de huelga e imposibilitando la entrada de los trabajadores letones. Tras no llegarse a acuerdo alguno en una instancia sueca de mediación, se intensificaron las medidas de conflicto colectivo contra Laval y el sindicato sueco de electricistas inició ac-

ciones de solidaridad que se tradujeron en que las empresas de electricidad no pudieron prestar servicios a Laval. En navidad de 2004 los trabajadores desplazados volvieron a Letonia y ya no regresaron a la obra de construcción. En enero de 2005 otras organizaciones sindicales suecas iniciaron un boicot de todas las obras de Laval en Suecia y, según se recoge en la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval «ya no pudo seguir ejerciendo sus actividades en el territorio de ese Estado miembro». En febrero de 2005, el municipio sueco solicitó la resolución del contrato que le vinculaba con la empresa Baltic y al mes siguiente esta empresa fue declarada en quiebra.

Laval demandó a los sindicatos suecos de la construcción y de electricistas pretendiendo: (i) que se declararan ilegales las medidas de conflicto colectivo de los sindicatos de la construcción que afectaban a todas las obras en las que intervenía Laval, así como la acción de solidaridad del sindicato de electricistas consistente en el bloqueo de todos los trabajos de electricidad en curso; (ii) que se ordenara poner fin a esas acciones; y (iii) que se condenara a los sindicatos citados a indemnizar a Laval por el perjuicio sufrido.

El órgano judicial sueco que conoció de la demanda planteó determinadas cuestiones prejudiciales que fueron resueltas por la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 2007 (*Laval*) declarando lo siguiente:

1.º «Los artículos 49 TCE (actual art. 56 TFUE) y 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en un Estado miembro en el que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de esta Directiva se encuentran en disposiciones lega-

les, excepto las cuantías de salario mínimo, una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, como la controvertida en el asunto principal, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de dicha Directiva.»

2.º «Los artículos 49 TCE (actual art. 56 TFUE) y 50 TCE (actual art. 57 TFUE) se oponen a que, en un Estado miembro, la prohibición impuesta a las organizaciones sindicales de adoptar medidas de conflicto colectivo con el fin de derogar o modificar un convenio colectivo celebrado por terceros esté supeditada a que las medidas tengan relación con las condiciones de trabajo y empleo a las que se aplique directamente la legislación nacional.»

Las sentencias del TJCE 11 de diciembre de 2007 (*Viking*) y 18 de diciembre de 2007 (*Laval*), así como la de 3 de abril de 2008 (*Rüffert*), han producido un intensísimo debate, y entre los sindicatos y no pocos círculos académicos europeos, una importante preocupación. No se puede dar cuenta, sin embargo, de estos nuevos «retos» y «encrucijadas» que las libertades comunitarias plantean al derecho de huelga y a los medios de acción sindical.

Remito, por todos, a BAYLOS GRAU, 2008 y 2018, GUAMÁN HERNÁNDEZ, 2007 y 2008, MIRANDA BOTO, 2016 y MENDOZA NAVAS, 2016. Me permito remitir, asimismo, a GARCÍA-PERROTE y MERCADER UGUINA, 2008.

V. LA TITULARIDAD Y LAS FACULTADES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS DEL DERECHO DE HUELGA

Tradicionalmente se ha venido diciendo que el derecho de huelga es de **titularidad individual**, pero de **ejercicio colectivo**. Criterio que es objeto de crítica doctrinal (se remite a GONZÁLEZ DE LA ALEJA, 1999, LAHERA FORTEZA, 2000 y MONEREO, 2001 y 2002, y especialmente a PALOMEQUE LÓPEZ, 2005; también, GONZÁLEZ ORTEGA, 2018).

Ya la **STC 11/1981** había declarado que el derecho de huelga, si bien es de **titularidad individual** («atribuido a los trabajadores *uti singuli*»), requiere necesariamente para su ejercicio la **concertación** entre los trabajadores, lo que se concreta en «la concurrencia de una pluralidad de actos de ejercicio y participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como ejercicio de huelga». Más importante es señalar, con todo, que la propia STC 11/1981 hizo referencia a **las facultades contenidas en el derecho de huelga (convocatoria o llamada, determinación del cuadro reivindicativo, publicidad o proyección exterior, negociación y decisión de darla por terminada, etc.)**, indicando que corresponden **tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales**. Creo yo que la intencionalidad de la STC 11/1981 era destacar que la titularidad del derecho de huelga no es sindical ni tampoco de cualquier otra representación de los trabajadores reconocida por la ley (por ejemplo, de los representantes unitarios o electivos), sino que es de los propios trabajadores, siempre que actúen colectiva y concertadamente; si se quiere decir así, de la asamblea de los trabajadores. Pero a la vez, la STC 11/1981 quiso dejar claro —solo así se salvó la constitucionalidad del art. 3 RDLRT— que las facultades del derecho de huelga corresponden no solo a los trabajadores, sino **también a los sindicatos y demás representaciones de los trabajadores** (BAYLOS GRAU, 2003). Confirmando el criterio sentado por la STC 11/1981 y con toda probabilidad

buscando un mayor protagonismo sindical en el «gobierno» de la huelga, **el art. 2.2.d) LOLS** establece que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho al ejercicio del derecho de huelga, en los términos previstos en las normas correspondientes.

Con posterioridad, y con gran precisión, la importante en este extremo STS 30 de junio de 1990 declaró que se ha de distinguir entre la titularidad del derecho de huelga —de la que se deriva que a cada trabajador corresponde la decisión de sumarse o no a la huelga convocada— y las facultades atinentes al ejercicio o proyección colectiva, manifestadas en la convocatoria, determinación de objetivos, publicidad, negociación y terminación, que son desde luego predicables de los sindicatos. De manera cercana a lo anterior, el importante voto particular formulado a la **STC 123/1990**, también diferencia entre el ejercicio colectivo del derecho de huelga (declaración de huelga) y el ejercicio individual del mismo (sumarse o no a los trabajadores, *uti singuli*, a la huelga ya declarada). La **STC 80/2000** es interesante respecto de la cuestión atinente a que la no desconvocatoria de una huelga por un sindicato, al contrario de lo que hicieron otros sindicatos, no puede tener consecuencias negativas en el derecho de negociación colectiva del primero.

Hay que mencionar las aportaciones doctrinales que han clarificado estos temas, diferenciando entre **la vertiente individual y la vertiente colectiva** del derecho de huelga; o, si se prefiere, han resaltado, «la titularidad diferenciada del derecho de huelga» (PALOMEQUE LÓPEZ, 1992 y 2005). Básicamente, la vertiente o el aspecto individual del derecho de huelga hace referencia a la adhesión o participación en una determinada huelga. Mientras que la colectiva se refiere, principalmente, a la convocatoria de esta huelga. La titularidad de la vertiente o del aspecto individual es del trabajador individualmente considerado. Por el contrario, la titularidad de la vertiente colectiva del derecho corresponde siempre a sujetos

sindicales y, en su caso, colectivos (por ejemplo, las representaciones unitarias) o a la colectividad de trabajadores por decisión mayoritaria (la asamblea), sin que sea posible una huelga convocada por un único trabajador, que en todo caso no sería una genuina huelga.

Como se sabe, el art. 2 RDLRT establece la nulidad de los pactos establecidos en **contratos individuales de trabajo** que contengan la **renuncia** o cualquier otra restricción al derecho de huelga. Por el contrario, el art. 8.1 RDLRT prevé que los **convenios colectivos** pueden establecer la **renuncia**, durante su vigencia, al ejercicio del derecho de huelga. Lo que no se permite hacer al trabajador individualmente considerado sí se tolera a los sujetos que negocian un convenio colectivo. Se piensa, ciertamente con razón, que la situación de desequilibrio no es la misma en el contrato de trabajo que en el convenio colectivo y, además, que en este último caso existirán compensaciones. La jurisprudencia constitucional admite así que los sujetos colectivos pueden adoptar el compromiso temporal de no recurrir al ejercicio del derecho de huelga, «independientemente de la proyección que, en su caso, (ello) pueda tener sobre los trabajadores individuales» (STC 189/1993, de 14 de junio, citada por la posterior STC 51/2003, de 17 de marzo). Ahora bien, la STC 51/2003 rechaza que se pueda presumir el compromiso de no recurrir al ejercicio del derecho de huelga de «una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar», toda vez que la renuncia de derechos tiene que ser «explícita, clara, terminante e inequívoca».

En todo caso, la STC 11/1981 declaró que la renuncia a la que hace mención el art. 8.1 RDLRT no es una genuina renuncia, al no afectar al derecho de huelga sino únicamente a su ejercicio, ni suponer la extinción de aquel derecho sino solo el compromiso de no ejercitarlo temporal y transitoriamente (durante la vigencia del convenio colectivo). Compromiso que, por lo demás —concluye la STC 11/1981—, no comporta sino una pura obligación que puede incumplirse arrastrando las consecuencias del

incumplimiento y que se alcanza «a cambio de ciertas compensaciones» de la contraparte (se remite sobre estos temas a RAMOS QUINTANA, 1993, y posteriormente, a BAYLOS GRAU, 2003; son de interés al respecto, además de la STC 11/1981, las posteriores SSTC 38/1990, 145/1992, 189/1993 y 332/1994).

Por lo demás, la STS 11/1981 (FD 14) declaró que:

1.º) «Nada impide la huelga durante el periodo de vigencia de un convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio, como puede ser... exigir reivindicaciones que no impliquen la modificación del convenio.»

2.º) También cabe una huelga (i) que reclame una determinada «interpretación» del convenio, distinta a la adoptada por la contraparte; (ii) cuando el convenio se ha «incumplido por la parte empresarial», o (iii), en fin, cuando «se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias, que permitan aplicar la llamada cláusula *rebus sic stantibus*».

VI. LA DINÁMICA DEL EJERCICIO DEL DERECHO: PREAVISO, COMITÉ DE HUELGA, PIQUETES Y PUBLICIDAD DE LA HUELGA, SERVICIOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO, PACTOS DE FIN DE HUELGA Y HUELGA Y DESEMPLEO

El art. 3.3 RDLRT establece que «el acuerdo de declaración de la huelga habrá de ser **comunicado** al **empresario** o empresarios afectados y a la **autoridad laboral** por los representantes de los trabajadores».

Se trata del llamado «preaviso» de la huelga, que es de cinco (diez en el caso de empresas encargadas de servicios públicos) días natu-

rales a su fecha de iniciación (arts. 3.3 y 4 RD-LRT). Ahora bien, téngase en cuenta que «antes de la comunicación formal de una huelga», tiene que intentarse la mediación prevista en el art. 17, en conexión con el art. 4.1.k), ASAC.

El art. 3.3, *in fine*, RDLRT establece que la comunicación de la huelga ha de contener «los objetivos de esta, gestiones realizadas para resolver las diferencias y composición del comité de huelga». Por su parte, el art. 4 RDLRT, respecto a las empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos, dispone que «los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio».

La **STC 13/1986**, de 30 de enero, cuya doctrina ha sido reiterada por la STC 36/1993, de 8 de febrero, sentó el criterio de que si la huelga es sectorial o de amplia extensión territorial es **suficiente** con preavisar a la **asociación empresarial** del sector o a la que pertenezcan los empresarios afectados (ello «garantiza sobradamente la posibilidad de que cada empresario pueda adoptar las medidas necesarias»), sin que sea necesario hacerlo con todos y cada uno de los «empresarios afectados» (art. 3.3 RDLRT); de otra forma se imposibilitaría la convocatoria de huelgas generales o sectoriales y, además, la huelga sería al tiempo legal o ilegal según se hubiera o no notificado a la empresa, lo que es inaceptable pues un acto no puede ser lícito y a la vez ilícito.

Sobre la ilegalidad de una huelga, solicitada por la vía de conflicto colectivo por la empresa, por no respetarse el preaviso, se remite a la STS 25 de enero de 2011.

La comunicación de la huelga ha de contener, entre otros extremos, la composición del comité de huelga a quien corresponde «participar en cuantas actuaciones sindicales, admi-

nistrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto» (art. 5, en conexión con el artículo 3.3 *in fine*, RDLRT).

Como resume la STC 104/2011, de 20 junio (FJ 7):

«En la STC 11/1981, 8 de abril, ya establecimos que “[l]a existencia del comité de huelga posee plena justificación y no desnaturaliza el fenómeno de la huelga. Como dice el artículo 28 CE, la huelga es un instrumento de defensa de intereses. Tiene por objeto abrir una negociación, forzarla si se quiere y llegar a un compromiso o pacto. Es clara, por ello, la necesidad de decidir quiénes son las personas que tienen que llevar a cabo la negociación. Además, el pacto de finalización de la huelga alcanza el mismo valor que el convenio colectivo. Tiene por ello que existir un instrumento de la negociación y la exigencia de la formación del comité responde claramente a esta necesidad” (FJ 16).

Además de esas determinaciones de la doctrina constitucional, la regulación del RDLRT confirma el papel central de ese órgano en el desarrollo de la huelga. Y es que el comité de huelga tiene asignadas funciones de representación de los trabajadores en conflicto, lo que incluye atribuciones de negociación, pero también otras de administración de la huelga, antes de su inicio, durante su ejercicio e incluso después de su finalización. En particular, el derecho de acceso de los integrantes del comité de huelga al centro de trabajo, si bien no se recoge expresamente en aquella norma, se viene manteniendo con carácter general por los tribunales del orden jurisdiccional social.

De todo ello se infiere la singular posición de sus miembros durante el desa-

rollo de la huelga, lo mismo que el reforzamiento de sus derechos y garantías en tanto que representantes de los trabajadores en conflicto.»

El art. 5 RDLRT disponía que solo podían ser miembros del **comité de huelga** trabajadores del propio centro de trabajo afectados por el conflicto. Pero, como se sabe, la STC 11/1981 declaró la inconstitucionalidad de esa previsión «cuando las huelgas comprendan varios centros de trabajo» (no así en las huelgas «cuyo ámbito no exceda de un solo centro de trabajo»).

El art. 6.6 RDLRT prevé que «los trabajadores en huelga podrán efectuar **publicidad** de la misma, en forma **pacífica**, y llevar a efecto **recogida de fondos** sin coacción alguna».

Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la **publicidad** o proyección hacia el exterior de la huelga se configura como una de las **facultades** que integran el **contenido esencial** de este derecho y que, a pesar del tenor literal del art. 6.6 RDLRT, viene atribuida no solo a los trabajadores que participan en aquélla, sino también a sus representantes y a las organizaciones sindicales (STC 11/1981).

Como sintetiza la STC 24/1988, de 23 de febrero, el derecho constitucional de huelga «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»; también la STC 120/1983, de 15 de diciembre, afirma que la publicidad permite «recabar la solidaridad de terceros». En suma, la facultad de la huelga de «publicidad o proyección exterior», abarca, no solo «la publicidad del hecho mismo de la huelga, sino también la de sus circunstancias o la de los obstáculos que se oponen a su desarrollo a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición» (STC 198/2004, de 15 de noviembre). Se mencionan, asimismo, las SSTC 2/1982, 254/1988, 332/1994, 333/1994, 137/1997,

40/1995 y 37/1998 y los AATC 570/1987, 36/1989, 193/1993 y 158/1994. La citada STC 198/2004 estima el recurso de amparo por entender que el despido del recurrente vulneró su derecho de libertad sindical, en relación con los derechos de libre información y expresión. La STC 198/2004 anula las resoluciones recurridas en amparo y declara la nulidad del despido; esta declaración de nulidad motiva el voto particular formulado.

Respecto de posibles actos violentos que puedan ocurrir con ocasión de la huelga y su eventual sanción penal, la polémica STC 104/2011, 20 junio (FJ 6), afirma que:

«si bien es cierto que el derecho de huelga no ampara actos violentos o asimilables, también es indudable que se trata de un derecho fundamental de conflicto, y que esa circunstancia impone no solo una determinada aproximación en la delimitación de sus contenidos, que abiertamente afirmamos ya en nuestra STC 11/1981, 8 de abril (FJ 9), sino, asimismo, la asunción y defensa constitucional de una caracterización del derecho y de los márgenes en su ejercicio que respondan a ese contexto de conflicto y a su finalidad de defensa de intereses de los trabajadores en los escenarios de tensión y antagonismo en los que tiene lugar su desarrollo. Lo contrario desnaturalizaría su contenido esencial.»

«La sanción penal solo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a un “aparente ejercicio” del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible.»

«Tal era lo que sucedía, por ejemplo, en el asunto resuelto por la STC 137/1997, 21 de julio, en el que al recurrente se le condenó como autor de una falta de coacciones, prevista en el art. 585.4 del Código Penal de 1973, por formar parte de un piquete de huelga, compuesto por unas doscientas personas, que impedía, aunque de forma intermitente, la entrada y salida de vehículos en la fábrica. Asimismo, hemos establecido en otras resoluciones que carece de amparo en el derecho de huelga impedir la entrada en la fábrica a los directivos, trabajadores de empresas contratistas o a los designados para atender los servicios mínimos, así como amenazar a los que están en su puesto de trabajo para que lo abandonen (ATC 570/1987, de 13 de mayo); golpear y coaccionar a un trabajador para eliminar de hecho su libertad de trabajo (ATC 193/1993, de 14 de junio); agredir e insultar al personal de seguridad y cometer actos vandálicos en las instalaciones de la empresa (ATC 158/1994, de 9 de mayo); interceptar y golpear el vehículo que traslada a los trabajadores, insultando a sus ocupantes (STC 332/1994, de 19 de diciembre); insultar a los trabajadores que acceden al centro de trabajo (STC 333/1994, de 19 de diciembre), entre otras.»

La STC 104/2011, que cuenta con dos significados votos particulares suscritos por tres Magistrados, otorga el amparo a la integrante de un comité de huelga que había sido condenada por delito de desobediencia (art. 556 CP) al irrumpir en el despacho de una concejal de un Ayuntamiento que estaba atendiendo a dos ciudadanos y negarse reiteradamente a abandonar ese despacho. En el caso no se consideró que, como sostenía la integrante del comité de huelga, el concejal estuviera realizando el trabajo de los huelguistas («esquirolaje interno»), lo que prohíbe

la jurisprudencia constitucional. La STC 104/2011 reprocha a los órganos jurisdiccionales del orden penal la no ponderación de que los hechos se produjeron en el contexto y en conexión con una huelga y que se trataba de una integrante del comité de huelga.

Por su parte, la novedad —y trascendencia constitucional *ex art.* 50.1.b) LOTC— de la STC 64/2016, 14 de abril (Pleno, con tres votos particulares) radica en que enjuicia un supuesto, no de responsabilidad o sanción laboral o penal (en esta última rige el principio de personalidad de la pena derivado del art. 25.1 CE), sino de responsabilidad civil extracontractual de resarcimiento de los daños causados por un piquete masivo (unas cien personas) al dueño de un pub (agresión física e insultos) a quien, con motivo de una huelga, se conminó y obligó a cerrar el local. Tras recordar que los dañados son titulares de otros derechos constitucionales (arts. 15, 25 y 38 CE) y que, a diferencia de lo que por ejemplo ocurre con los daños causados por ejercicio del derecho de reunión (art. 4 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio), la normativa vigente del derecho de huelga no establece una regla específica sobre la imputación subjetiva de la responsabilidad civil, la STC declara que el principio de personalidad de la pena no constituye una exigencia constitucional en el ámbito de la responsabilidad civil. Desde esta perspectiva del sujeto que debe indemnizar los daños causados, la STC alcanza la conclusión que la reparación de los daños «personales» (la agresión física) no debe recaer en exclusiva sobre el líder o cabecilla del piquete porque el hecho fue «ajeno» a él, al no constar su autoría ni que impartiera ninguna directriz o instigara la comisión de la agresión, debiéndose atender cuidadosamente a la conducta personal e

individualizada. A distinta conclusión llega el TC en lo que toca a los daños «materiales» (lucro cesante derivado del cierre del local), que sí fueron un «acto propio» del líder del piquete.

Por lo que se refiere a la prohibición de **la huelga con ocupación del centro de trabajo** establecida por el art. 7.1 RDLRT, en parte ya se ha anticipado que la STC 11/1981 declara que este precepto «debe ser objeto de una determinación restrictiva»; que no prohíbe la simple permanencia en los puestos de trabajo; que la ocupación se torna ilícita cuando con ella se vulnera el «derecho de libertad de otras personas (por ejemplo, de los trabajadores no huelguistas) o el derecho sobre las instalaciones o bienes»; que es legítima una orden de desalojo cuando «existe notorio peligro de violación de otros derechos o de producción de desórdenes»; y, en fin, que la interdicción de la ocupación de locales no puede afectar a «la modalidad de huelga lícitamente elegida», que puede eventualmente exigir la ocupación, ni, muy singularmente, impedir el ejercicio del derecho de reunión, «necesario para el desenvolvimiento del derecho de huelga y para la solución de la misma».

La regulación vigente de **los servicios de seguridad y mantenimiento** (art. 6.7 RDLRT), tal y como quedó tras la STC 11/1981, planteaba problemas que han ocupado la atención de la doctrina y de la jurisprudencia (se remite, por todos, a GONZÁLEZ BIEDMA, 1992).

Entre otros, se debatió, en primer lugar, si la participación del comité de huelga se extendía solo a la **designación de los trabajadores** que han de prestar los servicios o también a la «**adopción de las medidas de seguridad**», según se decía literalmente en la STC 11/1981, FJ 20. Y, en segundo término, a quien correspondía hacer la designación en caso de falta de acuerdo entre empresario y comité de huelga. La doctrina del extinto TCT defendió la designación judicial. Ocurre que esta solución no es del todo satisfactoria por ser normalmente *ex post* a la huelga, por lo que cabe apli-

car el reproche que la STC 123/1990 formula en estos casos. De ahí que la doctrina haya defendido la previa previsión en convenio colectivo y, más aún, por la falta de acomodo que pueda tener lo anterior en relación con cada huelga concreta, la necesidad de que se recurra a procedimientos de solución pacífica del conflicto. Es esta última solución, como bien se sabe, la que ha acabado implantándose, con el ya aludido importante papel que tienen al respecto **los Acuerdos estatal (ASAC) y autonómicos de solución extrajudicial de conflictos** (se remite, de nuevo, a FERRANDO GARCÍA, 1999, y a LANTARÓN BARQUÍN, 2003). Ahora bien, como ha declarado la ya citada STS 28 de mayo de 2003, si el comité de huelga «niega frontalmente su colaboración para adoptar las medidas de seguridad y mantenimiento, puede el empresario proceder a la designación de los trabajadores que hayan de desempeñarlas, siempre que estén objetivamente justificadas», toda vez que «el derecho a la adopción de tal tipo de medidas es indiscutible».

El art. 180.3 LJS permite que, por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se pueda solicitar «la adopción de medidas cautelares cuando, en caso de huelga..., se impugnen los actos de designación del personal laboral adscrito a los servicios de seguridad y mantenimiento precisos para la reanudación ulterior de las tareas. El órgano jurisdiccional resolverá manteniendo, modificando o revocando la designación de personal adscrito a dichos servicios conforme a las propuestas que, en su caso, formulen al respecto las partes». A destacar la referencia que se hace a estas «propuestas» de las partes.

Para la mediación en relación con la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, se remite al artículo 17.6 ASAC.

Desde el momento del preaviso y durante la huelga, el comité de huelga y el empresario,

«deberán negociar» para llegar a un acuerdo (art. 8.2 RDLRT).

De interés es la STS 23 de enero de 2017: la empresa principal no tiene obligación de cumplir los deberes de negociación que impone el art. 8.2 del RDLRT, cuando los trabajadores en huelga no pertenecen a su plantilla, sino a la de diferentes empresas que subcontratan con aquélla la actividad de provisión de servicios finales de telecomunicaciones, deber que únicamente alcanzaría a las empresas que emplean a los huelguistas y que no fueron demandadas en el proceso.

El propio art. 8.2 RDLRT establece que «el **pacto** que ponga **fin a la huelga** tiene la misma **eficacia** que lo acordado en convenio colectivo». Doctrina y jurisprudencia han llamado la atención sobre la peculiaridad de este pacto asimilado en su eficacia a un convenio colectivo, debiendo interpretarse que el pacto tendrá la eficacia **personal** ajustada a la representatividad y mayorías que acrediten reunir sus firmantes.

Sobre la eficacia frente a terceros (empresa cesionaria) de un pacto de fin de huelga alcanzado entre la empresa cedente y los trabajadores, se remite a la STS 14 de marzo de 2005 (LA LEY JURIS: 1265/2005). Un supuesto de pacto extraestatutario de fin de huelga es el examinado por la STS 1 de marzo de 2001.

La STS 30 de octubre de 2013 declara no ajustado a Derecho el despido colectivo por no cumplirse lo dispuesto en los acuerdos de 20 de mayo de 2011 y 14 de junio de 2011 de fin de huelga con eficacia *erga omnes* (art. 8.2 RDLRT) y condena a abonar 45 días con tope de 42 mensualidades previstos en esos acuerdos. De interés es la posterior STS 28 de abril de 2017 (con votos

particulares), que declara que la indemnización acordada en estos acuerdos puede modificarse en la conciliación judicial de la impugnación judicial colectiva de un posterior concreto despido colectivo.

Siempre que se respete el requisito de la imparcialidad del árbitro y solo si se dan determinadas y graves circunstancias, el Gobierno puede imponer un arbitraje obligatorio y poner fin así a la huelga (art. 10, párrafo primero, RDLRT, parcialmente declarado inconstitucional por la STC 11/1981).

Supuestos en los que se declara nulo el laudo arbitral son los enjuiciados por las SSTs 4 de abril de 2014 (dos sentencias).

VII. PODER DISCIPLINARIO, SEGURIDAD SOCIAL, ILEGALIDAD Y SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA HUELGA

El ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a «sanción alguna» (art. 6.1 RDLRT) ni, en consecuencia, al despido del trabajador. La sanción o el despido serán nulos, aplicándose en el correspondiente proceso las reglas de distribución de la carga de la prueba consagradas por la jurisprudencia constitucional y recogidas ya desde hace tiempo en la legislación procesal.

Se remite a los arts. 55.5 ET y 108.2 LJS y, asimismo, a los arts. 181.2 y 178.2 y 184 LJS. De la jurisprudencia constitucional basta citar, por todas, las SSTC 11/1981, 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo. Un supuesto de interés, en el que se sancionó a un maestro por explicar a sus alumnos las razones por la que se adhería a una huelga, es el enjuiciado por la STC 12/2018, de 8 de febrero, que anula la sanción.

Será posible sancionar, no obstante, si, por ejemplo, no se respetan los servicios mínimos o los servicios de seguridad y mantenimiento y, aun siendo la huelga legal, si se incurre en «falta laboral» (art. 6.1 RDLRT). Se remite, por todas, a las SSTC 126/1992, de 28 de septiembre, y 332/1994, de 19 de diciembre.

En todo caso, la sanción requiere una conducta de especial gravedad y culpabilidad, al modo de la tradicional exigencia jurisprudencial de una participación activa en una huelga ilegal.

Esta participación en huelga ilegal se contempla en el artículo 16.1 RDLRT, que remitía al artículo 33.j) del propio RDLRT. Este último precepto fue derogado por el ET, debiéndose actualmente encauzar el supuesto por la vía del artículo 54.2 ET, especialmente por su letra d). De ahí que se haya podido hablar de la escasa relevancia o repercusión práctica de la derogación del artículo 33.j) RDLRT (STS 17 de octubre de 1990). Lo mismo se podría decir de la derogación del artículo 33.k) RDLRT, al que remitía el artículo 16.2 RDLRT, por el ET. Sobre la participación activa en huelga ilegal se remite, por todas, a la STS 18 de julio de 1986.

Por lo general, la jurisprudencia ha venido rechazando la aplicación del principio de igualdad respecto al ejercicio del poder disciplinario empresarial en casos de huelga ilegal, pues no cabe alegar la igualdad en la ilegalidad. Se remite a la STC 21/1992 y a las SSTs 7 de febrero de 1989, 17 de octubre y 26 de noviembre de 1990 y 20 de marzo de 1991.

Durante la huelga, el trabajador permanece en situación de «alta especial» en la Seguridad Social, suspendiéndose la obligación de cotización por parte del empresario y del trabajador (arts. 166.7 LGSS y 6.3 RDLRT).

La no cotización a la Seguridad Social puede tener consecuencias negativas en las futuras prestaciones de la Seguridad Social.

Tras la STC 13/1984, de 3 de febrero, se modificó el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de prestaciones por desempleo, de manera que, para determinar el periodo mínimo de cotización a efectos del acceso a la prestación contributiva de desempleo, «se asimilarán a cotizaciones efectivamente realizadas» el tiempo de huelga legal (art. 3.3).

La **STC 48/1991**, de 28 de febrero, reiterada por las SSTC 152 y 153/1991, declaró que, frente a la interpretación contraria, debe prevalecer la de considerar el tiempo de huelga a efectos de la duración de la presentación de desempleo como «**tiempo neutro**» al modo de lo establecido en el art. 3.5, en conexión con el art. 2.1.a), b), c) y e) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo. Y debe prevalecer dicha interpretación —razona el TC— por ser más favorable para el ejercicio del derecho de huelga, toda vez que de ella no derivan para los huelguistas más consecuencias desfavorables o perjudiciales que las legalmente previstas (sobre estas sentencias, se remite a GOERLICH PESET, 1992).

Por la modalidad procesal de conflictos colectivos (arts. 153 a 162 LJS) se puede instar la declaración judicial de legalidad (o ilegalidad) de una determinada huelga.

Se remite, en este sentido, por todas, a las SSTS 17 de diciembre de 1999, 14 de mayo de 2009 y 24 de junio de 2009.

Y se puede pedir como medida cautelar (art. 79.1 LJS, que remite a los arts. 721 a 747 LEC) la suspensión de la huelga.

Se remite a los conocidos precedentes, de un lado, del auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2015, sobre la huelga de los futbolistas, en el que se aprecia, de forma provisional (juicio que podría variarse al enjuiciar la demanda principal), que la huelga podría ser ilegal *ex art. 11.c) RDLRT*, además de producir un «grave desorden organizativo», por lo que suspende la huelga convocada, condicionando la medida al depósito de la caución ofertada (en el caso, 5 millones de euros).

Y, de otro, del Auto del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid de 19 de diciembre de 2017 (p. 1269/2017), suspendiendo cautelarmente la huelga de vigilantes de seguridad en el aeropuerto Adolfo Suárez Barajas. En el supuesto, el Juzgado tiene en cuenta las siguientes circunstancias: parece que se había declarado ilegal el preaviso de huelga; la huelga se convocaba durante las vacaciones de Navidad, lo que significaba que «no tendría reparación posible para los miles de usuarios»; y, en fin, que se estaba en el nivel de «alerta 4 por riesgo de atentados».

BIBLIOGRAFÍA

No se recoge toda la bibliografía citada en el texto, sino solo la más general.

BARRIOS BAUDOR, G. y GARCÍA GIL, M. B., *Efectos de la huelga y el cierre patronal en las relaciones laborales y de Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

BAYLOS GRAU, A., *El derecho de huelga en los servicios esenciales para la Comunidad*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.

- «10 años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga», en ALARCÓN CARACUEL, M. R. (Coord.), *Constitución y Derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 293 y ss.
- «El derecho de huelga», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 585 y ss.
- (Coord.), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de huelga en servicios esenciales», en BAYLOS GRAU, A., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y de Seguridad Social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer/Santander Justicia, Madrid, 2015, págs. 645-666.
- *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2018.
- «Derecho de huelga y medidas de conflicto», en CASAS BAAMONDE, M.ª E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.) y GARCÍA-PERROTE, I., GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Coords.), *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018.

CASAS BAAMONDE, M.ª E., «Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 24, 1985, págs. 509 y ss.

- «Derecho de huelga y Constitución ¿Nuevas perspectivas?», *Relaciones Laborales*, 1994, págs. 44 y ss.
- «Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- «25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política», *Relaciones Laborales*, 2010, núms. 23/24.

CASTIÑEIRA, J., «El derecho de huelga de los funcionarios y el artículo 28 de la Constitución», en CASAS BAAMONDE, M.ª E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 355 y ss.

FERRANDO GARCÍA, F., *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

FOTINOPOULOU BASURKO, O. (Dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GÁRATE CASTRO, J., *Derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2013.

- «Contenido del derecho de huelga», en CASAS BAAMONDE, M.ª E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.) y GARCÍA-PERROTE, I., GÓMEZ y SEMPERE NAVARRO, A. (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y de Seguridad Social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley-Wolters Kluwer/Santander Justicia, Madrid, 2015, págs. 621-644.

GARCÍA BECEDAS, G. (Dir.), *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993.

GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1983.

GARCÍA-PERROTE, I., *El proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

- «El alcance constitucional del derecho de huelga», en CASAS BAAMONDE, M.^a E., DURÁN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 329 y ss.
- «Derecho de huelga y libertad de empresa», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, págs. 387 y ss.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, 1992.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La titularidad del derecho de huelga, en especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Comares, Granada, 1999.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 418, 2018, págs. 17-42.

LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000.

MARTÍN VALVERDE, A., «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981», en AA. VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, págs. 81 y ss.

MATÍA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, con prólogo de VALDÉS DAL-RÉ, F.

MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982.

MONEREO, J. L. (Coord.), «Derecho de huelga», en RODRÍGUEZ-SAÑUDO F. y ELORZA GUERRERO, F., *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 124 y ss.

- (Coord.), *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, Granada, 2002, págs. 73 y ss.

MONREAL BRINGSVAERD, E., *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO VIDA, M.^a N., *La huelga en servicios esenciales*, Aranzadi, Navarra, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «La titularidad diferenciada del derecho de huelga», *Actualidad Laboral*, 1992, núm. 20, págs. 357 y ss.

RAMOS QUINTANA, M., *El deber de paz laboral*, Civitas, Madrid, 1993.

RENTERO JOVER, J., *El Comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, CES, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ-PINERO, M., «En torno a la huelga en los servicios esenciales», *Relaciones Laborales*, 1987, I, págs. 37 y ss.

- Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios esenciales en caso de huelga», *Relaciones Laborales*, 1990, II, págs. 22 y ss.

SANGUINETTI, W., *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SANTANA GÓMEZ, A., *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 162 y ss.

VIVERO SERRANO, J. B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002, con prólogo de PALOMEQUE, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.

- *La terminación de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Artículo 29

1. *Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.*

2. *Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.*

Sumario: I. Objeto. 1. Consideraciones generales. 2. Desarrollo por el legislador orgánico. 3. La pauta de la doctrina constitucional. 4. Peculiaridades del objeto. II. Sujeto activo o titularidad del Derecho. 1. Es uno de los puntos polémicos desde su plasmación por el constituyente en el art. 29.1. 2. Personas jurídico-privadas. 3. ¿Pueden ser titulares las personas jurídico-públicas? 4. Peculiaridades de algunos sujetos. A) Militares. a) Prohibición de peticiones colectivas. b) Con arreglo a la legislación específica; B) Internos en establecimientos penitenciarios. III. Tramitación y Contestación. IV. Garantía Jurisdiccional.

PABLO GARCÍA MANZANO

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO JUBILADO

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. OBJETO

1. Consideraciones generales

El apartado 1.º del art. 29 CE enuncia, de manera escueta, el derecho fundamental de petición. Lo hace determinando, tan sólo, el sujeto o titular, las modalidades individual y colectiva y la mínima forma escrita, defiriendo al legislador el resto de la regulación, como derecho de configuración legal.

El primer problema, pues, es el de indagar su objeto o contenido esencial que el precepto parece darlo por supuesto, en una hipótesis, y en otra, que se trata de un derecho que se agota por su mero ejercicio.

Esta inespecificidad del objeto viene dada, quizá, por su residualidad, por ser

una última forma de relación —no conflictual— entre los ciudadanos y los poderes públicos, residual por cuanto es el derecho constitucional que asiste a aquéllos cuando no disponen de tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Y es que en la petición no se ponen en juego derechos ni intereses legítimos protegidos, sino que se apela a la discrecionalidad absoluta (libertad plena de decisión) o al ámbito de lo graciable para obtener algo a lo que no se tiene derecho.

2. Desarrollo por el legislador orgánico

El desarrollo del derecho fundamental en este punto por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre (LODP), suscita algunas cuestiones que pasamos a exponer.

Llama la atención, en primer término, la insistente conexión entre derecho de petición e inexistencia de procedimiento en sus tres modalidades: parlamentario, administrativo y judicial (proceso judicial).

Para el legislador de desarrollo, la existencia de procedimiento específico en alguno de estos tres ámbitos despoja a la solicitud de la naturaleza de derecho de petición. Así podría, en principio, inferirse de la regulación contenida en los arts. 3 y 8 de la LODP. Podríamos decir, si ello fuera así, que la concreción del derecho fundamental, el acotamiento de su objeto, se hace descansar en lo procedimental; si el ordenamiento jurídico ha previsto un procedimiento especial o *ad hoc* para dar curso a solicitudes del ciudadano, éstas no podrán sustanciarse como peticiones del art. 29.

Pero pensamos que esto sólo es cierto en parte. En rigor, a nuestro juicio, **lo que se excluye —delimitación negativa— del derecho de petición no es la solicitud con procedimiento propio, sino la solicitud que, por fundamentarse en título o respaldo jurídico, origina la existencia de un procedimiento propio**, jurisdiccional o administrativo, aparte del parlamentario.

Así viene a ponerlo de relieve el art. 8, en su primer párrafo, para declarar inadmisibles «aquellas cuya resolución *deba ampararse en un título específico* distinto al establecido en esta Ley que deba ser objeto de un procedimiento [...]». Lo determinante no es, pues, el procedimiento, sino el título de pedir.

Esta configuración legal del objeto, que viene a coincidir, como veremos, con la conceptualización del mismo por la jurisprudencia constitucional, viene a enervar en cierto modo la tesis sostenida por algún autor (I. Fernández Sarasola, mayo-agosto 2002, 202 y ss.) en el sentido de que el legislador de desarrollo habilita para una disminución del objeto, incluso por vía reglamentaria, mediante la creación de nuevos procedimientos.

Lo que, en mi opinión, es criticable en el acotamiento del objeto y, en definitiva, del derecho fundamental es la **visión excesivamente procedimental de la LODP**, que trasciende de todos sus preceptos en esta materia.

3. La pauta de la doctrina constitucional

El legislador de desarrollo ha configurado el derecho fundamental con base en la **doctrina constitucional**, singularmente **plasmada en las SSTC 242/1993, y en la 161/1988, FJ 5.º**

El acotamiento positivo lo refiere a solicitudes, quejas y sugerencias, lo que exige considerar, de una parte, que las formulaciones pueden revestir otras modalidades, y de otra, que algunas denominaciones son discernibles de otras con el mismo *nomen iuris*, como las solicitudes. Las formuladas a la Administración por interesados, promoviendo así un procedimiento, no son en rigor peticiones: art. 70 Ley 30/1992.

De manera condensada, la **STC 161/1988**, de 20 de septiembre, delimita el derecho fundamental en los siguientes términos:

«[...] permite dirigir [...] peticiones a los poderes públicos, solicitando gracia o expresando súplicas o quejas, sin que en él se incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado.»

Por su parte, de modo más pormenorizado, la **STC 242/1993**, de 14 de julio, **pone el acento en la delimitación negativa**:

«En tal aspecto excluye cualquier pretensión con fundamento en la alegación de un derecho subjetivo o un interés legítimo especialmente protegido.»

Lo que acota la petición como derecho fundamental autónomo es la ausencia de pretensión. Cuando las personas naturales o jurídi-

cas ejercitan pretensiones —en el sentido procesal—, bien ante la Administración o bien ante la jurisdicción no se está ante el derecho de petición.

Por ello, éste **no puede tener como destinatarios, por principio, a los órganos jurisdiccionales incluido el Tribunal Constitucional**, cuyas decisiones se sustentan siempre en el ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, entre otras resoluciones, en su ATC 46/1980.

4. Peculiaridades del objeto

El derecho de petición se caracteriza, además, por un rasgo o elemento que no contempla el texto del art. 29 CE, pero que es un arrastre histórico que aparece hoy recogido en el art. 1.1 LODP, al decir éste: «y sin que de su ejercicio pueda derivarse perjuicio alguno para el peticionario», con la excepción de que con ocasión de su ejercicio se incurra en delito o falta.

Esta **cláusula de indemnidad** que para algún autor, como L. M.^a Díez-PICAZO, 2003, 359, trae causa de la STC 242/1993, y **viene a incorporar la prohibición de cualquier tipo de represalias sobre el peticionario**, es significativa de la base histórica de este derecho fundamental.

La excepción ha de contraerse, como es obvio, a **tipos penales de delitos o faltas, sin comprender a las sanciones administrativas disciplinarias**. Esta reacción «administrativa» queda impedida, para no dar lugar a situaciones que ha reseñado L. MARTÍN-RETORTILLO comentando una jurisprudencia preconstitucional (1983, 350 y ss.).

Otra peculiaridad que reviste el objeto de este derecho fundamental es, cabalmente por su compleja delimitación, la de la **posibilidad de transmutación del objeto**, como ha puesto de relieve en la doctrina I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*). Así lo recoge la Disposi-

ción Adicional 1.^a LODP, cuando habilita para transformar en derecho de petición a las Cámaras una iniciativa legislativa popular inadmitida por defectuosa. Esta solución, a la inversa, es decir, transformando en recurso de amparo lo que se formulaba como petición ante el Tribunal Constitucional la adoptó éste en su ATC 46/1980, de 13 de octubre, en que se inadmitió a trámite como amparo constitucional una petición dirigida con base en el art. 29 CE al Alto Tribunal.

II. SUJETO ACTIVO O TITULARIDAD DEL DERECHO

1. Es uno de los puntos polémicos desde su plasmación por el constituyente en el art. 29.1

Ya en el Proyecto de Constitución el Senador L. Martín-Retortillo propuso una enmienda que extendía el derecho de petición a los extranjeros y que, acogida por la Comisión Constitucional del Senado, fue después suprimida por la Comisión Mixta que volvió al texto originario, limitado a los «españoles».

Como ha señalado I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*), la doble naturaleza de este derecho, a caballo entre la participación política y la libertad civil, ha propiciado las **divergencias respecto de la titularidad del mismo: si solamente los españoles**, como señala el art. 29, «todos los españoles», o si, **por el contrario, una titularidad universal** que comprendería también a los extranjeros.

En la doctrina anterior a la LODP, y a pesar de la restricción a los españoles contenida en la preconstitucional Ley de 22 de diciembre de 1960, se propugnó su extensión a los extranjeros. Así, F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS (1980) lo entiende extensivo a los extranjeros, por cuanto a éstos se les reconoce un medio de mayor eficacia como es el derecho a la impugnación administrativa y jurisdiccional de los actos administrativos; argumento éste no atendible, dado que la tutela judicial efectiva

descansa en el concepto de «lesión» y viene referida a los derechos e intereses legítimos cualquiera que sea su titular.

Con planteamiento más riguroso, B. COLOM PASTOR (1997, 98 y ss.) ya **anticipaba la posibilidad de que la ley orgánica de desarrollo lo extendiera**, como ha ocurrido, **a los extranjeros**, por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Norma Fundamental que atribuye a aquéllos el disfrute en España de los derechos y libertades públicas «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Así pues, la vigente **Ley Orgánica 4/2001 ha extendido la titularidad, en su art. 1, a «toda persona natural o jurídica, prescindiendo de su nacionalidad»**, solución acogida positivamente por I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*), porque así se ve reforzada la participación de los extranjeros en los asuntos públicos, siendo así que pueden ostentar derechos participativos de mayor fuste como el de sufragio.

Con independencia de lo plausible de la solución extensiva del derecho fundamental, lo cierto es que se hace con la mayor equiparación, es decir, sin condicionamiento alguno que hubiera permitido la ley de configuración del derecho fundamental, como ha interpretado la jurisprudencia constitucional (STC 107/1984, 23 de noviembre), sin atender a posibles conexiones de residencia o de vinculaciones patrimoniales en España.

Lo que suscita alguna crítica es la justificación que para dicha extensión a los extranjeros se plasma en la Exposición de Motivos de la LODP. Se dice allí que el derecho abarca a cualquier persona natural o jurídica prescindiendo de su nacionalidad, «como cauce de expresión en defensa de los intereses legítimos y como participación ciudadana en las tareas públicas».

Pues bien, el **derecho analizado no está instrumentado como mecanismo de protección de intereses legítimos**, los cuales habilitan a «toda persona», nacional o extran-

jera, para ejercitar otro derecho más consistente, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva, instando su protección a los Tribunales, al amparo del art. 24 del texto constitucional. Por otra parte, la alusión a la participación ciudadana en la cosa pública vale también para mantener la norma constitucional en su ámbito subjetivo reducido a los españoles, pues sólo a éstos se les confiere el estatus de ciudadanía.

2. Personas jurídico-privadas

Por lo que atañe a las personas jurídicas de Derecho privado, el **legislador de desarrollo** les ha atribuido la titularidad del derecho de petición en su **art. 1.º**, prescindiendo también de su nacionalidad.

Esta explicitación de considerar titulares del derecho a personas jurídico-privadas se acomoda a la **doctrina constitucional, a partir de las SSTC 137/1985 y 64/1988**, dada la naturaleza de este derecho participativo que no es incompatible con los fines específicos de estas personas. En la doctrina, así lo entiende P. CRUZ VILLALÓN, quien afirma que según la primera de dichas sentencias el contenido del art. 19.3 de la Ley Fundamental alemana debe considerarse vigente en nuestro ordenamiento, precepto que dispone: «Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por la propia naturaleza de éstos, les sean aplicables» (P. CRUZ VILLALÓN, 1999).

Con independencia de las personas jurídicas privadas, que son sujetos individuales del derecho fundamental, ha de considerarse que **también pueden ejercitarlo los «grupos sociales»** aunque no revistan personificación jurídica. Esta apertura a los grupos se halla respaldada por el art. 9.2 CE y por la doctrina constitucional, de la que es muestra la citada STC 64/1988.

Esta apertura de la titularidad a los grupos sociales viene recogida en la propia E. de M. de

la LODP, al señalar que la norma de configuración legal entronca con las tendencias mayoritarias «que proclaman una mayor participación de los ciudadanos, y de los grupos en que se integran, en la cosa pública».

3. ¿Pueden ser titulares las personas jurídico-públicas?

La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídico-públicas sigue siendo una *vexata questio*, no dilucidada, o no dilucidada de manera definitiva por la jurisprudencia constitucional, que se ha enfrentado con el problema desde la perspectiva del recurso de amparo promovido por entes públicos alegando vulneración del derecho a tutela judicial efectiva. Los pronunciamientos se han desarrollado en este ámbito, considerando a los entes públicos desde la perspectiva del proceso judicial. Muestra de una **posición restringida de este derecho son las SSTC 175/2001**, del Pleno, con cuatro votos particulares, y **173/2002** y **58/2004**, ambas de la Sala Segunda.

Por lo que concierne al derecho de petición **habría que distinguir entre peticiones a las Cámaras** (art. 77 CE) en que, al no mostrarse la identificación de entes pertenecientes a un mismo Poder Público, cabe que «autoridades constituidas» —en la expresión de P. CRUZ VILLALÓN— o las Administraciones Públicas formulen peticiones a las Cortes Generales o a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, **y de otra parte, las peticiones a los demás destinatarios en que la admisión de la titularidad por parte de sujetos públicos ha de ser más restringida**, por cuanto la participación política se predica esencialmente de la ciudadanía.

Ello no obstante, ya la vieja y derogada Ley de 22 de diciembre de 1960 reconocía como peticionarias a las Corporaciones, y lo admite también en la doctrina B. COLOM PASTOR (*op. cit.*) señalando como eventuales titulares del derecho a las Corporaciones de base asociati-

va, como los Colegios Profesionales y las Administraciones Territoriales, citando el caso resuelto por la STS de 9 de febrero de 1987, en que el Municipio de Valdoviño instó del Gobierno la desnuclearización del mismo, «lo que es perfectamente posible ya que significa únicamente el ejercicio del derecho de petición», según dice la sentencia.

Más discutible es que, como afirma este autor, la facultad reconocida en el art. 87.2 CE a las Asambleas autonómicas sea manifestación del derecho de petición; tratándose más bien de una modalidad singular de iniciativa legislativa.

4. Peculiaridades de algunos sujetos

A) Militares

El art. 29.2 CE restringe en un doble sentido el ejercicio del derecho de petición por miembros de las Fuerzas Armadas (FAS), y de los Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar: se prohíben las peticiones colectivas y el Ejército queda sujeto en su ejercicio a lo dispuesto por su legislación específica.

a) Prohibición de peticiones colectivas

El Anteproyecto de Constitución, siguiendo el antecedente constitucional de 1931, prohibía a las Fuerzas Armadas el ejercicio del derecho. En el trámite parlamentario se admitió el ejercicio tan sólo individual de este derecho por los sujetos militares.

La prohibición de peticiones colectivas es recogida en la normativa específica de las Fuerzas Armadas y en los Institutos Armados y Cuerpos sometidos a disciplina militar, y da lugar a dos clases de represión, penal y disciplinaria.

En este sentido, la formulación de peticiones colectivas por militares en número de cuatro

o más, en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad constituye delito de sedición militar penado con prisión, pena igualmente aplicable a las demás peticiones colectivas, tan sólo degradadas a la vía disciplinaria si la trascendencia fuera mínima (art. 92 del Código Penal Militar). En esta vía disciplinaria se sancionan como infracciones administrativas (faltas disciplinarias) no sólo la formulación de peticiones colectivas, sino también cuando la petición sea contraria a la disciplina o basada en aseveraciones falsas, y las peticiones con publicidad o a través de los medios de comunicación social, tal como prescriben las Leyes Orgánicas de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Orgánica 8/1988, art. 8, que sanciona las faltas graves) y de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (Ley Orgánica 11/1991), también recogida en el elenco de faltas graves de su art. 8.

La petición individual pero incurso en alguno de estos tipos disciplinarios podrá ser sancionada, por autoridades insertas en la Administración Militar, o pertenecientes al Cuerpo de la Guardia Civil, hasta con la corrección de arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Esta panoplia de medios represivos suscita la cuestión de si con ellos se está afectando, de modo limitativo, al contenido esencial del derecho de petición, cuestión que examinaremos más adelante.

En orden a las peticiones colectivas, parece pertinente **distinguir**, como hace P. CRUZ VILLALÓN (*op. cit.*), entre **peticiones colectivas y «en nombre colectivo»**, pues mientras las primeras aluden a una pluralidad de individuos, las segundas, que plantean problemas más graves, serían las presentadas por «colectivos» o grupos de la más diversa índole, no reductibles, como es obvio, a una mera pluralidad de individuos. A este respecto, si bien ambas modalidades parecen encajar en la prohibición constitucional, ha de tenerse en cuenta el **fenómeno del asociacionismo profesional reciente-**

mente admitido en el ámbito de la Guardia Civil. En efecto, la **Ley Orgánica 11/2007**, de 22 de octubre, que regula el Estatuto de los miembros de la Guardia Civil reconoce, en sus arts. 9 y 36, el derecho de asociación profesional de los Guardias Civiles, y a las asociaciones profesionales que a su amparo se constituyan, **les faculta para realizar propuestas «y dirigir peticiones relacionadas con sus fines a las autoridades competentes** en los términos que reglamentariamente se determinen».

Por cierto, en esta norma estatutaria el límite que suponen los ilícitos disciplinarios se predica expresamente del derecho fundamental de libertad de expresión y de información de los Guardias Civiles, tal como recoge su art. 7.1. No así sucede con el derecho de petición reconocido en el art. 13 que, tras señalar como única posible la modalidad individual, afirma que el ejercicio del derecho fundamental será «en los casos y con las formalidades que señala la legislación reguladora del derecho de petición», lo que, a su vez, remite a la legislación específica para este Cuerpo, conforme al art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/2001.

b) Con arreglo a la legislación específica

Esta determinación constitucional no es, en sí misma, a diferencia de la formulación individual, una restricción en el ejercicio del derecho respecto de los demás ciudadanos, pero la remisión que se efectúa por el art. 29.2 CE a una legislación singular para el estamento militar, entendida esta expresión en el sentido de los Cuerpos, Fuerzas e Institutos armados a que se refiere el precepto constitucional, dicha remisión, decimos, puede propiciar una regulación o modulación del derecho fundamental que no sólo, como sería lo constitucionalmente adecuado, establezca modalidades procedimentales (caso paradigmático es el cursarlas por «conducto reglamentario»), para acomodarse a los principios de disciplina y jerarquía que pautan la Institución castrense *ex art.* 10 de la Ley 85/1978, de

Reales Ordenanzas, sino que pueda incorporar límites excesivos o no proporcionados al ejercicio del derecho fundamental, es decir, a su contenido esencial.

La doctrina se muestra concorde en considerar como contenido esencial de este derecho fundamental la llamada garantía de indemnidad, es decir, el que su ejercicio no se vea constreñido por coerción alguna procedente de los Poderes Públicos.

La garantía de indemnidad, enunciada en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/2001, reproduciendo la contenida en la preconstitucional Ley 92/1960, asegura al peticionario la proscripción de toda consecuencia jurídica dañosa o desfavorable que traiga causa de su petición, con la única excepción de que ésta, en sí misma, constituya delito o falta penalmente tipificada.

Se plantea así la cuestión de **si la tipificación de ilícitos disciplinarios para los militares, en relación con la presentación por éstos de peticiones individuales** (la prohibición de las colectivas se tipifica como delito por el Código Penal Militar, como ya advertimos), es un **límite al contenido esencial de la garantía de indemnidad** que excede de lo permitido por el legislador del desarrollo del derecho, al prever éste como única reacción jurídica constitucionalmente aceptable la represión penal, por constituir el contenido de la petición delitos o faltas cuyo enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción penal mediante sentencia.

Los reproches disciplinarios contenidos en las leyes de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, que sancionan como faltas graves en tipificación, además, muy abierta «hacer peticiones contrarias a la disciplina», o «hacer peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados» apoderan a las autoridades de la Administración Militar, no a los Jueces, para sancionar conductas no delictivas, con imposición de sanciones que pueden lle-

gar a ser privativas de libertad: arresto hasta dos meses en establecimiento disciplinario militar.

Cabe plantear, pues, si **las normas disciplinarias militares** que tipifican conductas derivadas de aspectos formales de la petición ejercitada por militares, **menoscaban la garantía de indemnidad**, conforme a la doctrina sobre límites de los derechos fundamentales contenida en la STC 102/2001, de 23 de abril, Sala Primera, referida al ámbito castrense y a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas.

B) *Internos en establecimientos penitenciarios*

Las **peculiaridades contenidas en la Ley General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre)**, a las que se remite la Disposición Adicional 3.^a de la Ley Orgánica 4/2001, para este colectivo, se producen en el ámbito de la Administración Penitenciaria, en cuanto sometidos a relación de sujeción especial.

En tanto que ciudadanos, y en virtud del art. 25.2 CE, y art. 3 de la citada Ley Orgánica 1/1979, **los reclusos gozan del derecho fundamental de petición, en cuanto el mismo no resulte limitado expresamente por el fallo condenatorio**, por el sentido de la pena o por la Ley penitenciaria. Así lo entendió en la etapa preconstitucional, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de marzo de 1977 (Ar. 1813), al señalar que «el derecho de petición no es facultad de que se hallen privados los reclusos».

Los arts. 50 de la Ley Penitenciaria y 53 de su Reglamento, Real Decreto 190/1996, recogen las **singularidades del derecho de petición de los internos respecto de su tratamiento o del régimen del establecimiento**: presentación no sólo por escrito, sino en forma verbal, funcionarios de la Administración Penitenciaria destinatarios de la peti-

ción, incluyendo entre éstos a los Jueces de Vigilancia cuando el objeto de la petición o queja afecte a los derechos fundamentales del peticionario, así como la obligación de notificar por escrito a los internos las resoluciones que se adopten sobre su petición.

III. TRAMITACIÓN Y CONTESTACIÓN

La LODP ha sometido el ejercicio del derecho de petición a trámite formalizado, en una prolija regulación que toma la pauta de los verdaderos procedimientos administrativos, en ocasiones de forma inadecuada.

Tras el acuse de recibo (el único deber impuesto al órgano destinatario por la derogada Ley 92/1960), y la posible subsanación de defectos, la ley abre una **fase de admisión a trámite**, que obliga al receptor a deslindar su ámbito competencial, y a discernir si lo pedido tiene o no amparo en el ordenamiento jurídico y ante qué órganos administrativos o jurisdiccionales, lo que ha de establecer en plazo máximo de cuarenta y cinco días.

Llama la atención que en el procedimiento administrativo común o *stricto sensu* no se configura esta fase como propia del mismo, sino que la inadmisión de la solicitud es una de las formas o contenidos de la resolución final del procedimiento según dispone el art. 98.4 LRJ-PAC. Esta fase de admisión previa es, pues, más propia de los procesos y recursos judiciales, como se comprueba en el art. 51 LJCA y art. 403 de la LEC.

Pero el **giro importante se produce respecto del deber de contestar que se impone a la institución u órgano destinatario**, sujeto a plazo máximo de tres meses, conforme determina el art. 11.1 LODP.

En cuanto a esta **obligación de «contestar»**, que no de resolver, procede señalar:

— Que ya en la etapa preconstitucional y bajo la vigencia de la Ley de 22 de diciembre

de 1960, alguna Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera), como la de 10 de abril de 1987, estimó pertinente una resolución decisoria que estime o deniegue la pretensión formulada, con invocación del art. 53.1 CE, estableciendo el deber no sólo de acusar recibo sino de emitir contestación. Esta sentencia fue elogiosamente comentada por P. GONZÁLEZ SALINAS (en Civitas Reda, abril/junio 1987), que propugna el control jurisdiccional sobre las resoluciones de peticiones graciables.

— **No procede aplicar aquí el artificio técnico del silencio administrativo**, como se infiere del art. 43.1 LRJ-PAC, porque no estamos ante derechos e intereses legítimos susceptibles, en su contenido, de protección jurisdiccional; ni cabe, por ello, hablar de contestaciones presuntas en ningún sentido, sino de omisión de la contestación debida, frente a la que se articula, según veremos, un cauce jurisdiccional.

— La regulación legal se acoge a la concepción amplia del derecho de petición, pues no se limita a establecer el deber de respuesta, sino que **impone la obligación de «atenderla», con una efectividad que no se exige de las resoluciones administrativas**, en cuanto al deber de atenderlas (es decir, de acceder a lo pedido) acompaña el de «adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad», incluyendo el impulso para elaborar disposiciones generales. Esta configuración del derecho fundamental excede, según algún autor (I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *op. cit.*) del contenido esencial del mismo, **lo que acaba por convertir el derecho participativo en un derecho de prestación**, juicio que compartimos.

Es importante resaltar que el **ámbito de las disposiciones reglamentarias** es propicio a que se produzcan peticiones individuales, o de los grupos u organizaciones sociales afectadas, tendentes a lograr que el Gobierno o los Ejecutivos autonómicos desarrollen por vía reglamentaria leyes emanadas de sus respectivos Parlamentos —usualmente regla-

mentos ejecutivos—, o bien modifiquen o deroguen estas regulaciones infralegales.

En la doctrina, algún autor (CALVO CHARRO, 1995) ha distinguido, en esta temática, entre actos graciables sólo sujetos al derecho de petición (cuando la ley habilitante no contenga remisión normativa alguna, o lo haga en términos de absoluta libertad para el Gobierno de aprobar normas reglamentarias), y actos debidos cuando la Ley fija plazos imperativos para el desarrollo reglamentario, sosteniendo en este último caso la posibilidad de control jurisdiccional ante esta pasividad administrativa.

Ello no obstante, este tipo de soluciones no encajan en el limitado control de la inactividad administrativa previsto en el art. 29 LJCA, y pugna también de *lege data* con el limitado alcance que en el ámbito de lo normativo, aunque se aprecie nulidad, se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, al prohibirle el art. 71.2 LJCA la redacción de los preceptos que sustituyan a los anulados.

La única vía de reacción jurídica contra estas omisiones normativas sería, pues, la del ejercicio del derecho de petición ante los Gobiernos u órganos apoderados de competencias normativas, lo que, al menos, daría lugar a una «contestación» que justificase las razones o motivos para, en su caso, no acceder a dictar la normativa en cuestión, conforme al art. 11.3 de la LODP.

IV. GARANTÍA JURISDICCIONAL

El art. 12 LODP dispensa al derecho de petición la tutela judicial que señala el art. 53.2 CE, es decir, la llamada «**protección reforzada**» escalonada en las dos vías del procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y el ulterior amparo constitucional.

Pero lo hace de manera limitativa y, desde luego, desde una perspectiva puramente procedimental, quizás por la falta de derecho del

petionario a obtener lo solicitado. **Es**, por ello, **criticable**, y así lo ha hecho en la doctrina I. FERNÁNDEZ SARASOLA (*op. cit.*), **que el mencionado precepto haya acotado los actos que en la vía del procedimiento de protección de derechos fundamentales** ante la jurisdicción contencioso-administrativa **pueden ser objeto de recurso**, como si las lesiones al derecho de petición no pudieran tener origen diverso al de los tres supuestos acotados en dicho art. 12.

Quedan fuera de estos casos, la ausencia por el órgano destinatario de acuse de recibo y, sobre todo, la iniciación de cauces sancionadores contra el petionario atentatorios a la esencial garantía de indemnidad.

Para acomodar el acotamiento indicado al propio art. 53.2 CE (la sumariedad implica cognición limitada, pero debe cubrir toda clase de lesión a los derechos fundamentales en juego), y al art. 24.1 sobre la efectiva tutela judicial, podría entenderse que el legislador únicamente ha indicado tres supuestos de hipotética lesión sin descartar otros posibles que el petionario pueda recurrir en la vía preferente y sumaria de los arts. 114 y ss. de la LJCA, es decir, en el llamado «amparo judicial».

Lo que se somete a control jurisdiccional es el procedimiento o los aspectos formales del derecho fundamental concernido. La inadmisibilidad implica un juicio en materia competencial, por entender que es errónea la apreciación por el órgano destinatario de su falta de competencia, o bien por entender que el cauce del procedimiento al que se remite el órgano destinatario (parlamentario, administrativo o judicial) no es el adecuado para sustanciar la petición. La contestación con ausencia de requisitos formales, singularmente la falta de adecuada motivación para denegar el acceso a lo pedido, o bien contestación por la que se accede pero a la que no se incorpora la medida oportuna para la efectividad adecuada, desembocará en sentencia que condene al órgano a emitir una nueva contestación en forma.

Finalmente, y por lo que atañe a la **omisión del deber de contestar** dentro del plazo máximo de tres meses (deber de contestar y notificar en dicho plazo que prescribe el art. 11.1 LODP), se trata de **supuesto de inactividad no comprendido en los dos recogidos en el art. 29 LJCA**. La impugnación de la pasividad administrativa, aun la no formalizada en los términos del citado art. 29, encuentra actualmente sustento en la **inclusión de las omisiones**, junto a las disposiciones, actos jurídicos y la vía de hecho, como **modalidades de actuaciones potencialmente causantes** de lesión a los derechos fundamentales en la vía de amparo constitucional y, por ende, en la vía previa judicial de protección por los Jueces y Tribunales ordinarios. Así resulta de la **reforma de los arts. 41.2 y 43.1 de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007**, de 24 de mayo, que modificaron estos preceptos en el sentido ampliatorio expuesto.

La sentencia que recaiga en esta modalidad lesiva condenará a la institución u órgano silentes a emitir la contestación omitida, y para ello podrá establecer un plazo determinado tal como le faculta el art. 71.1.c) LJCA.

En definitiva, la **protección o garantía jurisdiccional de este derecho fundamental se agota en su ejercicio, en una tramitación** (empleamos esta denominación puesto que no se trata de un auténtico procedimiento administrativo) **adecuada** y, sobre todo, **en la cláusula de indemnidad**.

A propósito de esta última, cabe preguntarse si las **sanciones disciplinarias impuestas a miembros de las Fuerzas Armadas e Institutos armados** de naturaleza militar, derivadas del ejercicio de este derecho de petición, exigen para su **reparación el cauce del procedimiento especial de la Ley 29/1998**, al que remite genéricamente el art. 12 LODP, **o bien**, si como parece más pertinente, los militares así sancionados **han de utilizar el cauce específico del recurso contencioso-disciplinario militar prefe-**

rente y sumario previsto en los arts. 518 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. A este respecto, hemos de recordar que ya en la STC 113/1995, Pleno, declaró, afirmando la constitucionalidad de los arts. 453 y 518 de la Ley Procesal Militar, que «ningún sentido tiene decir que la jurisdicción militar carece de competencia para tutelar los derechos y libertades señalados en el art. 53.2 CE a través de un procedimiento preferente y sumario, pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto». En esta misma línea insistió poco después la STC 161/1995.

Con todo, compartimos la opinión realista, anclada en el limitado contenido de este derecho fundamental, de L. M.^a Díez-PICAZO (*op. cit.*), al señalar que «[...] dado que en este terreno se tiene derecho a pedir pero no a obtener lo pedido, resulta poco probable que personas sensatas decidan iniciar un largo recurso contencioso-administrativo simplemente para lograr una contestación, cuyo contenido luego no podría ser controlado por juez alguno», tras de cuya afirmación insiste en que la verdadera y efectiva protección del derecho fundamental de petición reside en la llamada garantía de indemnidad.

La configuración constitucional y legal de este derecho no ha propiciado, por ello, que las lesiones al mismo causadas, y los contornos precisos del mismo hayan llegado al **Tribunal Constitucional** en sede de recurso de amparo constitucional. Es expresiva, a este respecto, la indicación contenida en la **Memoria de dicho Tribunal correspondiente al año 2007**, en que al reseñar las **sentencias de Sala sobre los derechos y libertades** fundamentales se contiene esta tan sucinta como **expresiva indicación**: «**No hubo ninguna Sentencia sobre el derecho de petición reconocido en el art. 29 de la Constitución**».

BIBLIOGRAFÍA

- COLOM PASTOR, B., *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa*, LEPC, Madrid, 1999.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2003.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, págs. 197-215.
- HUERTAS CONTRERAS, M., «El derecho de petición en el ordenamiento constitucional español», *Estudios de Derecho Público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 811-836.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., «Comentario a la Ley orgánica reguladora del derecho de petición», *Actualidad Administrativa*, núm. 20, 2002, págs. 555-589.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F. J., «El derecho de petición y la iniciativa legislativa», en *Cuadernos de Documentación*, 1980.
- REBOLLO DELGADO, L., «El derecho de petición», *Revista de Derecho Político*, núm. 53, 2002, págs. 75-130.

CAPÍTULO II

DERECHOS Y LIBERTADES [ARTS. 14 A 38]

SECCIÓN 2.ª

**De los derechos y deberes de los ciudadanos
[arts. 30 a 38]**

Artículo 30

1. *Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.*
2. *La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.*
3. *Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.*
4. *Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.*

Sumario: I. Contenidos constitucionalizados en el art. 30 CE. II. Doctrina constitucional sobre la objeción de conciencia militar y la prestación social sustitutoria. III. La abolición del servicio militar obligatorio.

CÉSAR AGUADO RENEDO

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. CONTENIDOS CONSTITUCIONALIZADOS EN EL ART. 30 CE

El art. 30 constitucionaliza la posible imposición por el legislador de deberes, de naturaleza militar o civil, a los españoles por razones de interés general, en particular para la defensa de España y con motivo del acaecimiento de graves supuestos (o su riesgo grave) a la población (catástrofes y calamidades públicas). En el caso de la defensa de España, además de caracterizarla como «deber» constitucional (en línea con la tradición constitucional propia y de gran parte de la comparada), la caracteriza también como «derecho» de la misma índole (lo que constituye una novedad tanto en nuestro sistema como en los demás

sistemas significativos); pero prevé también la posibilidad de la exención de tal deber en virtud de la objeción de conciencia, única ocasión respecto de la que el constituyente explicita esta posibilidad de objetar en línea con la práctica totalidad de los ordenamientos de nuestro entorno, si bien en este caso no es exactamente una novedad, porque antes de la Constitución de 1978 se reconoció la misma mediante Real Decreto 3011/1976, de 3 de diciembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al servicio militar, momento hasta el que en el ordenamiento español no estaba permitida la exención de las obligaciones militares por razones de conciencia.

La referencia a las prestaciones civiles, en los núms. 3 y 4 del art. 30 CE, prevé la posibilidad de establecimiento de un servicio civil para fines de interés general y reserva a la ley los deberes de los ciudadanos en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, determinaciones que ocupan hoy el art. 7 bis.1 y 2 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, preceptos que vienen a constituir el desarrollo del art. 30.4 CE como se desprende del primero de ellos. La ley citada es una ley ordinaria, aunque establezca obligaciones relevantes para los sujetos («En los casos de emergencia, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes en materia de protección civil, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan», dispone el citado art. 7 bis.2).

Desde la perspectiva competencial, el TC ha señalado en diversas ocasiones que sobre protección civil, ausente como tal expresión de los listados de competencias en la Constitución, el Estado tiene capacidad de regular y de actuar en virtud de la competencia de seguridad, del art. 149.1.29.^a CE, a cuyo comentario procede aquí remitirse. La cuestión ha resultado discutida para los supuestos en los que la citada ley confiere la declaración de «interés nacional» del estado de emergencia al Ministro del Interior (art. 29), habiendo declarado la STC 58/2017, de 11 de mayo, constitucional el artículo aludido mediante una interpretación conforme del mismo.

Más trascendente desde el punto de vista teórico-constitucional es la regulación del art. 30.2 CE, que prevé «el servicio militar obligatorio», estableciendo una reserva de ley para la determinación tanto de «las obligaciones militares de los españoles», como de la regulación de «las causas de exención» de aquel servicio. De entre estas explicita una, «la objeción de conciencia», que, aunque no sea calificada expresamente como «dere-

cho», indudablemente lo es por su propia naturaleza de exención de un deber tan relevante como es el servicio de armas sin que, por tanto, el legislador pueda desconocerlo, pues si lo hace tiene la eficacia directa que corresponde a todos los derechos del Capítulo II del Título I *ex* art 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Del mismo modo, el precepto aludido establece también la eventual compensación a la exención de la prestación personal militar, previendo que pueda el legislador «imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria» (de dicha prestación militar obligatoria), en la línea de lo que el art. 4.3.b) CEDH determina, cuando excluye del concepto de trabajo forzado u obligatorio, el servicio militar y, en los sistemas que reconozcan la objeción de conciencia militar, la prestación social sustitutoria que pudieran disponer.

Ha sido la objeción de conciencia referida el contenido más relevante desde el punto de vista jurisdiccional-constitucional y, por ello, el que va a ocupar el grueso del presente comentario.

Consistiendo la objeción de conciencia la exteriorización de una creencia propia (ética o religiosa), que conlleva el incumplimiento de una obligación jurídica de carácter general incompatible con dicha creencia, no deja de ser delicado el reconocimiento de la misma, cuando menos en sistemas que no tengan un concepto sublimado de la libertad individual de creencias porque concedan a la comunidad política en su conjunto, y a su institucionalización, un papel crucial: si de lo primero constituye el ejemplo más acabado el sistema estadounidense, de lo segundo ese ejemplo acabado son los sistemas continentales europeos. Sin embargo, se comprende esa generalización de la objeción de conciencia respecto de las obligaciones militares también en Europa habida cuenta de su evolución cultural respecto del uso de armas, con el eventual resultado irreversible de la muerte de otros congéneres, unido a la amplitud de los afecta-

dos por tal deber (una amplitud potencial cuando el servicio militar ha dejado de ser una obligación, pero muy real —y aun mucho más extensa si el principio de igualdad por razón de sexo se aplicase en sentido estricto—) y a la feliz circunstancia de que, sobrepasado con creces el medio siglo, los enfrentamientos bélicos en dicho ámbito no admiten comparación con los habidos en el medio siglo anterior. Todo ello hace que las obligaciones militares sean, sin duda, de las más susceptibles de generar firmes reticencias por razones religiosas o éticas.

Con todo, no cabe perder de vista que, en los términos del propio Tribunal Constitucional, «... liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia... [comporta] el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos» (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3) o que «... salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento [punibilidad que acarrea el incumplimiento de una obligación general] por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor» (STC 55/1996, FJ 5). Dos buenas muestras recientes del cuidado que se muestra al tratar de la objeción de conciencia militar puede entenderse que vienen dadas porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no la ha reconocido como parte del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que garantiza el art. 9 CEDH hasta la STEDH (Gran Sala) de 7 de julio de 2011, caso *Bayatyan c. Armenia*, cuando ya todos los países del Consejo de Europa la reconocían en sus ordenamientos, menos Armenia al momento de esta reclamación ante Tribunal de Estrasburgo; y porque la mucho más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), por su parte, no alude específicamente a la objeción de conciencia militar, ni siquiera oblicuamente, como se ha visto que hace el art. 4.3 CEDH, sino que la reconoce como un derecho en general, pero con la capital condición de que

lo hace «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio» (art. 10.2). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha negado, p. ej., la posibilidad de objeción de conciencia que pudiere denominarse fiscal-militar, esto es, la que pretende negar la tributación de la parte proporcional del contribuyente a los gastos presupuestarios destinados a armamento «... por carecer tal pretensión de fundamento constitucional y no estar, además, prevista en el ordenamiento tributario» (ATC 71/1993, de 1 de marzo, FJ 3).

II. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA MILITAR Y LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

Así pues, de los contenidos en que se ha visto que consiste el art. 30 CE, ha sido el de la objeción de conciencia coloquialmente conocida como «militar» y la referida a su compensación, la prestación social sustitutoria, los que han requerido la atención del Tribunal Constitucional, y ello tanto en vía de amparo como en vía de control de leyes que desarrollaron tales específicos contenidos constitucionales.

La primera vía, la de la protección en amparo, constituye una extensión específica del art. 53.2 CE a la objeción de conciencia (a la cual destina un inciso *ad hoc*) en relación con el resto de los derechos sobre los que el mismo cabe, extensión que resultó especialmente fructífera, toda vez que convirtió al derecho a la objeción de conciencia de las obligaciones militares en un caso paradigmático de eficacia directa de la Constitución, al terminar reconociendo al concreto recurrente, ante la inacción del legislador, que no había regulado la objeción de conciencia en el momento en que el recurrente fue llamado a filas, no la exención de la obligación de prestar sus servicios en el ejército, sino su aplazamiento para incorporarse al mismo hasta que el legislador dictase la ley prevista en el citado art. 30.2: STC 15/1982, de 23 de abril. Razo-

namiento principal de la Sentencia para concluir lo señalado fue determinar la **naturaleza** de la objeción de conciencia, afirmando al respecto que «... la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16...» (FJ 6) (al comentario de tal artículo constitucional han de remitirse las referencias a otros tipos de objeción de conciencia, en ningún caso explicitados por la Constitución, frente a lo que ocurre con la objeción de conciencia respecto de las obligaciones militares).

Pero algunos años más tarde, sin embargo, más que matizar, rectificará esta declaración, aseverando tanto el carácter de derecho autónomo del derecho a la objeción de conciencia respecto de la libertad ideológica como el de derecho no fundamental y, en consecuencia, la innecesariedad de su regulación mediante ley orgánica: en concreto, su «relación con el art. 16 (libertad ideológica) **no autoriza ni permite calificarlo de [derecho] fundamental**» (STC 160/1987, FJ 3). «No obsta a esta conclusión que el derecho a la objeción de conciencia suponga una concreción de la libertad ideológica (STC 15/1982) y que esta última se encuentre entre los derechos fundamentales para cuyo desarrollo es necesaria Ley Orgánica, pues sin negar esa conexión lo cierto es que **el derecho a la objeción de conciencia está configurado por el constituyente como un derecho constitucional autónomo...**» (STC 161/1987, de 27 de octubre, FJ 2), de modo que «[s]e trata, ciertamente, como se acaba de decir, de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad» (misma Sentencia, FJ 3).

En todo caso, el Alto Tribunal determinó, respecto de la objeción de conciencia al servicio militar, de un lado, que en cada caso en que se alegue **requiere la comprobación de su existencia efectiva por el órgano** que el legislador determine, sin que ello afecte a dere-

chos constitucionalmente garantizados, pues la declaración de dicho derecho «no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común» (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 4); de esta suerte, «el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo —frente a la coacción externa— en la intimidad personal, en cuanto nadie está “obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias” (art. 16.2 CE); el órgano encargado de la comprobación de la condición real de quien se dice objetor a la prestación de carácter militar no declarará ciertamente el derecho a la objeción, sino que se limitará a reconocerlo, pero, para esa comprobación, podrá requerir al solicitante la ampliación de los razonamientos expuestos en su solicitud o también, de él o de otras personas u organismos, documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes, esto es, prueba de “hechos susceptibles de comprobación... hechos externos constatables...”, si bien con la limitación de que ello no puede suponer “... pesquisas o investigaciones sobre la vida y conducta privada del objetor”» (STC 160/1987, FJ 5). Y, de otro lado, también ha concluido que el Tribunal que el legislador «puede poner condiciones razonables y proporcionadas a la protección de los intereses afectados», condiciones que, en el caso, hacen **constitucional la prohibición de la objeción sobrevenida** (STC 161/1987, de 27 de octubre, FJ 4).

Por lo que hace a la **prestación social sustitutoria**, ha afirmado el Tribunal que «el derecho a la libertad ideológica no puede ser aducido como motivo para eludir la prestación social sustitutoria», en línea con lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos (STC 55/1996, de 28 de marzo, de FJ 5). Dicha prestación tiene unas finalidades

relevantes, de entidad, pues «se inspira en la solidaridad social y se dirige “hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles”, entre los que el legislador menciona expresamente en el Preámbulo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, el de garantizar a la sociedad de “una fuente de medios personales en caso de necesidad”; y, junto a esta finalidad inmediata, es evidente que “tiende también a preservar de forma indirecta la efectividad del deber constitucional de contribuir a la defensa de España, proclamado en el art. 30.1 CE”, como evidencia “el carácter sustitutivo de la prestación cuya denegación sanciona la norma cuestionada y que constituye el contenido de una obligación para aquellos que han quedado exentos del servicio militar obligatorio por razones de conciencia”» (STC 55/1996, FJ 7). Del mismo modo, había sancionado el Tribunal con anterioridad la conformidad constitucional de una *duración temporal superior* de dicha prestación a la del servicio militar (STC 160/1987, FJ 5), aunque ha advertido de que «una determinada regulación de la prestación social sustitutoria, que excediese los límites de lo razonable en cuanto a su duración o a las condiciones en las que deba realizarse, pued[e] vulnerar el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar si, por su rigor, equivaliese al establecimiento de un obstáculo prácticamente insalvable para el efectivo ejercicio de ese derecho» (STC 55/1996, FJ 7). Finalmente, habida cuenta del distinto contenido material entre el servicio sustitutorio y el militar de un lado, y de otro el carácter también distinto de la prestación social sustitutoria frente a la relación del funcionario con la Administración civil, ha concluido el supremo intérprete de la Constitución la inexistencia de infracción del principio de igualdad (art. 14 CE) si la previsión legislativa del régimen disciplinario respecto de los que se encuentran realizando dicha prestación contempla tratamientos distintos para conductas semejantes (STC 160/1987, FJ 6).

III. LA ABOLICIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Todo lo señalado, sin embargo y como es sabido, no tiene proyección práctica desde que el servicio militar obligatorio quedara abolido por la disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, para los españoles nacidos con posterioridad al año 1982 y suspendido para los nacidos con anterioridad (disposición adicional derogada por la disposición derogatoria de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre, de la Carrera Militar), con efectividad adelantada por el Decreto 247/2001, mientras que la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, fue derogada por la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional. Y en cuanto a la prestación social sustitutoria, objeto actualmente de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, ha quedado suspendida desde el 31 de diciembre de 2001 en virtud del Real Decreto 342/2001, de 4 de abril (lo que, evidentemente, no ha sido óbice para denegar amparos respecto de sanciones impuestas con anterioridad por incumplimiento de la misma: STC 66/2003, de 7 de abril). Todo ello en virtud del proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas a que ha abocado el contexto social, ideológico y de intensa internacionalización de las relaciones militares, que se ha generado en los últimos tiempos. Aunque, desde luego, no aparezca hoy previsible una transformación de ese contexto que comporte la reversión material de los contenidos constitucionalmente más significativos del art. 30 CE, llegado el caso ningún obstáculo constitucional habría para que el legislador pudiera disponer de nuevas prestaciones personales militares obligatorias típicas, como es el servicio militar y, en consecuencia, sus causas de exención, entre las que necesariamente habría de figurar la objeción de conciencia y, eventualmente, una prestación social sustitutoria; mientras tanto, sigue siendo posible la obligatoriedad de prestaciones militares que no consistan en dicho servicio, pero sí en otras modalidades, merced

a la categoría de «reservistas», pues como la varias veces citada LODN explica en su Exposición de Motivos, «La desaparición del servicio militar obligatorio exige que se prevea con mayor relevancia el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el art. 30 de la Constitución, para lo que se refuerza y actualiza la posibilidad de incorporación de los ciudadanos, como

reservistas, a las Fuerzas Armadas», lo que hace en su art. 29.a), al disponer que «... la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios».

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar (Las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991.

CAPODIFERRO CUBERO, D., *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Bosch, Barcelona, 2013.

ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

FORASTER SERRA, M., «Las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la normativa de la objeción de conciencia al servicio militar», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 87, núm. 2, 1988, págs. 469 y ss.

GÓMEZ ABEJA, L., *Las objeciones de conciencia*, CEPC, Madrid, 2016.

OLIVER ARAÚJO, J., *Derecho a la objeción de conciencia*, Civitas, Madrid, 1993.

RUIZ BURSÓN, F. J., «Novedades desde Estrasburgo sobre la objeción de conciencia», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2013.

Artículo 31

- 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.*
- 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.*
- 3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.*

Sumario: I. Contenido y alcance de los principios constitucionales establecidos en el art. 31.1 CE. 1. Alcance de los principios constitucionales reconocidos en el art. 31.1 CE: su determinación a la luz de las reglas que rigen la hermenéutica constitucional. A) Una aclaración previa: los principios del art. 31.1 CE no pueden calificarse exclusivamente como «tributarios». B) A nuestro juicio, la práctica totalidad de los principios del art. 31.1 CE tienen que aplicarse a prestaciones coactivas que carecen de naturaleza tributaria. a) Sobre la aplicación del principio de capacidad económica a las prestaciones de carácter público contributivas no tributarias. b) Sobre la aplicación de los principios de generalidad, igualdad y no confiscatoriedad a las prestaciones de carácter público contributivas no tributarias. C) Algunos de los principios del art. 31.1 CE pueden aplicarse a ingresos públicos que carecen de naturaleza tributaria. 2. La interpretación restrictiva de las prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas y del alcance de los principios del art. 31.1 CE efectuada en la última jurisprudencia constitucional. 3. Contenido y alcance de los principios del art. 31.1 CE en relación con las prestaciones materialmente tributarias. A) Los principios del art. 31.1 CE se aplican a las prestaciones materialmente (constitucionalmente) tributarias. B) El alcance concreto de los principios del art. 31.1 CE a tenor de su contenido. C) Especial referencia al contenido del principio de igualdad tributaria establecido en el art. 31.1 CE. II. La inexistencia de doctrina jurisprudencial en relación con los principios de justicia material del gasto público. III. La reserva de ley establecida en el art. 31.3 CE: naturaleza y alcance.

ÁNGEL AGUALLO AVILÉS

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO
CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

ESTHER BUENO GALLARDO

PROFESORA CONTRATADA
DOCTORA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

I. CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ESTABLECIDOS EN EL ART. 31.1 CE

1. Alcance de los principios constitucionales reconocidos en el art. 31.1 CE: su determinación a la luz de las reglas que rigen la hermenéutica constitucional

A) *Una aclaración previa: los principios del art. 31.1 CE no pueden calificarse exclusivamente como «tributarios»*

Lo primero que queremos poner de manifiesto es que, aunque la doctrina que se ha ocupado del estudio del art. 31 CE ha venido señalando que en su ap. 1 se recogen los principios materiales de justicia tributaria, no es correcto calificar a los principios de generalidad —que se ha inferido del término «todos»—, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad como *tributarios*, porque aunque, ciertamente, todos los principios recogidos en el art. 31.1 CE se aplican a los tributos, algunos de ellos **pueden o tienen** —según los casos— **que aplicarse forzosamente a prestaciones de carácter público que carecen de naturaleza tributaria**. Es más, como veremos, la práctica totalidad de los principios del art. 31.1 CE —en realidad, todos menos el de progresividad—, de conformidad con la literalidad de este precepto, tienen que aplicarse a prestaciones coactivas que carecen de naturaleza tributaria. Nos explicamos.

B) *A nuestro juicio, la práctica totalidad de los principios del art. 31.1 CE tiene que aplicarse a prestaciones coactivas que carecen de naturaleza tributaria*

a) Sobre la aplicación del principio de capacidad económica a las prestaciones de carácter público contributivas no tributarias

Como acabamos de señalar, a nuestro juicio, de la lectura del propio art. 31.1 CE se des-

prende inequívocamente que algunos de los principios que recoge tienen forzosamente que aplicarse a algunas prestaciones que carecen de naturaleza tributaria. En efecto, creemos que del tenor literal de este precepto se infieren sin esfuerzo alguno los siguientes corolarios:

— El primero de ellos es que el art. 31.1 CE establece un *deber de contribuir* al sostenimiento de los gastos públicos (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 76/1990, de 26 de abril, FJ 3; 195/1994, de 28 de junio, FJ 3, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 5), o, dicho de otro modo, está haciendo referencia a instrumentos de financiación de los gastos públicos *que tienen su origen en un deber, esto es, a prestaciones obligatorias, coactivas*.

— El segundo corolario que se desprende del art. 31.1 CE es que esa *contribución obligatoria* al sostenimiento de los gastos públicos debe hacerse *fundamentalmente* mediante prestaciones tributarias (mediante un sistema tributario). Decimos «fundamentalmente», y no únicamente, porque, pese a la expresión tajante del precepto —«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos [...] mediante un sistema tributario», dispone—, el art. 31.1 CE debe ser objeto de una interpretación sistemática, que tenga en cuenta el resto de los preceptos constitucionales, y basta la lectura de los arts. 135 y 157.1 CE para constatar que la Constitución permite otras fuentes de financiación de los gastos públicos diferentes a los tributos (*v. gr.*, la deuda pública, los ingresos de las empresas públicas, etc.).

— Finalmente, también es claro que en el art. 31.1 CE, mientras que los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad aparecen directamente vinculados al «sistema tributario», el *principio de capacidad económica se conecta al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos* («Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica [...]»).

En definitiva, en nuestra opinión, de la letra del art. 31.1 CE se desprende que **en todos los supuestos de contribución al sostenimiento de los gastos públicos que sean fruto de un deber**, esto es, cada vez que se obligue a los ciudadanos a financiar los gastos públicos, **sea o no mediante una prestación tributaria, entrará en juego el principio de capacidad económica**. La cuestión que entonces debe plantearse a este respecto es la de **si pueden existir prestaciones obligatorias que tengan como finalidad el sostenimiento de los gastos públicos que no sean tributos**. Y la respuesta a esta pregunta ha de ser necesariamente afirmativa. En efecto, como viene señalando el Tribunal Constitucional, las prestaciones que satisfacen obligatoria o coactivamente los ciudadanos son aquellas a las que el art. 31.3 CE denomina «**prestaciones de carácter público**» o, si se prefiere, «**prestaciones impuestas**», en la medida en que tienen su origen en una obligación *ex lege*, esto es, han sido establecidas unilateralmente «por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla[s]» (SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 32).

Claramente, son «prestaciones impuestas» las que los ciudadanos satisfacen forzosa-mente al poder público sin ninguna contraprestación mediata o inmediata, como es el caso, por ejemplo, de las sanciones tributarias (que se exigen por la simple comisión de una infracción tributaria). Pero, como viene afirmando el máximo intérprete de nuestra Constitución, también son prestaciones de carácter público o impuestas las que se reclaman a los ciudadanos a cambio de determinados servicios públicos prestados por la Administración, en particular, por lo que aquí interesa: a) por los servicios de solicitud o recepción obligatoria (*v. gr.*, el de recogida de basuras o el de bomberos); b) por servicios esenciales o indispensables para la vida (*v. gr.*, el de distribución de agua potable en los domicilios); c) o, en fin, por servicios que

se presten en régimen de monopolio (por ejemplo, el servicio de correos) (STC 185/1995, FJ 3).

Desde luego, en la medida en que las prestaciones de carácter público son coactivas, puede afirmarse que todos los tributos (que son ingresos coactivos) son prestaciones de carácter público. Sin embargo, no puede decirse que todas las prestaciones de carácter público sean tributos [SSTC 185/1995, FJ 3, y 182/1997, FJ 15; y, entre las más recientes en este sentido, SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.e); 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.c); o, en fin, 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4]. En efecto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, para que estemos ante un **tributo en el sentido constitucional del término**, la prestación de carácter público o coactiva de que se trate debe, además, cumplir los siguientes requisitos [SSTC 182/1997, FJ 15; 233/1999, FJ 18; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 4; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 5; 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.c); 139/2016, de 21 de julio, FJ 6.c); y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4]:

— En primer lugar, debe tratarse de una prestación *patrimonial* (es decir, debe consistir en un dar), no una prestación personal (que consisten en un hacer). Por ejemplo, constituía una prestación de carácter público no patrimonial y, por ende, no susceptible de ser calificada como tributo, la llamada «prestación personal» que, conforme a los arts. 128 y 129 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLRHL), determinados Ayuntamientos podían imponer coactivamente a los vecinos, consistente en trabajar sin contraprestación alguna en la realización de obras públicas (STC 233/1999, FJ 32).

— En segundo lugar, debe ser una prestación que *se satisfaga a los entes públicos* directa o indirectamente, *no a particulares*. Precisamente, porque no concurría este segundo requisito, entendió el Tribunal Constitucional

que la cantidad que, en virtud del Real Decreto-Ley 5/1992, los empresarios tenían que satisfacer directamente a los trabajadores en los casos de incapacidad laboral transitoria era una prestación de carácter público que no podía calificarse de tributaria, ya que, aunque se trataba de un pago que los empresarios debían realizar *ex lege*, con independencia de su voluntad, siendo «los trabajadores —y no los entes públicos— los destinatarios de los pagos que los empresarios deben satisfacer cada vez que se den las condiciones que recoge el Decreto-ley, la naturaleza tributaria de dicha prestación debe descartarse *a radice*» (STC 182/1997, FJ 15).

— En tercer lugar, la prestación tributaria debe consistir en una *cesión definitiva de riqueza*, no meramente temporal. En la medida en que no implicaba una cesión definitiva, sino temporal, de riqueza, la denominada «prestación de transporte» que, conforme a los arts. 128 y 130 TRLRHL, junto con la personal, los Ayuntamientos con población no superior a 5.000 habitantes podían imponer coactivamente a los vecinos, consistente en la cesión al municipio de elementos de transporte para la realización de obras públicas (STC 233/1999, FJ 32), no constituía un tributo.

— En cuarto lugar, el tributo debe tener como *finalidad*, principal o no, el *sostenimiento de los gastos públicos*. Entre otras prestaciones de carácter público que carecen de finalidad contributiva y, por tanto, no pueden calificarse como tributos se cuentan, *v. gr.*, las sanciones (que, como es sabido, tienen una finalidad represiva: STC 276/2000), los recargos del art. 27 de la Ley 58/2003 (en adelante, LGT) (que tienen una finalidad disuasoria: STC 164/1995, de 8 de noviembre) y los intereses de demora (que tienen finalidad indemnizatoria: STC 76/1990).

— Y, finalmente, el tributo debe gravar un *presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica*. A esta última nota distintiva de los tributos nos referiremos más adelante.

Pues bien, como señalábamos al principio, del art. 31.1 CE se desprende que todas las prestaciones de carácter público o impuestas que tengan como finalidad el sostenimiento de los gastos públicos deben respetar el principio de capacidad económica, aunque no puedan ser calificadas constitucionalmente como tributos porque no concurra en ellas algunos de los elementos que, según acabamos de ver, el Tribunal Constitucional viene atribuyendo a las prestaciones tributarias.

Concretamente, constituyen ejemplos de prestaciones no tributarias que tienen que respetar el principio de capacidad económica algunos de los que acabamos de mencionar. En primer lugar, la prestación personal y la de transporte, prestaciones que aún no siendo tributos (la primera porque no es una prestación *patrimonial*, la segunda porque no consiste en una *cesión definitiva de riqueza*: STC 233/1999), en la medida en que, según señala el art. 128 TRLRHL, tienen como finalidad «la realización de obras de la competencia municipal», en definitiva, la financiación de gastos públicos, han de observar el principio de capacidad económica. En segundo lugar, la prestación que los empresarios deben satisfacer a los trabajadores en los supuestos de incapacidad laboral transitoria, prestación que, careciendo asimismo de naturaleza tributaria, según ha estimado el Tribunal Constitucional, porque no se satisface a un ente público, en tanto que cumple con la «función de Estado» establecida en el art. 41 CE (es decir, proteger a los ciudadanos ante situaciones de necesidad), puede calificarse como una «prestación de Seguridad Social» (STC 182/1997) o, lo que es igual, como una prestación que contribuye al sostenimiento de un gasto público (el de la Seguridad Social), y, por este motivo, debe respetar también el principio de capacidad económica.

A su vez, como ejemplo de prestación de carácter público no tributaria que no debe exigirse conforme al principio de capacidad económica porque carece de finalidad contributiva podría formularse el que exponemos a

continuación. Imagínese que una catástrofe natural (*v. gr.*, un terremoto) azotase parte del territorio nacional y que como consecuencia de la misma falleciesen cientos de personas. E imagínese asimismo que ante esta catástrofe el Gobierno acordase mediante Decreto-Ley que todos aquellos habitantes de la zona afectada que poseyeran un medio de transporte apto para retirar a los fallecidos y evacuar a los heridos lo pusieran a disposición de las autoridades. Evidentemente, aunque no se trata de un tributo, estaríamos ante una prestación patrimonial de carácter público, dado que la prestación se impone a determinados ciudadanos con independencia de su voluntad. La prestación, sin embargo, no debería exigirse conforme a la capacidad económica de los obligados, ya que no tiene finalidad contributiva, sino pura y simplemente humanitaria.

En definitiva, resulta evidente que los principios recogidos en el art. 31.1 CE no pueden calificarse como tributarios, porque **el principio de capacidad económica resulta aplicable también a prestaciones de carácter público con finalidad contributiva que carecen de naturaleza tributaria.**

- b) Sobre la aplicación de los principios de generalidad, igualdad y no confiscatoriedad a las prestaciones de carácter público contributivas no tributarias

Pero es más, en nuestra opinión, no solo el principio de capacidad económica resulta predicable de este tipo de prestaciones. Haciendo uso asimismo de las reglas tradicionales de interpretación previstas en el art. 3.1 CC —y, en particular, de la interpretación gramatical— que, como es sabido, resultan aplicables en la exégesis constitucional, puede afirmarse sin temor a errar que el **principio de generalidad** también es de aplicación forzosa a todas aquellas prestaciones de carácter público no tributarias que tengan finalidad contributiva.

En efecto, como es de sobra conocido, el principio de generalidad se infiere del término «todos» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7), vocablo que, al igual que sucede con la capacidad económica, se conecta directamente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (se incluye al comienzo del art. 31.1 CE, según el cual: «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica»), más allá de la exigencia constitucional de un sistema tributario justo contenida en el último inciso del art. 31.1 CE («mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio»). De manera que en relación con el principio de generalidad pueden aducirse *mutatis mutandis* los mismos argumentos que en relación con el principio de capacidad económica justifican su aplicación a todas aquellas prestaciones patrimoniales coactivas que no siendo constitucionalmente tributos se orientan a la financiación del gasto público.

Por otro lado, como en seguida explicaremos, el principio de generalidad prohíbe la concesión de privilegios tributarios discriminatorios o, lo que es lo mismo, de beneficios tributarios injustificados. Implica que el legislador no puede establecer excepciones o matizaciones al deber de contribuir sin que existan fines de interés general reconocidos en la Constitución que las justifiquen. Pues bien, si como señalábamos al comienzo, de conformidad con el art. 31.1 CE, la contribución al sostenimiento de los gastos públicos se materializa a través de prestaciones obligatorias, coactivas, resulta evidente que esta ausencia de privilegios tributarios discriminatorios, de beneficios tributarios injustificados, es exigible cada vez que se obligue a los ciudadanos a financiar los gastos públicos, esto es, cada vez que se establezca una prestación patrimonial de carácter público que tenga finalidad contributiva, concurran o no en ella los atributos que el máximo intérprete de nuestra Constitución viene predicando de los tributos.

Aunque no se infiere naturalmente de la literalidad del art. 31.1 CE, desde nuestro punto de vista, junto con la capacidad económica y la generalidad, también el **principio de igualdad tributaria** recogido en el art. 31.1 CE resulta de aplicación a las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias que tengan finalidad contributiva. Y es que, si bien es cierto que, a diferencia de lo que sucede con los principios de capacidad económica y generalidad, el art. 31.1 CE conecta directamente el mandato de igualdad a la exigencia de un sistema tributario justo, existen al menos dos razones que justifican su extensión a todas aquellas «prestaciones impuestas» que tengan por finalidad la contribución al sostenimiento de los gastos públicos; o, más exactamente, existe una razón que no lo impide y otra que justifica dicha extensión.

De una parte, la interpretación gramatical del art. 31.1 CE no es óbice para alcanzar semejante resultado. En efecto, como ha venido señalando la doctrina constitucionalista, las reglas tradicionales de interpretación son útiles en la exégesis constitucional, pero en modo alguno resultan decisivas en la determinación del alcance último de las diversas previsiones constitucionales (HESSE). Así pues, aunque de conformidad con el art. 31.1 CE ha de ser el «sistema tributario» y, por tanto, las prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria, las que sean conformes con las exigencias dimanantes del principio de igualdad, nada obsta —al menos no las reglas de interpretación constitucional— a que este principio resulte de aplicación también a otro tipo de prestaciones.

Por otra parte, como expondremos más adelante, según viene señalando el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad tributaria guarda una estrecha conexión —se vincula de manera «indisoluble»— con los principios de capacidad económica y generalidad (por todas, SSTC 96/2002, FJ 7; 193/2004, FJ 3, y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4). Siendo esto así, y aplicándose estos últimos principios, según hemos visto, a todas aquellas

«prestaciones impuestas» que tienen finalidad contributiva, sean o no tributarias, resulta una incongruencia mantener que la exigencia de igualdad en la financiación del gasto público se predica exclusivamente respecto de las prestaciones materialmente tributarias y no respecto de las que no son susceptibles de calificarse como tal.

Concretamente, como veremos, en el juicio de igualdad tributaria los términos de comparación son siempre índices de capacidad económica (entre otras, STC 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3); la igualdad que reclama el art. 31.1 CE se aplica únicamente en los supuestos en los que, ante iguales manifestaciones de riqueza, la norma establece un diferente gravamen, una diversa contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Y se estará con nosotros en que formulándose el juicio de igualdad en términos de capacidad económica, difícilmente puede afirmarse que las contribuciones obligatorias al sostenimiento de los gastos públicos, cualquiera que sea su naturaleza —tributaria o no tributaria—, han de respetar este último principio y no aquel; o, lo que es lo mismo, que establecer un diferente gravamen ante idénticas magnitudes de riqueza real o potencial pueda vulnerar el principio de capacidad económica y, sin embargo, no sea susceptible nunca de atentar contra el principio de igualdad.

Y el mismo alcance ha de atribuirse al principio de igualdad teniendo en cuenta su relación con la exigencia constitucional de generalidad. Si como tiene declarado el máximo intérprete de nuestra Constitución, el principio de generalidad proscribía la concesión de privilegios tributarios discriminatorios (STC 96/2002, FJ 7) y, a nuestro juicio, dicho principio resulta de aplicación a todas aquellas prestaciones patrimoniales coactivas con finalidad contributiva, resulta un contrasentido negar que puedan existir beneficios tributarios injustificados en relación con todas las prestaciones impuestas que tengan por objeto la contribución al levantamiento de las cargas públicas y afirmar al mismo tiempo que el art. 31.1 CE

permite que una modalidad concreta de esas prestaciones —las que no son materialmente tributarias— pueda resultar discriminatoria. En otras palabras, habida cuenta de la indisoluble conexión existente entre los principios de generalidad e igualdad —según ha señalado explícitamente el Tribunal Constitucional, «los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando «se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable» (SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 8, y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5)—, a nuestro modo de ver, no resulta conforme con el art. 31.1 CE defender que el principio de generalidad se predica *lato sensu* de las prestaciones a que se refiere el art. 31.3 CE, y que, en cambio, la prohibición de discriminación tributaria que se infiere del principio de igualdad ha de ser respetada exclusivamente por las prestaciones constitucionalmente tributarias y no por aquellas otras que carezcan de esta naturaleza.

Finalmente, y tomando en consideración una vez más la trabazón existente entre los diversos principios constitucionales reconocidos en el art. 31.1 CE y la peculiar naturaleza de alguno de ellos, en nuestra opinión, el alcance de la **prohibición de confiscatoriedad** se extiende asimismo a todas las prestaciones patrimoniales impuestas que tengan por objeto la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, sean o no reconducibles al concepto constitucional de tributo. Como ha venido señalando reiteradamente la doctrina, la interdicción de confiscatoriedad que se establece en el art. 31.1 CE tiene más un valor ideológico o político que jurídico, de manera que de hallarse ausente su consagración constitucional explícita en dicho precepto tampoco sería posible agotar la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir: lo impedirían el principio de capacidad económica y, en última instancia, el derecho a la propiedad privada consagrado en el art. 33 CE.

Ciertamente, la interpretación que deba hacerse de la prohibición de confiscatoriedad

diste mucho de estar clara: unos autores la vinculan al principio de capacidad económica, otros al de justicia tributaria y, en fin, no han faltado tampoco los que ven en ella un límite a la progresividad del sistema tributario [SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 9; 14/1998, de 22 de enero, FJ 11. B), y 233/1999, FJ 23]. Con todo, a tenor de la jurisprudencia constitucional, es incontrovertible que la prohibición de confiscatoriedad «obliga a no agotar la riqueza imponible —sustrato, base o exigencia de toda imposición— so pretexto del deber de contribuir» [SSTC 150/1990, FJ 9; 14/1998, FJ 11. B); 233/1999, FJ 23; y ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 6]. Y en el supuesto hipotético de que se llegara a agotar la riqueza imponible, sustrato o base de la imposición, habría de entenderse vulnerada no solo la prohibición de confiscatoriedad, sino también el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE. Constituye buena prueba de ello el hecho de que el máximo intérprete de nuestra Constitución haya entendido que «la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza [...] debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE» (STC 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 6; y ATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 5).

Pues bien, estando el principio de capacidad económica en la base de la prohibición de confiscatoriedad, de manera que de declararse vulnerada esta última habría de entenderse violado también aquel, y proyectándose el principio de capacidad económica sobre todas aquellas prestaciones de carácter público que tengan finalidad contributiva, entendemos que este mismo alcance ha de atribuirse también a la interdicción constitucional de confiscatoriedad recogida en el art. 31.1 CE.

En conclusión, frente a lo que vienen defendiendo la práctica totalidad de los autores, los principios constitucionales establecidos en el art. 31.1 CE no pueden ser calificados *stricto sensu* como principios «tributarios»,

dado que los **principios de capacidad económica y generalidad se aplican forzosa-mente a todas las prestaciones patrimoniales impuestas** (que tengan finalidad contributiva), **sean o no tributos desde la perspectiva constitucional**; y habida cuenta de la inextricable relación existente entre estos principios y los de **igualdad tributaria y prohibición de confiscatoriedad, idéntico alcance resulta también predicable de estos últimos**. De manera que, a nuestro juicio, de los diversos principios que se reconocen en el art. 31.1 CE, tan solo uno de ellos se aplica forzosamente a las prestaciones materialmente tributarias y no necesariamente al resto de las prestaciones patrimoniales de carácter público que tienen por finalidad la financiación del gasto público: el principio de progresividad.

C) *Algunos de los principios del art. 31.1 CE pueden aplicarse a ingresos públicos que carecen de naturaleza tributaria*

Sentado lo anterior, resulta además que los principios reconocidos en el art. 31.1 CE no pueden ser calificados como tributarios porque, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, algunos de ellos **pueden**, si el legislador lo desea, aplicarse a ingresos públicos que no tienen carácter tributario. Nos referimos a los principios de capacidad económica y de progresividad, principios que, conforme ha señalado la STC 76/1990, FJ 6. B), el legislador puede tener en cuenta al fijar la cuantía de las **sanciones tributarias**, sanciones tributarias que, aunque puede considerarse que forman parte del sistema tributario en sentido amplio, es evidente que carecen de naturaleza tributaria, dado que, «aunque cuando tienen carácter pecuniario contribuyen, como el resto de los ingresos públicos, a engrosar las arcas del erario público, ni tienen como función básica o secundaria el sostenimiento de los gastos públicos [...] ni, por ende, se establecen como consecuencia de la existencia de una circunstancia reveladora de riqueza, sino

única y exclusivamente para castigar a quienes cometen un ilícito» (STC 276/2000, FJ 4).

Finalmente, los **recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo pueden** responder también a la lógica del principio de capacidad económica, aun cuando «no tiene[n] como función el sostenimiento de los gastos públicos mediante la exigencia de un tributo a quienes realicen un determinado hecho, acto o negocio —esto es un hecho imponible— revelador de riqueza y, por tanto, susceptible de gravamen» (STC 276/2000, FJ 4). Así se deduce, *a sensu contrario*, de la STC 164/1995, en la que, en relación con el recargo por declaración extemporánea del 10 por ciento, el Tribunal señaló que «el principio de capacidad económica no tiene igual relevancia en todas las instituciones tributarias»; como principio constitucional —agregó— «proyecta sus exigencias en relación con los tributos, que son las figuras contributivas, pero no así necesariamente y en la misma medida en relación con las obligaciones accesorias a la deuda tributaria propiamente dicha» (FJ 8). De estas afirmaciones se desprende, a nuestro modo de ver, inequívocamente que aunque el principio de capacidad económica proyecta sus exigencias fundamentalmente en relación con los tributos, nada impide —la Norma suprema, al menos, no lo hace— que pueda aplicarse a otras prestaciones que los obligados tributarios están obligados a satisfacer a la Hacienda Pública. Ahora bien, cuando se trata de prestaciones de naturaleza no tributaria —*v. gr.*, obligaciones accesorias a la deuda tributaria— la observancia del principio de capacidad económica no constituye —insistimos— una exigencia constitucional y, por ende, la intensidad con la que se predica de estas prestaciones es producto exclusivo de la voluntad del legislador.

En definitiva, en la medida en que, como acabamos de ver, todos los principios recogidos en el art. 31.1 CE se aplican a los tributos, pero algunos de ellos **se pueden o se tienen** que aplicar a prestaciones coactivas que

carecen de naturaleza tributaria, pueden ser calificados como principios **fundamentalmente** tributarios, pero no **exclusivamente** tributarios.

2. La interpretación restrictiva de las prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas y del alcance de los principios del art. 31.1 CE efectuada en la última jurisprudencia constitucional

Los que acabamos de exponer son los principales postulados que, a nuestro modo de ver, se deducen de una interpretación *gramatical* y *sistemática* de los mandatos contenidos en el art. 31.1 CE, interpretación que, al menos parcialmente, había encontrado reflejo —o tenía cabida— en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional hasta fecha reciente.

De algunos de sus pronunciamientos, en efecto, en la línea de lo que venimos defendiendo en estas páginas, podía colegirse que el principio de capacidad económica se vinculaba, genéricamente, al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y, en consecuencia, debía respetarse en el establecimiento de todas aquellas prestaciones coactivas a través de las cuales se materializara este deber: «Dijimos tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio —se recordaba en la STC 7/2010, de 27 de abril—, que el art. 31.1 CE ciñe el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a unas fronteras precisas: de un lado, “la de la capacidad económica de cada uno” y, de otro, “la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (FJ 4)» (FJ 6).

Y a mayor abundamiento, algunos Magistrados del Tribunal, en algún voto particular —en concreto, en el Voto particular disidente que formularon los Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas y don Manuel Aragón Reyes,

al que se adhirió el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, al ATC 71/2008, de 26 de febrero— habían defendido expresamente la aplicación del principio de capacidad económica a todas las prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas, fuesen o no de naturaleza tributaria. Así se desprende, claramente, del siguiente fragmento del Voto particular:

«De hecho, la mera lectura del art. 31.1 CE permite mantener que mientras que este vincula claramente los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad con el sistema tributario (“Todos contribuirán... mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”), parece reclamar la aplicación del principio de capacidad económica para todos los supuestos de contribución obligatoria al sostenimiento de los gastos públicos (“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica”, comienza afirmando el precepto), instrumentos coactivos de financiación de los gastos públicos entre los que, indudablemente, se encuentran los tributos.»

En la jurisprudencia constitucional dictada a partir del año 2014, sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional ha efectuado, a nuestro juicio, una **interpretación excesivamente restrictiva de las prestaciones patrimoniales materialmente impuestas que tienen finalidad contributiva y, por derivación, del alcance de ciertos principios de justicia contenidos en el art. 31.1 CE**. Y ello sin perjuicio de que los conceptos de prestación patrimonial de carácter público y tributo que se han seguido manejando en los pronunciamientos constitucionales más recientes [SSTC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.c); 139/2016, de 21 de julio, FJ

6.c); 196/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4] han sido los que se articularon en su día en las SSTC 185/1995, 182/1997, 233/1999 o, en fin, 276/2000, y a los que ya nos hemos referido en estas páginas. Nos explicamos.

Desde la STC 83/2014, de 29 de mayo, el máximo intérprete de la Constitución viene circunscribiendo la finalidad contributiva exclusivamente a las prestaciones tributarias. De manera que da por hecho: (a) que únicamente las prestaciones tributarias o tributos persiguen «derechamente» allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, y (b) que carecen de esta finalidad —al menos, de forma directa e inmediata— el resto de «prestaciones impuestas» a las que se refiere el art. 31.3 CE. Concretamente, constituye la máxima expresión de esta doctrina la siguiente afirmación del Pleno del Tribunal presente en el FJ 3 de la STC 83/2014:

«[N]o toda prestación impuesta tiene que ser necesariamente una expresión concreta del deber de contribuir del art. 31.1 CE, como sucede cuando con ella no se persigue derechamente buscar una nueva forma de allegar medios económicos con los que financiar el gasto público, aunque tenga como efecto económico indirecto el de servir también a dicha financiación. Pueden existir medidas, entonces, en las que, aun siendo prestaciones impuestas, *su finalidad principal (...) no sea la de establecer un tributo*, esto es, una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar a la financiación del gasto público.»

Consideramos —nos interesa advertirlo— que la primera acotación que se efectúa en el fragmento transcrito es acertada: efectivamente —ya lo hemos comentado—, no todas las prestaciones patrimoniales de carácter público tienen que tener por finalidad —directa o indirecta— la contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Pueden existir

—y, de hecho, existen— prestaciones materialmente impuestas que no son contributivas (persiguen otra finalidad de interés público distinta a la de hacer allegar ingresos a las arcas públicas).

Esto sentado, sin embargo, la que no compartimos es la segunda aclaración que realiza el Pleno. En ella considera, como si de expresiones sinónimas se tratara, que la finalidad «de establecer un tributo» coincide con «la finalidad contributiva». Es en este punto en el que se aplica a un todo —las prestaciones contributivas— el nombre de una de sus partes —el de prestación tributaria— y se incurre, a nuestro juicio, en **una sinécdoque** que resulta, si cabe, más palmaria en el siguiente fragmento contenido en la posterior STC 139/2016: «Pueden existir —explicó el Tribunal en este pronunciamiento— medidas, entonces, en las que, aun siendo prestaciones impuestas, *su finalidad principal (...) no sea tributaria*, esto es, una nueva forma de ingreso público con la que coadyuvar a la financiación del gasto público» (FJ 6).

A partir de esta sinécdoque el máximo intérprete de la Constitución descarta que puedan existir prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas que no sean tributarias. Y esta doctrina se encuentra expuesta —en idénticos o parecidos términos— y aplicada, no solo en la STC 83/2014, en la que se enjuició, fundamentalmente, la compatibilidad con el art. 86.1 CE del establecimiento por Decreto-ley de una «deducción sobre la facturación mensual de cada oficina de farmacia por las recetas de especialidades farmacéuticas dispensadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad», sino también en las posteriores SSTC 44/2015, de 5 de marzo, y 62/2015, de 13 de abril, en las que el Tribunal se pronunció sobre la naturaleza de los ingresos por descuentos en el volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud, en esta ocasión para examinar si su establecimiento por Ley de Presupuestos Generales del Estado resultaba contrario al límite impuesto por el

art. 134.7 CE; en la STC 139/2016, de 21 de julio, en la que nuevamente se examinó la compatibilidad con el art. 86.1 CE del establecimiento por Decreto-ley esta vez de las aportaciones que debían efectuar los usuarios en el caso de determinadas prestaciones del Sistema Nacional de Salud; o, en fin, en la STC 167/2016, de 6 de octubre, en la que se analizó si las aportaciones que debían efectuar ciertas empresas productoras de energía eléctrica para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico resultaban contrarias a los arts. 14 y 9.3 CE.

En todas las Sentencias citadas el Pleno del Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que las prestaciones enjuiciadas no tenían como finalidad principal allegar medios económicos con los que financiar el gasto público y, en consecuencia, eran prestaciones del art. 31.3 CE que carecían de naturaleza tributaria a las que: (a) ni se les aplicaba el límite material impuesto al Decreto-ley en el art. 86.1 CE [SSTC 83/2014, FJ 5 y 139/2016, FJ 6.c)]; (b) ni el establecido en el art. 134.7 CE en relación con la Ley de Presupuestos Generales del Estado [SSTC 44/2015, FJ 5.e) y 62/2015, FJ 3.b)]; ni, en fin —y por lo que aquí nos interesa—, (c) los principios materiales de justicia reconocidos en el art. 31.1 CE (SSTC 83/2014, FJ 6 y 167/2016, FJ 4).

Por lo que respecta a esta última cuestión, en efecto, **el máximo intérprete de nuestra Constitución ha rechazado** —lo hizo en la STC 83/2014, de 29 de mayo, y ha vuelto a hacerlo en la posterior STC 167/2016, de 6 de octubre— **que el principio de capacidad económica y, más genéricamente, todos los reconocidos en el art. 31.1 CE, se apliquen a las prestaciones patrimoniales de carácter público que no sean tributos:** «[n]o hay que olvidar —ha afirmado con contundencia— que los principios que la Constitución consagra en el ap. 1 de su art. 31 operan como criterios inspiradores del sistema tributario, siendo exigibles, aunque con diferente intensidad, respecto de las prestaciones patrimoniales de naturaleza tri-

butaria, y no, en consecuencia, de cualquier prestación patrimonial que, careciendo de naturaleza tributaria, queda sometida al principio de reserva de ley previsto en el apartado 3 de ese mismo precepto constitucional» (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 6; y, en el mismo sentido, STC 167/2016, FJ 4).

Podría pensarse, ciertamente, que la doctrina transcrita no es más que el corolario lógico de la sinécdoque a la que nos hemos referido. Descartado que pueda haber prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas no tributarias, el máximo intérprete de la Constitución venía a rechazar que el principio de capacidad económica —y el resto de los establecidos en el art. 31.1 CE— se aplicaran a las prestaciones patrimoniales de carácter público que no fueran tributos. O, en otras palabras, circunscrita la finalidad contributiva a las prestaciones tributarias se limitaba, asimismo, el ámbito de aplicación del principio de capacidad económica y del resto de los principios consagrados en el art. 31.1 CE a estas últimas prestaciones.

Pero no creemos que esta sea la razón de ser de la doctrina sentada en los últimos pronunciamientos. Más bien parece que el Pleno del Tribunal, simplemente, da por hecho —como, por lo demás, lo había venido haciendo una parte de nuestra doctrina tributarista—, sin ulteriores consideraciones, que los principios materiales establecidos en el art. 31.1 CE son principios exclusivamente tributarios. En ningún momento parece plantearse la posible aplicación de los principios impuestos por el art. 31.1 CE a las prestaciones a que se refiere el art. 31.3 CE —o, al menos, a algunas de ellas— que no sean tributos.

Pues bien, esta es una conclusión que, como nos hemos ocupado de explicar en estas páginas, no compartimos. Ya lo hemos dicho: no se desprende inequívocamente de una exégesis gramatical y sistemática del art. 31.1 CE y del resto de preceptos constitucionales que guardan relación con este precepto (fundamentalmente, de los arts. 135 y 157.1 CE, que se refie-

ren a otras fuentes de financiación de los gastos públicos diferentes a los tributos). Y, en última instancia, es una interpretación que, en lugar de extender el alcance de los principios materiales reconocidos en el art. 31.1 CE, limitando la intervención del legislador en el establecimiento de prestaciones patrimoniales coactivas que tienen finalidad contributiva, constriñen excesiva e injustificadamente los mandatos constitucionales que el Constituyente asoció a la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos cuando redactó el ap. 1 del art. 31 CE.

3. Contenido y alcance de los principios del art. 31.1 CE en relación con las prestaciones materialmente tributarias

A) *Los principios del art. 31.1 CE se aplican a las prestaciones materialmente (constitucionalmente) tributarias*

Esto sentado, y profundizando ya en el contenido y alcance de los principios recogidos en el art. 31.1 CE en relación con las prestaciones tributarias, nos interesa efectuar, en primer lugar, dos puntualizaciones: primera, que **no a todos los ingresos públicos a los que el legislador denomina tributos se les aplican los principios recogidos en el art. 31.1 CE, sino única y exclusivamente a los que puedan calificarse como tributos desde la perspectiva constitucional**; y, segunda, que, **con independencia de que el legislador califique como no tributarias ciertas prestaciones impuestas** —ya sea de forma expresa, ya sea atribuyéndoles una denominación que difiera de la tradicional clasificación de los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales—, **se les tienen que aplicar los principios establecidos en el art. 31.1 CE siempre que constitucionalmente sean prestaciones de esta naturaleza**. Y es que, efectivamente, como acabamos de ver, conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, existe un

concepto constitucional de tributo (es decir, una noción de tributo que se deriva directamente de la Constitución) **que no tiene por qué coincidir con el concepto legal y que, de hecho, no coincide**. Intentaremos explicar las proposiciones que acabamos de enunciar en las líneas que siguen.

Tal y como acabamos de señalar, el Tribunal Constitucional ha venido perfilando en sus sentencias una **noción constitucional de tributo**. Y ha deducido del texto constitucional un concepto de tributo porque, de otro modo, el legislador podría incumplir fácilmente los principios establecidos para este tipo de prestaciones en el art. 31 CE: bastaría con otorgarle a la prestación de carácter público exigida a los ciudadanos un *nomen iuris* diferente (o, como ha sucedido recientemente —de inmediato lo veremos—, con calificarla como «no tributaria»). Pues bien, para evitar este tipo de maniobras del poder público, el Tribunal viene afirmando que los tributos «desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» (SSTC 182/1997, FJ 15; 233/1999, FJ 18; 276/2000, FJ 4; 63/2003, FJ 5; en el mismo sentido, STC 193/2004, FJ 4), «y grava[n] un presupuesto de hecho o «hecho imponible» (art. 28 LGT) revelador de capacidad económica (art. 31.1 CE) fijado en la Ley (art. 133.1 CE)» [SSTC 276/2000, FJ 4, y 193/2004, FJ 4; y, más recientemente, 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.c); 139/2016, de 21 de julio, FJ 6.c), y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4].

Este es el concepto constitucional de tributo que el Tribunal Constitucional comenzó a pergeñar en 1997 y ha acabado asentándose definitivamente en el año 2004. Sin embargo, el legislador, en lugar de acogerse, sin más, a esta noción de tributo que deriva de la Carta Magna, ha acuñado un concepto legal de tributo no coincidente con el que ha establecido el máximo intérprete de la Constitución.

Sin ánimo de exhaustividad —y al objeto, exclusivamente, de poner de relieve las principales consecuencias que se derivan, a efectos del art. 31.1 CE, de la existencia de dos conceptos de tributo parcialmente divergentes *ex Constitutione* y *ex lege*—, cabe afirmar que, **desde la aprobación de la LGT 2003 son dos los conceptos de tributo acuñados por el legislador:** (1) un **concepto legal originario** vigente desde la aprobación de la LGT 2003 hasta la entrada en vigor —en marzo de 2018— de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP); y (2) el **concepto legal vigente** que rige desde la entrada en vigor de este último texto normativo y que, aunque coincide en buena medida con el anterior, presenta ciertas diferencias que, necesariamente, han de apuntarse.

1) Por lo que respecta al primero —esto es, al **concepto originario de tributo**— el art. 2.1 LGT establece, desde su aprobación en 2003, que los tributos son «los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos».

Como se puede apreciar, esta definición legal difiere sensiblemente de la noción tributo que el Tribunal Constitucional ha hecho derivar de la Constitución: por ejemplo, el art. 2.1 LGT no define a los tributos, como hace el Tribunal Constitucional, como *prestaciones patrimoniales de carácter público*; ni exige que consistan en una *cesión definitiva de riqueza*; ni, en fin, reclama que el presupuesto del tributo *revele capacidad económica*; y, sin embargo, sí los define como *prestaciones pecuniarias*, exigencia esta que no aparece en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Subrayando las divergencias existentes entre este concepto legal de tributo y el concepto constitucional, lo que queremos poner de ma-

nifiesto es que sendos conceptos eran tan dispares —efectuamos la explicación en pasado por las razones que a continuación se expondrán— que podían darse muchos casos en la práctica de prestaciones a las que la ley denominaba tributo (tasa, impuesto o contribución especial) y que constitucionalmente no merecían tal calificación. Eran muchos los ejemplos que podían ofrecerse, especialmente en el campo de las tasas. Así, conforme al TRLRHL las entidades locales podían establecer tasas —esto es, tributos—, entre otros supuestos, por las asistencias y estancias en guarderías infantiles y en residencias de ancianos; así como por las casas de baños, duchas y piscinas. Era evidente, sin embargo, que las cantidades que los ciudadanos abonaban por estos servicios no podían ser calificadas como tributo, porque no constituían prestaciones de carácter público o impuestas (condición *sine qua non* para que puedan ser tributos), dado que eran prestaciones que se satisfacían por servicios de solicitud voluntaria, que no podían considerarse esenciales y que se prestaban en libre concurrencia por el sector privado. Y lo mismo podía decirse de la «tasa» que por el servicio de cerrajería prestado por los bomberos podía cobrar un Ayuntamiento. Era obvio que, pese a que el TRLRHL calificaba a la cantidad satisfecha por la prestación de este servicio como una «tasa», dicha prestación pecuniaria no podía considerarse constitucionalmente un tributo en tanto que se satisfacía por un servicio de solicitud y recepción voluntaria de carácter no esencial y prestado en régimen de libre concurrencia o, lo que es lo mismo, derivaba de una obligación que el particular había constituido voluntariamente con el poder público, que conforme a la doctrina sentada en la STC 185/1995 (FF. JJ. 4 y 5), no constituía una «prestación de carácter público».

Pues bien —y es aquí donde queríamos llegar—, cada vez que los poderes públicos denominen como tributo (en los ejemplos propuestos, tasas) prestaciones patrimoniales que no pueden ser calificadas constitucionalmente como tributarias, si dichas prestacio-

nes patrimoniales no respetaran alguno de los principios recogidos en el art. 31.1 CE, no cabría recurrir ante el Tribunal Constitucional, porque tales prestaciones **serían, en todo caso, ilegales, pero no inconstitucionales**, porque **los principios del art. 31.1 CE se aplican exclusivamente a los tributos desde la perspectiva estrictamente constitucional**.

La afirmación que acabamos de efectuar ha de ser precisada a la luz de las reflexiones contenidas en el epígrafe segundo de estas páginas. Ciertamente cuando estemos ante un tributo desde la perspectiva constitucional, le serán de aplicación los principios recogidos en el art. 31.1 CE. En caso contrario, esto es, cuando se trate de una prestación patrimonial que no pueda calificarse materialmente (constitucionalmente) como tributaria, habrá de estarse a la verdadera naturaleza de la prestación para dilucidar los principios que le resultan aplicables. A este respecto, pueden distinguirse dos supuestos: a) que la prestación que sea formal o legalmente un tributo —aunque no desde la perspectiva constitucional— constituya además una prestación patrimonial de carácter público contributiva; o b) que la prestación formalmente tributaria no sea constitutiva de una «prestación impuesta». En el primer caso, procederá aplicar todos aquellos principios constitucionales que son predicables de las prestaciones patrimoniales de carácter público contributivas —según hemos dicho, los principios de capacidad económica, generalidad, igualdad tributaria e interdicción de confiscatoriedad (de lo contrario estaríamos ante una prestación patrimonial de carácter público inconstitucional)— y los principios que establece la LGT en relación con los tributos (arts. 3 —en el que se reproducen los principios del art. 31.1 CE— y 8 LGT). En el segundo supuesto, exclusivamente estos últimos.

2) En fecha más reciente el legislador ha modificado parcialmente el concepto legal de tributo acuñado en 2003 manteniendo, empero, la redacción originaria del art. 2.1 LGT.

Concretamente, mediante las disposiciones finales undécima y duodécima de la LCSP que, respectivamente, dan nueva redacción a la disposición adicional primera de la LGT y añaden un nuevo ap. 6 al art. 20 del TRLRHL, el legislador ha introducido en el ámbito que nos ocupa **tres importantes novedades**: (a) ha incluido por primera vez en la ley un concepto de prestación patrimonial de carácter público coincidente con el concepto constitucional que se deriva del art. 31.3 CE (el ap. 1 de la disposición adicional 1.^a de la LGT dispone actualmente que «[s]on prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el art. 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo»); (b) ha diferenciado entre prestaciones patrimoniales de carácter público tributarias y no tributarias, incorporando al concepto legal de ambos tipos de prestaciones la nota de la coactividad que, hasta la fecha, estaba ausente de este concepto *ex* art. 2.1 LGT; y (c) ha hecho depender la naturaleza tributaria o no de ciertas prestaciones patrimoniales de carácter público —en particular, de las tasas— de la forma concreta en la que se gestiona el servicio que da lugar a la exacción de la prestación. De las novedades legales enunciadas —que son algunas de las más relevantes, pero, desde luego, no las únicas introducidas por las disposiciones a las que nos referimos— interesa poner el acento en las dos últimas (por las consecuencias que de ellas se derivan en relación con aplicación de los principios del art. 31.1 CE).

— En primer lugar, afirmamos que hasta la aprobación y entrada en vigor de la LCSP la nota de la coactividad, consustancial a las prestaciones patrimoniales de carácter público a que alude el art. 31.3 CE —y por derivación al concepto constitucional de tributo—, estaba ausente del concepto legal de tributo, porque, aunque el art. 2.1 LGT define este último como aquella prestación pecuniaria «exigida por una Administración pública», esta exigibilidad hace referencia a las facultades de que dispone la Administración en caso de incumplimiento de la obligación —esto es, a

las facultades derivadas de las potestades de autotutela y ejecutoriedad—, no a la coactividad *que se ejerce en el momento de constitución de la obligación* que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 185/1995, FJ 3), y por remisión a esta jurisprudencia, es la principal nota definitoria de las prestaciones patrimoniales de carácter público previstas en el art. 31.3 CE. Ahora bien, en la medida en que el nuevo ap. 2 de la DA 1.^a de la LGT considera como prestaciones tributarias a las prestaciones patrimoniales de carácter público definidas en su ap. 1 y, a su vez, en este apartado se equiparan los conceptos legal y constitucional de las prestaciones a que se refiere el art. 31.3 CE, se atribuye a las prestaciones legalmente tributarias la nota de la coactividad consustancial a las prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE) y al concepto constitucional de tributo.

Pues bien, introduciendo en el concepto legal de prestación tributaria la nota de la coactividad propia de las prestaciones patrimoniales de carácter público del art. 31.3 CE se acortan las distancias existentes hasta la fecha entre el concepto legal y el concepto constitucional de tributo —o, en otras palabras, el primer concepto se aproxima al segundo— de manera que **existirán —al menos, por este motivo— un menor número de prestaciones que siendo tributos desde el punto de vista legal, no lo sean también desde la perspectiva constitucional.** Y, en consecuencia, y por lo aquí interesa, **habrá un mayor número de ingresos públicos a los que el legislador denomine tributos a los que les resulten aplicables por imperativo del art. 31.1 CE** —y no únicamente del art. 3.1 LGT— **los principios materiales de justicia a que nos venimos refiriendo.**

— En segundo lugar, el vigente ap. 2 la DA 1.^a de la LGT hace depender la naturaleza tributaria —o no— de ciertas prestaciones patrimoniales de carácter público —en concreto, de las tasas— de la forma concreta en la que se gestiona el servicio que da lugar a la exac-

ción de la prestación: cuando se gestiona directamente por la Administración, estamos ante una prestación tributaria y, cuando la gestión se lleva a cabo de forma directa pero mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, nos encontramos ante una prestación que el legislador califica como no tributaria.

Esto sentado, y cotejando una vez más la previsión legal que acabamos de extractar con el concepto de tributo acuñado por el Tribunal Constitucional, resulta que todas aquellas prestaciones que deriven de la prestación de un servicio por la Administración o de la realización de una actividad que sea de solicitud o recepción obligatoria y/o se preste en régimen de monopolio público, aunque el servicio se preste o la actividad se realice mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, serán tributos desde la perspectiva constitucional (aunque no lo sean desde el punto de vista legal). Y serán constitucionalmente tributos porque, en la mayoría de las ocasiones, reunirán todos y cada uno de los elementos esenciales que el máximo intérprete de la Constitucional viene predicando de este tipo de prestaciones. Serán, en efecto: (a) prestaciones patrimoniales materialmente impuestas o coactivas (en el sentido del art. 31.3 CE); (b) que se satisfacen indirectamente a un ente público (siendo un ente público —y no un particular— el destinatario de la prestación resulta irrelevante *ex Constitutione* que el servicio se gestione de forma directa o indirecta por la Administración); (c) que consisten en una cesión definitiva de riqueza; (d) que tienen por finalidad la contribución al sostenimiento de los gastos públicos; y (d) que gravarán un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica.

Pues bien, habida cuenta de que la gestión indirecta de la prestación del servicio o de la realización de la actividad o su gestión directa pero mediante personificación privada no priva a la prestación de su naturaleza constitucionalmente tributaria [recuérdese que, en

palabras del máximo intérprete de la Constitución desde la STC 182/1997, «los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones (...) que se satisface, directa o *indirectamente*, a los entes públicos (FJ 15)], la conclusión que indefectiblemente se alcanza es que le resultan aplicables los principios materiales de justicia establecidos en el art. 31.1 CE. De manera que, como decíamos al comienzo de estas líneas, puede afirmarse que **con independencia de que el legislador califique** —y lo haga expresamente— **como no tributarias ciertas prestaciones impuestas, se les tienen que aplicar los principios establecidos en el art. 31.1 CE siempre que constitucionalmente sean prestaciones de esta naturaleza**, lo cual **sucedirá en muchos de los casos a los que se refieren actualmente los párrs. 3.º, 4.º y 5.º del ap. 2 de la DA 1.ª de la LGT.**

B) *El alcance concreto de los principios del art. 31.1 CE a tenor de su contenido*

Una vez que hemos dejado claro que los principios del art. 31.1 CE se aplican exclusivamente a las prestaciones *materialmente* tributarias, conviene poner de manifiesto, en segundo lugar, que mientras que algunos de los principios que se reconocen en el art. 31.1 CE se predicen únicamente del sistema tributario en su conjunto, otros han de ser observados necesariamente por todos y cada uno de los tributos que existen en nuestro ordenamiento, cualquiera que sea su clase —impuesto, tasa, o contribución especial— y la incidencia o peso específico que tengan en el conjunto del sistema.

Ciertamente, si se consulta la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional, se comprobará que son varias las sentencias en las que se afirma contundentemente que «el art. 31.1 CE consagra [...] los principios ordenadores del sistema tributario» (STC 182/1997, FJ 6; en sentido similar, STC 116/1994, FJ 5); o que «en el art. 31.1 el principio de igualdad, junto con el de progresividad y el de capaci-

dad económica, es considerado como criterio inspirador del sistema tributario» (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 3); o, en fin, que dichos principios cumplen una «función inspiradora del entero sistema tributario justo» [FJ 6. B)], afirmaciones todas ellas de las podría inferirse, tras una primera lectura, que los principios del art. 31.1 CE se aplican exclusivamente al sistema tributario en su conjunto.

Ahora bien, si se efectúa un análisis minucioso de la doctrina sentada por el máximo intérprete de la Constitución, se llegará a la conclusión de que, de entre todos los principios reconocidos en el art. 31.1 CE, **tan solo dos resultan predicables exclusivamente del conjunto del sistema tributario** y no de cada tributo en particular. Nos referimos al **principio de progresividad** —en virtud del cual, como es sabido, a medida que aumenta la riqueza del sujeto debe aumentar la contribución en proporción superior al incremento de la riqueza, de manera que los que más tienen contribuyan en proporción superior a los que tienen menos— y al principio de **no confiscatoriedad**.

Aunque el Tribunal Constitucional ha sido parco a la hora de pronunciarse sobre el **principio de progresividad**, si algo ha dejado claro es que el art. 31.1 CE solo exige «la *progresividad global* del sistema tributario» [por todas, STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 4.b)] y, más explícitamente, ha señalado en el ATC 71/2008, de 26 de febrero, con cita de pronunciamientos precedentes, que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal, «la progresividad *no es exigible de cada tributo en particular, sino del sistema tributario en su conjunto*» [FJ 4; doctrina esta que se ha reiterado, posteriormente, en las SSTC 7/2010, de 27 de abril, FJ 6; y 19/2012, de 15 de febrero, FF. JJ. 4.b) y 7]. De hecho, si la progresividad no fuera exigible únicamente del conjunto del sistema tributario, casi todos los tributos que existen en la actualidad serían inconstitucionales porque de todos ellos únicamente el IRPF puede decirse que sea —al menos en cierta medida— un impuesto progresivo.

Partiendo de la premisa de que el mandato constitucional de progresividad se predica del sistema tributario en su conjunto, en las últimas Sentencias dictadas en relación con este principio, el Tribunal ha alcanzado dos conclusiones de interés. Ha resuelto, en primer lugar, que en un sistema tributario justo *pueden tener cabida tributos que no sean progresivos, siempre que no se vea afectada la progresividad del sistema* [STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 6; y, en idéntico sentido, posteriormente, STC 19/2012, de 15 de febrero, FF. JJ. 4.b) y 7]. Concretamente, a esta solución llegó en la STC 7/2010, de 27 de abril, en la que la Sala Primera del Tribunal consideró que el establecimiento de un tipo de gravamen proporcional en el impuesto sobre actos jurídicos documentados «no atenta contra el principio de progresividad del sistema tributario» en la medida en que se trata de «un impuesto, el de actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, cuya incidencia en el conjunto del sistema tributario es escasa si la comparamos con la de otros impuestos de mayor peso específico» (FJ 6). Y, en segundo término, ha concluido que *incluso en un tributo que sea pilar estructural dentro del conjunto del sistema tributario* —como el IRPF— puede haber aspectos del mismo: (a) que *se determinen de forma proporcional* (por ejemplo, que determinadas ganancias patrimoniales se sometan a un tipo de gravamen fijo proporcional) «siempre que con ello no se vea afectada ni la progresividad ni la justicia del conjunto del sistema» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 7); (b) *e incluso que puedan llegar a tener un determinado efecto regresivo* (apreciable, *v. gr.*, en una determinada regulación legal del mínimo personal y familiar): esta última circunstancia —ha puntualizado el máximo intérprete de la Constitución— «no convierte *per se* ni al tributo en regresivo ni a la medida adoptada en inconstitucional, siempre y cuando esa medida tenga una incidencia menor “en el conjunto del sistema tributario”» [STC 19/2012, FJ.4 b)].

Y el mismo alcance se ha atribuido al **principio de no confiscatoriedad**: como ha seña-

lado el Tribunal Constitucional, a lo que obliga la prohibición de confiscatoriedad en nuestro ámbito es «a no agotar la riqueza imponible [...] so pretexto del deber de contribuir», y este efecto solo se produciría «si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes —es decir, si mediante la aplicación del sistema tributario en su conjunto—, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, con lo que además se estaría desconociendo, por la vía fiscal indirecta, la garantía prevista en el art. 33.1 de la Constitución» (SSTC 150/1990, FJ 9; 14/1998, FJ 11; 233/1999, FJ 23; 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2; y AATC 71/2008, FJ 6; 120/2008, de 6 de mayo, FJ 1, y 342/2008, de 28 de octubre, FJ 1).

Pese a que la que acabamos de reproducir ha sido, sin duda, la doctrina sentada durante años por el máximo intérprete de la Constitución en alguna Sentencia reciente comienza a atisbarse «un cierto cambio de criterio». El Tribunal —en concreto, en la STC 26/2017, de 16 de febrero— sostiene que el efecto confiscatorio no debe producirse «en ningún caso» o, lo es igual, *en ningún tributo*: «aunque el art. 31.1 CE haya referido el límite de la confiscatoriedad al “sistema tributario”, no hay que descuidar —ha puntualizado expresamente— que también exige que dicho efecto no se produzca “en ningún caso”, lo que permite considerar que todo tributo que agotase la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (...) o que sometiese a gravamen una riqueza inexistente en contra del principio de capacidad económica, estaría incurriendo en un resultado obviamente confiscatorio que incidiría negativamente en aquella prohibición constitucional (art. 31.1 CE)» (FJ 2, *in fine*). Ahora bien, en la medida en que la afirmación transcrita se efectúa *obiter dicta* y no nos consta que se haya reiterado en pronunciamientos posteriores, consideramos que es prematuro aludir a la existencia de una mutación constitucional o, más específicamente, a una modificación del alcance del principio de confiscatoriedad operada en la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, queda claro que **los principios de progresividad y de no confiscatoriedad sí resultan predicables únicamente del sistema tributario en su conjunto**, de manera que no tienen por qué respetarlos todos y cada uno de los tributos que integran dicho sistema. Pero son los dos únicos principios del art. 31.1 CE que tienen este comportamiento. **El resto** —los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica— **han de ser observados necesariamente por todos y cada uno de los tributos** (tasas, contribuciones especiales e impuestos) que existen en nuestro ordenamiento.

En efecto, como es sabido, conforme viene señalando el Tribunal Constitucional, el **principio de generalidad** implica que el legislador no puede establecer excepciones o matizaciones al deber de contribuir sin que existan fines de interés general, reconocidos en la Constitución, que las justifiquen (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7; y, asimismo, se hace eco de esta doctrina la STC 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4). Y no pueden establecer privilegios tributarios sin justificación razonable en ninguno de los tributos que componen el sistema tributario, con independencia de cuál sea la posición —central o marginal— que el tributo ocupe en el conjunto del sistema: es decir, no cabe establecer privilegios injustificados ni en el IRPF —que constituye una pieza básica en nuestro sistema—, ni en el ITP y AJD, el IBI o el IVTM —que ocupan una posición marginal desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo— ni en la tasa de visita a museos —que apenas tiene trascendencia dentro del sistema tributario—. No caben excepciones al deber de contribuir, como hemos dicho, salvo que exista una justificación razonable: por ejemplo, para respetar el mínimo de subsistencia, el IRPF solo debe satisfacerse a partir de una cierta cantidad de renta obtenida a lo largo del período impositivo [STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 4.a)]; igualmente, por razones económicas puede establecerse desgravaciones fiscales a las empresas que operen en regiones especialmente deprimidas; cabría reducir en Canarias la tri-

butación en algunos impuestos para paliar las consecuencias negativas de la insularidad y de su carácter de región ultraperiférica, tal y como exige el art. 138 CE; y, en fin, no hay problemas en declarar exentos del IVTM los automóviles utilizados por los minusválidos. En definitiva, como decíamos, el principio de generalidad no se predica del sistema tributario en su conjunto, sino de cada uno de los tributos en particular, sea cual fuere la posición que ocupen cualitativa o cuantitativamente en el conjunto del sistema.

Lo mismo puede decirse del **principio de igualdad**: basta con echar un vistazo a la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional para comprobar que el art. 31.1 CE prohíbe la desigualdad de trato en supuestos iguales —esto es, en casos en los que existe igual capacidad económica— en todos y cada uno de los tributos de nuestro sistema tributario, con independencia de cuál sea la posición que ocupe en el mismo: de manera que se encontrarán Sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el principio de igualdad en el IRPF (STC 46/2000, de 14 de febrero o, más recientemente, STC 19/2012, de 15 de febrero), en el ISD (STC 60/2015, de 18 de marzo), en el IAE (STC 193/2004), en la tasa sobre el juego (ATC 1/2000, de 10 de enero) o, en fin, en el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego (STC 159/1997, de 2 de octubre).

«Ahora bien, conforme ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, que en la regulación de cada una de las figuras tributarias el legislador haya de tomar en consideración estos principios no permite declararlos vulnerados en aquellos supuestos en los que la aplicación de la norma “en situaciones puntuales” y “al margen de los objetivos perseguidos por la Ley” da lugar a un resultado contrario a los mismos, dado que “las leyes ‘en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto

no previsto para determinar su inconstitucionalidad”» (SSTC 47/2001, de 15 de febrero, FJ 7; 212/2001, de 29 de octubre, FJ 5; 21/2002, de 28 de enero, FJ 4; en la misma línea también, entre otras, SSTC 193/2004, FJ 3; 255/2004, FJ 4; 19/2012, FJ 5).

Y, finalmente, también el **principio de capacidad económica** debe ser respetado por cada uno de los tributos en particular. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que el principio de capacidad económica se predica respecto del sistema tributario en su conjunto: la Constitución —señalan, por ejemplo, las SSTC 182/1997, FJ 7, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 6— conecta en el art. 31.1 CE el deber de contribuir «con el criterio de la capacidad económica [...] y lo relaciona, a su vez, claramente, no con cualquier figura tributaria en particular, sino con el conjunto del sistema tributario». Ahora bien, pese a la afirmación que acabamos de transcribir resulta posible mantener que el principio de capacidad económica debe ser respetado por todos los tributos sin excepción, porque cuando el máximo intérprete de nuestra Constitución señala que dicho principio se predica del sistema tributario en su conjunto y no de cada tributo en particular no hay duda de que está refiriéndose siempre a una sola de sus manifestaciones: concretamente, al principio de capacidad económica como **criterio o medida de la imposición**. Pero el principio de capacidad económica tiene otra manifestación o proyección que sí resulta aplicable a cada una de las figuras tributarias en particular: la capacidad económica como **fundamento de la imposición**.

Como decimos, el principio de capacidad económica tiene dos manifestaciones o proyecciones: como criterio o medida de la imposición y como fundamento de la imposición (CASADO OLLERO) (asimismo, STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2). Como **criterio o medida de la imposición**, como ha señalado el Tribunal, obliga al legislador a modular la carga de cada contribuyente «en la medida —en

función— de la capacidad económica» (SSTC 182/1997, FJ 6, y 194/2000, de 19 de julio, FJ 8, y AATC 381/2005, 382/2005 y 383/2005, de 25 de octubre, FJ 5; 117/2006, de 28 de marzo, FJ 4; 118/2006, de 28 de marzo, FJ 4, y 71/2008, FJ 5; en el mismo sentido, AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 3, y 212/2003, de 30 de junio, FJ 3), de manera que lo que vulnera esta manifestación del principio de capacidad económica es «que quienes tienen menor capacidad económica soport[en] una mayor tributaria que los que tienen capacidad superior» (STC 46/2000, FJ 8).

Pues bien, es esta manifestación o concreción del principio de capacidad económica la que, de conformidad con el máximo intérprete de nuestra Constitución, **opera como criterio inspirador del sistema tributario**, de manera que no todas las prestaciones tributarias tienen que respetarla, sino **únicamente aquellas que por su entidad cualitativa o cuantitativa constituyen pilares estructurales de nuestro sistema tributario**: «aun cuando el principio de capacidad económica —afirma, en este sentido, el ATC 71/2008— implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, *la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad solo resulta predicable del “sistema tributario” en su conjunto*, de manera que puede afirmarse, trasladando *mutatis mutandis* nuestra doctrina acerca de cuándo un Decreto-Ley afecta al deber de contribuir, que solo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible *en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE*» (FJ 5; y, de fecha más reciente, STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2). Y esta circunstancia concurre únicamente en los impuestos, y no en todos ellos, sino en algunos tan importantes como el IRPF, impuesto que, como «por su carácter general y personal, y figura central de la imposición directa, consti-

tuye una de las piezas básicas de nuestro sistema tributario», «un tributo en el que el principio de capacidad económica y su correlato, el de igualdad y progresividad tributarias, encuentran una más cabal proyección, de manera que es, tal vez, el instrumento más idóneo para alcanzar los objetivos de redistribución de la renta (art. 131.1 CE) y de solidaridad (art. 138.1 CE) que la Constitución Española propugna [...] y que dotan de contenido al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)» [STC 182/1997, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 134/1996, FJ 6; 46/2000, FJ 6; 137/2003, FJ 7; 108/2004, de 30 de junio, FJ 8; 189/2005, de 7 de julio, FJ 8; 7/2010, de 27 de abril, FJ 6, y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3.d), y ATC 71/2008, FJ 5].

Los tributos como el IRPF, pues, deben respetar el principio de capacidad económica como criterio de imposición, esto es —permítasenos el uso de una expresión coloquial—, tienen que establecerse conforme al principio «quien más tiene, más paga; quien menos tiene, menos paga». Sin embargo, las tasas, por ejemplo, que no ocupan un lugar privilegiado en el conjunto del sistema tributario, no tienen por qué exigirse en función de la capacidad económica de cada individuo, sino que los poderes públicos, si lo desean —y así suele suceder— pueden reclamar por servicios públicos como el de autobuses, metro, tren, distribución de agua potable o, en fin, visita a los museos, exactamente la misma cuantía a todos los ciudadanos, con independencia de la riqueza de que sea titular cada uno de ellos.

En contra de la aplicación *sin matizaciones* de esta doctrina, que —insistimos— es la que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional, se pronunciaron tres de sus miembros, cuyo criterio —vaya dicho de antemano— compartimos sin reservas. En concreto, en un voto particular que ya hemos citado en estas páginas, al ATC 71/2008, los Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas y don Manuel Aragón Reyes —al que se adhiere el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo— consideran, en contra de lo manifestado por el Pleno del Tri-

bunal— que «no se encuentran en los pronunciamientos» del Tribunal «afirmaciones que permitan mantener —al menos, sin ninguna explicación o argumentación adicional [...]— que la exigencia de que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible solo resulte aplicable en los tributos que tienen, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, un mayor protagonismo en el conjunto de nuestro sistema tributario». Y es que, aunque no es posible concluir «que cualquier tributo cuya cuantía determine la ley sin tener en cuenta la magnitud de la riqueza expresada en cada hecho imponible vulnere el principio de capacidad económica», resulta «más acorde con la definición del principio de capacidad económica como “criterio ordenador” del sistema tributario [...] y con el papel central —aunque no único—» que se le viene «otorgando en la configuración de la justicia del sistema tributario [...], mantener que dicho principio de justicia material reclama que la ley establezca el gravamen en función de la riqueza *siempre que la naturaleza, estructura y hecho imponible del tributo —en definitiva, la manifestación de riqueza que se pretende gravar— lo permitan y no exista ninguna circunstancia que lo impida u obstaculice gravemente*» (la cursiva en la cita es nuestra).

Pues bien, hasta el año 2000 el Tribunal Constitucional solo se había pronunciado acerca de la capacidad económica *como criterio de imposición*, circunstancia que explica que en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, el Pleno del Tribunal señalara que «en los impuestos el sujeto pasivo se determina por la actividad de los contribuyentes y el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta y remota» (FJ 4). Pero a partir de la STC 276/2000, empezó a poner de manifiesto, cada vez de forma más clara, que junto a la capacidad económica como medida de la imposición, existe otra manifestación del principio de capacidad económica: la capacidad económica

como **fundamento de la imposición**, principio en virtud del cual el legislador no puede establecer tributos si no es tomando como presupuesto circunstancias que sean reveladoras de riqueza; dicho de otro modo, que a falta de riqueza real o potencial no se puede exigir un tributo.

Efectivamente, ya desde hace algún tiempo el Tribunal venía señalando que el hecho imponible «es el acto o presupuesto previsto por la Ley cuya realización, por exteriorizar una manifestación de capacidad económica, provoca el nacimiento de una obligación tributaria» (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 4); que la «prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica» (SSTC 194/2000, FJ 4, y 193/2004, FJ 5); o, en fin, que «el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza» real o potencial (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13; 186/1993, de 7 de junio, FJ 4; 233/1999, FJ 14, y 194/2000, FJ 8), de manera que dicho principio «quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia» (entre otras, SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4; 194/2000, FJ 9, y 193/2004, FJ 5). Afirmaciones todas estas que, desde luego, implican que no se puede exigir ningún tributo si no existe capacidad económica [y que el Tribunal ha vuelto a repetir insistentemente en los pronunciamientos dictados en los últimos años: SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 7; 53/2014, de 10 de abril, FJ 6.b); 26/2015, de 19 de febrero, FJ 4.a); 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2; 37/2017, de 1 de marzo, FJ 3; 59/2017, de 11 de mayo, FJ 3; y 72/2017, de 5 de junio, FJ 3; asimismo, en esta línea, AATC 109/2017, de 18 de julio, FJ 5.a); 110/2017, de 18 de julio, FJ 5.a); y 111/2017, de 18 de julio, FJ 5.a)].

A estos efectos, tenemos que advertir también aquí, tal y como hicimos en relación con los principios de generalidad e igualdad, que lo que reclama el art. 31.1 CE es que la capacidad económica «exista, como riqueza o renta real o potencial *en la generalidad de los su-*

puestos contemplados por el legislador» [SSTC 37/1987, FJ 13; 221/1992, FJ 4; 186/1993, FJ 4.a); 233/1999, FJ 14; 26/2017, de 16 de febrero, FJ 4; 37/2017, de 1 de marzo, FJ 4.a); 59/2017, de 11 de mayo, FJ 3; 72/2017, de 5 de junio, FJ 3; y ATC 71/2008, FJ 5]. De manera que si en la exacción del tributo llegaran a gravarse *eventualmente* circunstancias que no fueran reveladoras de riqueza, el principio de capacidad económica, al igual que sucede con los principios de generalidad e igualdad tributaria, quedaría a salvo.

Pero con la STC 276/2000, el Tribunal Constitucional dio un verdadero paso de gigante. En efecto, hasta entonces el Tribunal venía definiendo el tributo como una prestación patrimonial de carácter público que se satisface directa o indirectamente a un ente público con la finalidad de financiar los gastos públicos. Desde la STC 276/2000, sin embargo, ha incorporado a la noción constitucional de tributo el principio de capacidad económica al señalar que, desde la perspectiva constitucional, el tributo «grava un presupuesto de hecho o “hecho imponible” (art. 28 LGT) revelador de capacidad económica (art. 31.1 CE) fijado en la Ley» [SSTC 276/2000, FJ 4; 193/2004, FF. JJ. 4 y 5; y, más recientemente, 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3; 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d); 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.c); 139/2016, de 21 de julio, FJ 6.c); y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4].

Esta incorporación al mismo concepto constitucional de tributo del principio de capacidad económica tiene, al menos, dos implicaciones prácticas. La primera de ellas —presente en la jurisprudencia constitucional— es que, como decíamos al principio, **el principio de capacidad económica —al menos como fundamento de la imposición—** no resulta predicable del sistema tributario en su conjunto (de manera que solo los tributos que ocupen un lugar central en el mismo deben tener como presupuesto de hecho una manifestación de riqueza), sino que **resulta exigible de todos y cada uno de los tributos, con independencia de la posición que ocupen en el**

conjunto del sistema tributario (claramente, en este sentido, STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2). Y la segunda de las implicaciones que tiene incluir la capacidad económica como uno de los elementos del concepto constitucional de tributo —implicación esta segunda no reconocida hasta la fecha por el máximo intérprete de la Constitución pero de la que estamos firmemente convencidos— es que **cualquier prestación de carácter público a la que el legislador denomine tributo que no se exija por una circunstancia reveladora de riqueza, no es que sea un tributo inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica, es que, simplemente, no es un tributo**. Así, *v. gr.*, si al legislador se le ocurriese la peregrina idea de establecer un tributo por fumar —no decimos comprar tabaco— en lugares públicos, es evidente que no estaríamos ante un tributo inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición; sencillamente la exacción aprobada no sería un tributo. Dicho de otro modo: **los tributos no podrán vulnerar nunca el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición**.

En relación con esta última aseveración conviene introducir, no obstante, una aclaración: que las prestaciones que constitucionalmente sean tributos no puedan violar la capacidad económica como fundamento de la imposición no significa que esta manifestación del principio no pueda resultar vulnerada. Concretamente, se puede contravenir el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición cuando, siendo el hecho imponible del tributo una circunstancia reveladora de riqueza, en la aplicación concreta de su regulación legal se puedan terminar gravando —y no como efecto excepcional o patológico— capacidades económicas inexistentes o ficticias.

A este respecto, pues, hay que diferenciar entre dos supuestos: (a) aquellos en los que la circunstancia que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria no es expresiva de capa-

cidad económica real o potencial en la generalidad de los casos; y (b) aquellos otros en los que, constituyendo el hecho imponible una circunstancia reveladora de riqueza, debido a una deficiente técnica legislativa en la aplicación del tributo se gravan circunstancias inexpresivas de capacidad económica. En el primer caso, la consecuencia que indefectiblemente se deriva es que la prestación en cuestión no es un tributo desde la perspectiva constitucional. En el segundo supuesto, en cambio, debe concluirse que la configuración normativa del tributo es inconstitucional por contravenir el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición. En otras palabras, y resumiendo, **los tributos no pueden vulnerar el principio de capacidad económica como fundamento de la imposición, pero su configuración legal sí**.

Constituye buena prueba de esta última circunstancia la jurisprudencia dictada recientemente por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). Aunque el hecho imponible del impuesto era, en abstracto, una circunstancia reveladora de riqueza *potencial*, la fórmula objetiva que, de acuerdo con su ley reguladora, conllevaba la cuantificación de la base imponible (el «incremento de valor» sometido a gravamen se determinaba mediante la aplicación de un coeficiente al valor catastral del terreno al momento del devengo) hacía que con frecuencia —sobre todo, en periodos de crisis económica— se terminaran gravando «en el marco de la generalidad de la norma» decrementos en el valor de los terrenos de naturaleza urbana (sin que además el contribuyente tuviera posibilidad alguna de articular prueba en contrario) y, por ende, situaciones inexpresivas de capacidad económica. Esta circunstancia llevó al Pleno del Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales (aunque únicamente en la medida que sometían a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor), por contrarios al principio de capacidad económi-

ca (como fundamento de la imposición), primero, ciertos preceptos de la regulación legal del impuesto en los territorios históricos de Guipúzcoa (STC 26/2017, de 16 de febrero) y Álava (STC 37/2017, de 1 de marzo); con posterioridad, varios artículos del TRLRHL (STC 59/2017, de 11 de mayo); y, finalmente, diversas disposiciones que regulaban el impuesto en Navarra (STC 72/2017, de 5 de junio).

Efectuada esta aclaración queremos añadir, finalmente, una reflexión: si como hemos apuntado —y ha repetido incesantemente el Tribunal Constitucional en sus últimos pronunciamientos—, el principio de capacidad económica —en su faceta o dimensión de fundamento de la imposición— resulta aplicable a todas las figuras tributarias sin excepción, es evidente que, frente a lo que ha sostenido parte de la doctrina, **las tasas**, pese a que se rigen por un esquema sinalagmático (*do ut des, quid pro quo*, contraprestación), también tienen que respetar el principio de capacidad económica. Por si la cuestión no estuviera lo suficientemente clara lo remarcó la STC 193/2004, al señalar: «el tributo —*cualquier tributo*— grava un presupuesto de hecho o “hecho imponible” [...] revelador de capacidad económica» y «el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE impide que el legislador establezca tributos —sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal [...]— cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica» (FJ 5). Y lo volvió a repetir el Pleno del Tribunal en el posterior ATC 407/2007, de 6 de noviembre, en el que puso de relieve que el principio de capacidad económica recogido en el art. 31.1 CE resulta «aplicable a todas las figuras tributarias, incluidas las tasas» (FJ 4) y, a renglón seguido —en el FJ 4—, reiteró la doctrina sentada en la STC 193/2004, que acabamos de transcribir (doctrina que se reproduce también en el

ATC 71/2008, FJ 5 y se ha vuelto a reiterar, entre otras, en la STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2).

Como hemos insinuado en el epígrafe anterior, la doctrina constitucional transcrita no contradice la que el propio Tribunal Constitucional sentara en su día en la STC 296/1994, al afirmar que la capacidad económica «no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta y remota» (FJ 4). Lo que, con toda seguridad, se quería poner de relieve con esta afirmación, es que el principio de capacidad económica se aplica con distinta forma e intensidad a las diversas categorías tributarias. Mientras que en relación con los impuestos, la capacidad económica se predica con una intensidad máxima y en sus dos manifestaciones —como fundamento y como medida de la imposición—, en las tasas resulta aplicable exclusivamente como fundamento de la imposición.

La circunstancia que acabamos de apuntar lleva derechamente a la conclusión de que muchas de las tasas que en la actualidad existen en nuestro ordenamiento jurídico son inconstitucionales porque no se exigen por un presupuesto de hecho revelador de riqueza. Es el caso, por poner algunos de los ejemplos más sobresalientes, de las tasas que se exigen por derechos de examen, por obtener el certificado de antecedentes penales, o por la expedición del DNI, el pasaporte o el carné de conducir. Es evidente que en todos estos supuestos se reclama una tasa por circunstancias que no revelan en absoluto capacidad económica alguna.

A este respecto, nos interesa además abundar en una cuestión que acabamos de poner de relieve. En todos estos casos que hemos mencionado, **las denominadas por el legislador como «tasas» no son tributos inconstitucionales**. Y no son tributos inconstitucionales por la sencilla razón de que al no constituir su presupuesto de hecho una manifestación de riqueza **no pueden ser calificadas constitucionalmente como tributos**. Ahora bien,

pese a que no son tributos desde la perspectiva constitucional, en la medida en que se exigen por servicios de solicitud obligatoria y monopolizados por el Estado, esto es, con independencia de la voluntad de los llamados a satisfacer la tasa, serían indudablemente **prestaciones patrimoniales de carácter público**. Pero, además, serían prestaciones de carácter público que tienen como **finalidad financiar el sostenimiento de los gastos públicos**. Y, como hemos señalado antes, las prestaciones patrimoniales de carácter público que tienen finalidad contributiva, aunque no sean tributos, tienen también que respetar el principio de capacidad económica establecido en el art. 31.1 CE. Pues bien, como las tasas que hemos apuntado no respetan el principio de capacidad económica, no estaríamos ante tributos inconstitucionales —dado que no son tributos—, sino —aunque parezca un contrasentido— ante **prestaciones de carácter público inconstitucionales, en tanto que no respetan el principio de capacidad económica**.

C) *Especial referencia al contenido del principio de igualdad tributaria establecido en el art. 31.1 CE*

Para terminar, el último de los principios recogidos en el art. 31.1 CE sobre el que nos interesa explicar su contenido es el de igualdad tributaria. Y lo que queremos subrayar en relación con este principio es que **ni la Constitución protege frente a todas las desigualdades, ni la igualdad a la que alude el art. 31.1 CE coincide con el derecho fundamental a la igualdad garantizado en el art. 14 CE**. Nos explicamos brevemente.

Por un lado, conviene dejar claro que la Constitución no protege frente a cualquier trato discriminatorio. En particular, frente a lo que se alega con frecuencia en los recursos de amparo interpuestos en el ámbito tributario, **no forma parte del contenido constitucional del derecho a la igualdad ni la «igualdad en la ilegalidad» ni la llamada**

«discriminación por indiferenciación». En efecto, como viene señalando reiteradamente el Tribunal Constitucional, los ciudadanos no pueden reclamar la «igualdad en la ilegalidad» o igualdad «frente la ley», de manera que aquel a quien se aplica la Ley no puede considerar vulnerado el principio de igualdad «por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido», ni puede pretender «su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes» (STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 6, y, en la misma línea, ATC 269/2003, de 15 de julio, FJ 6).

Por otro lado, se suele mantener que la igualdad obliga a los poderes públicos a tratar de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales. Sin embargo, esta afirmación no puede considerarse como una exigencia que derive de nuestra Constitución. Y es que, conforme ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, tampoco forma parte del contenido constitucional del derecho a la igualdad la llamada «discriminación por indiferenciación» o, dicho de otra manera, del mandato de igualdad que establece nuestra Constitución —por lo que aquí interesa, en sus arts. 14 y 31.1— no se deriva un derecho a la desigualdad de trato, a ser tratado de manera diferente, de modo que no cabe alegar que se ha vulnerado el citado mandato porque la Ley no distingue entre situaciones desiguales o, lo que es igual, porque trata de manera igual situaciones desiguales [en este sentido, SSTC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4; 117/2006, FJ 2.c); 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 231/2005, de 26 de septiembre, FJ 5, y 104/2005, de 9 de mayo, FJ 3; y, entre las últimas, STC 19/2012, de 15 de febrero, FF. JJ. 4.b) y 7, *in fine*].

Aunque esta doctrina se ha explicitado siempre por el Tribunal Constitucional en relación con la igualdad del art. 14 CE, también se ha traído a colación en supuestos en los que, pese a que los recurrentes alegaban la vulneración del art. 14 CE, por razones que después explicaremos, la discriminación que se denunciaba debía reconducirse al art. 31.1 CE en la medida en que la desigualdad de trato

no tenía su origen en razones subjetivas. Por ejemplo, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, no se vulnera la igualdad por el hecho de que la Ley establezca para todas las máquinas recreativas tipos B y C una tasa de la misma cuantía, aunque resulte evidente que las máquinas vulgarmente conocidas como «tragaperras» producen un rendimiento muy diferente en función de la Comunidad Autónoma, Municipio o local donde se instalen (bar, local de juego o casino) (SSTC 36/1999, de 22 de marzo; 55/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 137/1998, de 29 de junio, y ATC 71/2008, FJ 4). Y tampoco resulta discriminatoria la circunstancia de que la Ley (actualmente, el art. 27 LGT) establezca un mismo recargo por ingreso extemporáneo sin requerimiento previo para retrasos muy diferentes (STC 164/1995, FJ 7).

Pues bien, si, como acabamos de señalar, tampoco el art. 31.1 CE tutela frente a la denominada discriminación por indiferenciación, es evidente que aquellos supuestos en los que el legislador gravara de forma igual diferentes manifestaciones de riqueza el principio que, en su caso, podría resultar afectado es el de capacidad económica, que, como a continuación explicaremos, está en la base de la formulación del principio de igualdad tributaria.

Pero, sobre todo, y como hemos anticipado, conviene incidir en que **el principio de igualdad que garantiza el art. 31.1 CE no puede identificarse con el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el art. 14 CE**. Vaya por delante que en ambos preceptos se prohíbe esencialmente lo mismo, a saber: que la ley no establezca una desigualdad de trato entre supuestos que puedan considerarse iguales, salvo que dicho trato diferencial tenga una justificación objetiva y razonable y no resulte desproporcionada en relación con dicha justificación [entre otras muchas, SSTC 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 6; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; y, más recientemente, SSTC 19/2012, de

15 de febrero, FJ 5; 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4; y 77/2015, de 27 de abril, FJ 3.a)]. Sin embargo, como viene manteniendo el Tribunal Constitucional, **ambos preceptos tienen un alcance sensiblemente distinto**.

De un lado, como se infiere de su propia literalidad, el art. 14 CE protege únicamente frente a las discriminaciones que se produzcan «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» o, dicho de otro modo —es esta la expresión que viene empleando el Tribunal Constitucional—, por **razones subjetivas**. De otro lado, como es notorio, el **art. 31.1 CE atiende específicamente a las discriminaciones que se producen en el ámbito de los tributos**. En particular, se aplica únicamente en los supuestos en los que, ante iguales manifestaciones de riqueza o capacidad económica, la norma establece un diferente gravamen, una diversa contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Es por esto, precisamente, que el Tribunal Constitucional viene señalando que la igualdad ante la ley tributaria del art. 31.1 CE resulta inescindible o indisociable de los principios que el mismo precepto establece, entre los que se encuentra el de capacidad económica [SSTC 46/2000, FJ 4; 96/2002, FJ 7; 193/2004, FJ 3; 225/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; 10/2005, de 20 de enero, FJ 5; 57/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 33/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 7; 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5; o, en fin, más recientemente, 77/2015, de 27 de abril, FJ 3.a)] porque lo que viene a prohibir el art. 31.1 CE es que supuestos en los que se manifiesta la misma capacidad económica se graven de manera diferente sin que exista una justificación objetiva y razonable.

Efectuada esta aclaración hay que advertir que en la medida en que el máximo intérprete de nuestra Constitución ha circunscrito la aplicación de los principios materiales de justicia establecidos en el art. 31.1 CE a las prestaciones de naturaleza tributaria (interpretación esta —ya lo hemos comentado— que no comparti-

mos), ha excluido que el principio de igualdad del art. 31.1 CE resulte aplicable a las prestaciones del art. 31.3 CE que no encajen en el concepto constitucional de tributo. A estas últimas prestaciones impuestas se les aplicará, exclusivamente, la igualdad reconocida en el art. 14 CE (siempre y cuando —de inmediato lo veremos— la discriminación denunciada tenga su origen en razones de índole subjetiva). Esta es la doctrina que se sienta inequívocamente en la STC 167/2016, de 6 de octubre (FF. JJ. 4, *in fine*, y 5) y que se aplica en las posteriores SSTC 174/2016, de 17 de octubre, FJ 3; 187/2016, de 14 de noviembre, FJ 3; 188/2016, de 14 de noviembre, FJ 3; 196/2016, de 28 de noviembre, FJ 4; 197/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; y 198/2016, de 28 de noviembre, FJ 4.

Ahora bien, refiriéndose el art. 31.1 CE exclusivamente a las desigualdades que se producen en la esfera del deber de contribuir, es evidente que el trato discriminatorio en dicho ámbito puede producirse por **razones objetivas** o por **razones subjetivas**. Pues bien, cuando, en situaciones en las que los contribuyentes manifiestan idéntica capacidad económica, la ley establece un diferente gravamen por razones subjetivas, no cabe duda de que, junto al art. 31.1 CE, resultará igualmente implicado el art. 14 CE (*v. gr.*, entre las primeras, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, 209/1988, de 10 de noviembre, 134/1996; y, entre las últimas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5; 60/2015, de 18 de marzo; y 77/2015, de 27 de abril). En cambio, cuando el fundamento del trato desigual en materia tributaria reside en razones puramente objetivas (*v. gr.*, SSTC 159/1997; 183/1997, de 28 de octubre; 55/1998; 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998; 36/1999, 84/1999, de 10 de mayo, y 3/2016, de 18 de enero; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 7; y ATC 1/2000), hay que descartar *a radice* la aplicación del art. 14 CE, lo que, en la práctica, implica que en estos casos no cabe acudir a la privilegiada vía del amparo.

En este sentido, creemos que sería conveniente modificar los términos en los que se viene pronunciando el máximo intérprete de

nuestra Constitución a la hora de diferenciar entre la igualdad del art. 14 y la del art. 31.1 CE, porque, un análisis exhaustivo de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto que, invariablemente, se ha venido afirmando que mientras que el art. 14 CE se refiere a las desigualdades por razones subjetivas, el art. 31.1 CE tutela únicamente frente a las desigualdades por razones objetivas. Así, se ha señalado que la posible inconstitucionalidad que la recurrente imputa al precepto impugnado, «por su eventual contradicción con el principio de igualdad, no residiría realmente en una discriminación contraria al art. 14 CE por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada en el art. 31.1 CE» (SSTC 111/2001, de 7 de mayo, FJ 7; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 84/1999, FJ 4; 36/1999, FJ 3; 71/1998, FJ 4; 183/1997, FJ 3, y 159/1997, FJ 4, *in fine*; y, de fecha más reciente, STC 3/2016, de 18 de enero, FJ 3). Y también subrayó, en la misma línea, la citada STC 159/1997, «la necesidad de distinguir las diferencias entre personas o grupos de personas por razones subjetivas, a las que se refiere el art. 14 y, de otro lado, las que contempla en el [*sic*] art. 31.1 CE en relación con el principio de igualdad, basadas en razones objetivas atinentes a la renta o los ingresos de los sujetos» (FJ 3). Posteriormente, se ha insistido en esta doctrina en el ATC 269/2003, al afirmar que «solo cuando la eventual contradicción con el principio de igualdad reside realmente en una discriminación de índole subjetiva por estar basada en la condición o cualidad de los sujetos será rescindible en el art. 14 CE y no así cuando la desigualdad se funde en elementos objetivos, esto es, desde el punto de vista del deber de contribuir, que es la contemplada en el art. 31.1 CE» (FJ 3). Y, en fin, en la STC 255/2004 se volvió, una vez más, a señalar que la desigualdad del art. 31.1 CE siempre se produce por motivos objetivos al afirmar: «[s]e trata, pues, de una diferencia objetiva, esto es, desde el punto de vista del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el art. 31.1 CE» (FJ 4).

Sin embargo, a nuestro juicio, dicha afirmación es manifiestamente incorrecta; de hecho, si fuera correcta, no podría llegarse nunca a la conclusión de que el trato discriminatorio ha vulnerado al mismo tiempo los arts. 14 y 31.1 CE (dado que una discriminación no puede producirse al mismo tiempo por razones objetivas y subjetivas), y esta es una conclusión que el Alto Tribunal ha alcanzado en varias ocasiones (entre otras, SSTC 134/1996; y 60/2015). En realidad —y esta es la idea que, en última instancia, nos interesa dejar muy clara—, lo que se pretende afirmar es que, resultando aplicable el art. 31.1 CE cuando, en situaciones en las que se manifiesta la misma capacidad económica, se establece una diferencia de gravamen, dicha diferencia se puede producir por razones objetivas o subjetivas. En el primer caso, solo resultará aplicable el art. 31.1 CE; en el segundo, serán aplicables conjuntamente los arts. 14 y 31.1 CE, quedando expedita en este último supuesto —y solo en este último supuesto— la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta última, que consideramos la doctrina correcta, es la que se pretende poner de manifiesto en la STC 57/2005, que señala: «dado que la presunta vulneración del principio de igualdad se fundamenta en el diferente tratamiento que, desde la perspectiva del deber de contribuir, atribuye el legislador a idénticas manifestaciones de riqueza, es evidente que el presente recurso de amparo debe situarse, en primer lugar, en el ámbito del art. 31.1 CE [...]; artículo cuya vulneración no es susceptible de amparo ante este Tribunal [...]. No obstante lo anterior, es igualmente evidente que las razones por las que, según la demanda de amparo, el art. 71.2 de la Ley 18/1991 establece la discriminación denunciada, no son de naturaleza objetiva sino de carácter subjetivo, pues lo determinante para el diferente trato desde el punto de vista del deber de contribuir (la procedencia o no de la deducción en la base imponible) es, en última instancia, la cualidad del pagador de las pensiones basada en su condición de progenitor (relación paterno-filial), cónyuge (relación matrimonial) o de mero pariente (relación de parentesco) con el

beneficiario de las mismas. En este sentido [...] el proceso constitucional que enjuiciamos debe asimismo situarse en la esfera del art. 14 CE; que sí puede ser objeto de amparo» (en el mismo sentido, SSTC 33/2006, de 13 de febrero FJ 3; 295/2006, FJ 5, y 91/2007, de 7 de mayo FJ 3).

II. LA INEXISTENCIA DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA MATERIAL DEL GASTO PÚBLICO

Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional **no se ha pronunciado expresamente sobre el contenido de los principios reconocidos en el art. 31.2 CE** (a diferencia de lo acontecido con los principios del art. 31.1 CE, no ha definido aún los denominados principios materiales del gasto público ni ha señalado su ámbito concreto de actuación). De hecho, son contadas las ocasiones en las que ha aludido al principio de equidad en la asignación de los recursos públicos y a los criterios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público. Y en las escasas ocasiones en las que lo ha hecho, **no puede afirmarse, en modo alguno, que se siente una auténtica doctrina sobre el contenido de estos principios.**

En concreto, de algunos pronunciamientos constitucionales en los que el Tribunal alude al art. 31.2 CE se infiere que **las duplicidades innecesarias en la actuación de órganos resultan difícilmente compatibles con los criterios de eficiencia y economía enunciados en el art. 31.2 CE.** En este sentido, puso de relieve en la STC 187/1988, de 17 de octubre, que «[l]a actividad de control realizada por las Comunidades Autónomas no excluye [...] la que pueda ejercer el Estado, a través del Tribunal de Cuentas, en el ámbito de su propias competencias sobre la materia. Ambos controles sobre la actividad financiera de las Corporaciones locales no tienen por qué excluirse mutuamente, sino que pueden

coexistir y superponerse. Dichos controles se concretan en la elaboración de informes o memorias, y su conocimiento puede interesar, para el ejercicio de sus respectivas competencias, aparte de a las propias Corporaciones locales fiscalizadas, tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas y sus respectivas Cámaras legislativas. Todo ello sin perjuicio de la relación de supremacía establecida constitucionalmente entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores, y del empleo, en su caso, de las *técnicas tendientes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el art. 31.2 de la Constitución*» (FJ 12; en parecidos términos, posteriormente, SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 3). Y, en la misma línea —si bien en relación con la actuación del Consejo de Estado y la intervención concurrente de los Consejos consultivos autonómicos—, señaló el Tribunal, en la ulterior STC 204/1992, de 26 de noviembre, que «sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 CE)» (FJ 5).

Al margen de estos pronunciamientos, pero incidiendo en la idea de que el establecimiento de administraciones paralelas o la existencia de duplicidades en la prestación de servicios resultan contrarias al art. 31.2 CE, el Pleno del Tribunal, en la STC 13/1992, de 6 de febrero, se refiere al principio de asignación equitativa de los recursos públicos como argumento *a fortiori* o, a mayor abundamiento, para darle consistencia a la doctrina que sienta en el FJ 7 de la sentencia. En particular, en la STC 13/1992, el Pleno del Tribunal Constitucional consideró que «[e]n un sistema res-

petuoso con el orden constitucional de distribución de competencias y con la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que la Constitución reconoce y garantiza, las transferencias financieras para subvenciones destinadas a acciones de fomento que el Estado disponga con cargo a sus propios recursos en materias cuya competencia haya sido asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas y en las que el Estado no invoque título competencial alguno, deben atribuirse directa e incondicionalmente a las Comunidades Autónomas nutriendo, como un recurso financiero más, la Hacienda autonómica [...] De esta manera —subraya el Pleno— se favorece la capacidad de gasto de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de las políticas públicas dentro de su ámbito competencial y se respeta, al propio tiempo, su plena autonomía en la definición concreta de tales políticas en perfecta congruencia con el modelo de Estado de las Autonomías» (FJ 7). Pues bien, esto sentado, consideró que esta conclusión se refuerza «desde la perspectiva de la asignación racional de los recursos escasos, *por las exigencias que resultan del mandato constitucional sobre los criterios de “eficiencia y economía” a que debe responder la programación y ejecución del gasto público en orden a la realización del principio de una asignación equitativa de los recursos públicos enunciado en el art. 31.2 de la Constitución* y de acuerdo además con los principios propios del Estado autonómico y, entre ellos, los de descentralización y eficacia administrativa (art. 103.1 CE), que obligan a evitar, en lo posible, administraciones paralelas o duplicidades innecesarias de servicios y disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios que la Constitución propugna [...]» (FJ 7).

Más recientemente, la cita de los principios constitucionalizados en el art. 31.2 CE se ha efectuado mayoritariamente **para delimitar el título competencial de «Hacienda general» establecido en el art. 149.1.14 CE** (en este sentido, SSTC 130/2013, de 4 de junio; 135/2013, de 6 de junio; 41/2016, de 3 de

marzo; 111/2016, de 9 de junio; y 45/2017, de 27 de abril). En la última jurisprudencia constitucional, en efecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha destacado que «la estabilidad presupuestaria, al igual que la eficiencia y la eficacia, es un principio que vincula a todos los “niveles de gobierno”, que “deben adoptar medidas de ese tipo en el marco de sus competencias respectivas”. El Estado, en particular, “tiene la responsabilidad de promover la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), la eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) del conjunto de las Administraciones públicas mediante el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 149 CE”» [SSTC 111/2016, de 9 de junio, FJ 4, haciéndose eco de la doctrina sentada en la STC 41/2016, FF. JJ. 3.a) y 15]. En este contexto «el art. 149.1.14 CE da cobertura a regulaciones sobre “la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio); y control (art. 136 CE)”» (entre las más recientes, en esta línea, STC 45/2017, de 27 de abril, FJ 3).

III. LA RESERVA DE LEY ESTABLECIDA EN EL ART. 31.3 CE: NATURALEZA Y ALCANCE

En el art. 31.3 CE se establece, por último, el principio de legalidad o reserva de ley en relación con las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, principio que, en relación con una modalidad concreta de estas prestaciones —en particular, en relación con las prestaciones tributarias— se contiene asimismo en el art. 133.1 CE. Pues bien, en relación con esta previsión constitu-

cional, los pronunciamientos dictados por el máximo intérprete de la Constitución han tenido por objeto, de una parte, la determinación del concepto de prestación personal o patrimonial de carácter público, y, de otra parte, la concreción del alcance y naturaleza de la reserva de ley contenida en el art. 31.3 CE. Y, como señalábamos al inicio de este comentario, la doctrina constitucional sentada sobre estos extremos ha sido homogénea y constante y, al día de hoy, puede considerarse plenamente consolidada.

Ya nos hemos referido en otro lugar de estas páginas al concepto de prestación personal o patrimonial de carácter público. De manera que damos aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas sobre este concepto y nos limitamos a extractar ahora, en apretada síntesis, la jurisprudencia dictada en relación con la reserva de ley. En relación con este principio, ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional lo que sigue:

a) En primer lugar, que **alcanza a todas aquellas prestaciones que constituyan, desde la perspectiva constitucional, prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, cualquiera que sea la denominación que le haya conferido el poder público a la prestación** con la finalidad, de ordinario, de soslayar la aplicación del principio de legalidad (frecuentemente, cuando se ha tratado de sortear la aplicación de este principio, se ha calificado a la prestación como «canon» o «tarifa»): «dado que la reserva de ley de los arts. 133.1 y 31.3 CE —ha venido afirmando a este respecto el máximo intérprete de la Constitución— se establece únicamente para los tributos y las “prestaciones patrimoniales de carácter público”, es preciso determinar, con independencia del *nomen iuris* empleado por el legislador, cuál es la verdadera naturaleza de las tarifas [...] para comprobar si le es aplicable la citada reserva» [entre las últimas, en este sentido, SSTC 121/2005, de 10 de mayo, FJ 6; 73/2011, de 19 de mayo, FJ 4; y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.d)].

b) En segundo lugar, que aunque, ciertamente, el principio de legalidad alcanza a todas las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público no se predica con la misma intensidad respecto de todas ellas. En particular, la reserva de ley **opera «en un grado máximo» en el caso de los impuestos** (por todas, STC 73/2011, de 19 de mayo, FJ 5) y es **especialmente flexible cuando se trata de las tasas** [SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4; 185/1995, FJ 3; 233/1999, FJ 9; 63/2003, FJ 4; 150/2003, de 15 de julio, FJ 3; 102/2005, de 20 de abril, FJ 3, 121/2005, FJ 5; y 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3; asimismo, ATC 296/2013, de 17 de diciembre, FJ 3.a)]. Y ello por cuanto que «si la finalidad última de la referida reserva de ley es [...] garantizar la “autoimposición de la comunidad sobre sí misma” y, en última instancia, “proteger la libertad patrimonial y personal del ciudadano”, es evidente que cuanto menor sea la intensidad de la afectación sobre dicho patrimonio o mayor sea la capacidad de libre decisión que se otorgue al particular, menos precisa será la intervención de los representantes de los ciudadanos, esto es, más participación en la determinación de la prestación de carácter público cabe relegar a normas secundarias. Desde estas premisas, resulta admisible una mayor intervención de la potestad de ordenanza en aquellos ingresos, como las tasas que aquí se recurren, en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas» (STC 233/1999, FJ 9, y, en la misma línea, STC 63/2003, FJ 4). Además de en relación con las tasas, se ha afirmado también «que resulta admisible una mayor intervención del reglamento en aquellos ingresos “en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas”» (SSTC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; 63/2003, FJ 4, y 102/2005, FJ 3).

c) En tercer lugar, que la reserva de ley a que se refieren el art. 31.3 CE para las prestaciones patrimoniales de carácter público y el art. 133.1 CE para el ámbito de los tributos

alcanza al establecimiento de la prestación, debiendo entenderse por establecimiento de la prestación, no solo su creación, sino también la determinación de sus elementos esenciales. La reserva de ley en el ámbito tributario —ha señalado a este respecto el Tribunal Constitucional— comprende «la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo» [SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4; 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 19/1987, FJ 4; 221/1992, FJ 7; 185/1995, FJ 5; 14/1998, FJ 11. A); 233/1999, FJ 9; 63/2003, FJ 4; 150/2003, FJ 3; 102/2005, FJ 3, 121/2005, FJ 5; y 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3; y ATC 296/2013, de 17 de diciembre, FJ 3.a)]. Y se consideran elementos esenciales o configuradores del tributo todos aquellos elementos determinantes de la **identidad (o identificación)** de la prestación, así como los relativos a su **entidad (o cuantificación)**.

d) En cuarto lugar, que aunque el principio de legalidad tributaria alcanza a todos los elementos esenciales del tributo, no se predica con la misma intensidad de todos ellos. En palabras del Tribunal Constitucional, «la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo». En efecto, «el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el **hecho imponible**». Sin embargo, «la concreción requerida a la ley es menor cuando se trata de regular otros elementos, como el **tipo de gravamen y la base imponible**» [SSTC 221/1992, FJ 7; 233/1999, FJ 9; 63/2003, FJ 4; 150/2003, FJ 3; 102/2005, FJ 3; 121/2005, FJ 5; 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3; y 85/2013, de 11 de abril, FJ 6.b); asimismo, ATC 296/2013, de 17 de diciembre, FJ 3.a)]. En relación con este último elemento de cuantificación de la prestación, ha puntualizado el Tribunal que, en ocasiones, la determinación de la base requiere de complejas operaciones técnicas que justifican que el legislador remita a disposiciones reglamentarias la determinación de algunos de sus elementos configuradores (STC 221/1992, FJ 7).

En fecha más reciente, esa menor intensidad con la que opera la reserva de ley tributaria en relación con determinados elementos esenciales del tributo se ha extendido también a las **bonificaciones** que se aplican sobre la cuota líquida del tributo [STC 85/2013, de 11 de abril, FJ 6.b)]. Y dicha extensión se ha efectuado en la STC 85/2013 sobre la base de dos argumentos: (1) en primer lugar, teniendo en cuenta que el precepto legal cuya inconstitucionalidad se denunciaba «no se limita[ba] a remitir al reglamento la regulación de las bonificaciones aplicables al canon del agua sino que condiciona[ba] el ejercicio de la potestad reglamentaria al identificar los requisitos que deban cumplirse para que quepa la previsión normativa de bonificaciones y el reconocimiento singularizado del derecho a obtenerlas» [FJ 6.b)]; y (2) en segundo término, tomando en consideración que la remisión al reglamento se hacía necesaria en el caso concreto examinado habida cuenta del «carácter marcadamente técnico de la regulación de que se trata[ba]» [FJ 6.b)].

e) En quinto lugar, que **no se trata de una reserva de ley absoluta**. Efectuando una interpretación gramatical del art. 31.3 CE, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que «cuando el art. 31.3 de la Constitución proclama, en lo que aquí interesa, que solo podrán establecerse prestaciones patrimoniales de carácter público *con arreglo a la Ley*, está dando entrada la Norma fundamental no a una legalidad tributaria de carácter absoluto —pues no se impone allí que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de Ley—, sino, con mayor flexibilidad, a la exigencia de que ordene la Ley los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y, concretamente, la creación *ex novo* del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo» (STC 19/1987, FJ 4; en la misma línea, ya antes, SSTC 6/1983, FJ 4, y 179/1985, FJ 3; posteriormente, STC 221/1992, FJ 7).

La reserva de ley que instaura el art. 31.3 CE en relación con el establecimiento de la pres-

tación **es una reserva de ley relativa** que admite la posibilidad de colaboración reglamentaria. La reserva de ley vigente en materia tributaria —ha señalado el máximo intérprete de nuestra Constitución— es «una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que “sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley” y siempre que la colaboración se produzca “en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad”» (entre otras, SSTC 185/1995, FJ 5; 233/1999, FJ 9; 63/2003, FJ 4; 150/2003, FJ 3; 102/2005, FJ 3, y 121/2005, FJ 5). En consonancia con esta última doctrina, ha declarado asimismo el Tribunal que la ley debe contener, pues, con suficiente determinación, los límites y criterios dentro de los cuales puede actuar la fuente secundaria (reglamentos u ordenanzas fiscales). De manera que, *ex art.* 31.3 CE, resultan inadmisibles las denominadas habilitaciones legales «en blanco» (SSTC 37/1981, FJ 4, y 179/1985, FJ 3).

f) En sexto lugar, que el alcance de la **colaboración reglamentaria será mayor en relación con aquellas prestaciones y en relación con aquellos elementos de la prestación respecto de los que el principio de legalidad se predique con una mayor flexibilidad**: según hemos dicho, las prestaciones tributarias que puedan calificarse como **tasas** y determinados elementos de cuantificación de la prestación, a saber, **el tipo de gravamen y la base imponible** (entre las principales en este sentido, SSTC 185/1995, FJ 5; 233/1999, FJ 9; 63/2003, FJ 4; 150/2003, FJ 3; 102/2005, FJ 3; 121/2005, FJ 5; y 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3).

Normalmente, lo que en la ley se remite a la regulación de la fuente secundaria —reglamento u ordenanza fiscal— es el establecimiento o modificación de la cuantía del tributo. A este respecto, empero, ha puntualizado el Tribunal Constitucional en relación con el tipo de grava-

men que la ley ha de establecer, al menos, los límites máximo y mínimo entre los que este debe quedar comprendido (STC 179/1985, FJ 3, y 233/1999, FJ 19). Y, en todo caso, de acuerdo con el Tribunal, lo que resulta absolutamente necesario para respetar el art. 31.3 CE es la determinación en la ley del límite máximo de la cuantía de la prestación o de los criterios para fijarlo (entre las más recientes, SSTC 63/2003, FJ 7; 102/2005, FJ 7, *in fine*, y 121/2005, FJ 9).

g) En séptimo lugar, en aras de la salvaguarda del principio de autonomía local, y habida cuenta del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal (y las consecuencias que de dicho carácter se derivan para la realización del principio democrático) [SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.c); y 111/2016, de 9 de junio, FJ 8], **el margen de regulación que la ley puede conferir a las Ordenanzas fiscales es superior al que puede atribuir a los reglamentos**. Ahora bien, las leyes reclamadas por el texto constitucional en los arts. 31.3 y 133.2 CE **no son leyes «meramente habilitadoras»; deben ser también «leyes ordenadoras»** de los tributos locales «porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3)» «pues esta reserva “está también al servicio de la procuración del ‘sistema’ tributario (...) y de la igualdad de los ciudadanos dentro de él y no se compadece, por ello, con habilitaciones indeterminadas para la configuración de los elementos esenciales de los tributos” [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 5 y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.c)]» (STC 73/2011, de 19 de mayo, FJ 3).

h) Y en octavo lugar, en fin, que **constituyen normas con rango de ley que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, permiten entender cumplido el mandato constitucional establecido en el art. 31.3 CE** las siguientes:

— Las **leyes de presupuestos** (tanto las leyes de presupuestos generales del Estado

como las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas):

- A este respecto ha señalado, en particular, la Sala Primera del Tribunal en la STC 7/2010, de 27 de abril, que «la regulación de los elementos esenciales de un tributo por ley de presupuestos en ningún caso puede vulnerar el principio de reserva de ley del art. 31.3 CE» (FJ 3). Ahora bien, cuestión distinta «es que esa regulación pueda ser contraria, en el caso de las leyes de presupuestos generales del Estado, a lo dispuesto en el art. 134.7 CE, porque este precepto prohíbe crear tributos mediante ley de presupuestos y solo permite modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva lo prevea» (FJ 3), limitación constitucional que, como es sabido, no resulta de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas.

- A mayor abundamiento, considera el Pleno del Tribunal que mediante Ley de Presupuestos generales del Estado se pueden crear *ex novo* prestaciones patrimoniales de carácter público que carezcan de naturaleza tributaria (en tanto que la prohibición contenida en el art. 134.7 CE resulta aplicable, exclusivamente, a los tributos). Concretamente, se incluirían en el denominado contenido *eventual* de la Ley de presupuestos generales del Estado y tendrían cabida en ella «siempre y cuando, guarden la necesaria conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto— con el instrumento presupuestario» (esto es, siempre y cuando respeten el contenido que impone a la Ley de presupuestos el art. 134.2 CE) [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5.e); y, en el mismo sentido, STC 62/2015, de 13 de abril, FJ 3.e)].

— Y los **decretos-leyes**: de acuerdo con el Pleno del Tribunal Constitucional, en efecto, el «decreto-ley, en cuanto norma con rango de ley, es un instrumento idóneo para cumplir [la] reserva legal» que impone el art. 31.3 CE (STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2). Y ello, fundamentalmente, por dos razones: (1) en primer lugar, porque «la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal» (SSTC 182/1997, FJ 8, y 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 4, citando la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10)» (STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2); y (2) en segundo término, porque lo que la Constitución fija en el art. 31.3 CE es «una reserva de

ley tributaria frente a la potestad reglamentaria» (STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2). Esto sentado, sin embargo, considera —precisión que, en modo alguno, es baladí— que el hecho de que mediante decreto-ley pueda darse cumplimiento a las exigencias que derivan del art. 31.3 CE «en modo alguno significa que la Constitución autorice al Gobierno a adoptar por decreto-ley toda suerte de regulación fiscal; significa solo que los límites materiales que ella impone a este instrumento normativo derivan, no de la reserva de ley tributaria (art. 31.3 CE), sino de las exclusiones previstas en el art. 86.1 CE (STC 182/1997, FJ 8)» (STC 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2).

BIBLIOGRAFÍA

CALVO ORTEGA, R., ¿Hay un Principio de Justicia Tributaria?, Cuadernos Civitas, Civitas, Navarra, 2012.

CHECA GONZÁLEZ, C., «La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 145, 2010.

CUBERO TRUYO, A., «La doble relatividad de la reserva de ley en materia tributaria: doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núms. 109-110, 2001.

ESCRIBANO LÓPEZ, F., «La prohibición de alcance confiscatorio del sistema tributario en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 142, 2009.

FALCÓN Y TELLA, R., «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva de ley», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 104, 1999.

GOROSPE OVIEDO, J. I. y HERRERA MOLINA, P. M., «La virtualidad del principio de capacidad económica en el ordenamiento tributario español», en AA. VV. (ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., Coord.), *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala*, Dykinson-CEU, Madrid, 2007, págs. 29-56.

LOZANO SERRANO, C., «Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 97, 1998.

— «La capacidad económica en las tasas», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 153, 2012.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D., «Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 409, 2017.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Notas sobre el concepto constitucional de tributo en la jurisprudencia reciente del TC», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 106, 2000.

PALAO TABOADA, C., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 88, 1995.

RODRÍGUEZ BEREJO, A., «El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 125, 2005.

- «Una vuelta de tuerca al principio de capacidad económica: comentario al ATC 71/2008, de 26 de febrero», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 142, 2009.
- *Igualdad tributaria y tutela constitucional: Un estudio de jurisprudencia (Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria)*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- *La Constitución fiscal de España*, Colección Estudios Constitucionales, CEPC, Madrid, 2015.

VARONA ALABERN, J. E., «Concepto de tributo y principio de capacidad económica», *Revista Española de Derecho Financiero-Civitas*, núm. 135, 2007.

Artículo 32

- 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*
- 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Sumario: I. Introducción: el precepto constitucional. II. Conceptualización constitucional del matrimonio. 1. Entidad propia del matrimonio frente a la mera unión de hecho. 2. Excepciones por la imposibilidad fáctica o constitucional del matrimonio. 3. Escindibilidad entre matrimonio y familia. III. Contenido normativo del art. 32 CE. 1. El derecho a contraer matrimonio. La interdicción de efectos peyorativos. 2. La igualdad en el matrimonio. 3. Sobre la disolubilidad del matrimonio. IV. Posibilidades y límites de la configuración legal. 1. El ámbito de la libre configuración legal. 2. Ritos y formas legales. El matrimonio gitano. 3. Requisitos y tipos de matrimonio. El matrimonio homosexual.

JOAQUÍN URÍAS MARTÍNEZ

LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. INTRODUCCIÓN: EL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

El art. 32 CE viene a dar rango constitucional a la regulación básica de la institución matrimonial. A primera vista, podría resultar chocante esta inclusión en el catálogo de derechos fundamentales de una institución relativa al estado civil de las personas, incluso restringida a las líneas esenciales que la rigen. Sin embargo, se trata de una práctica con honda tradición en nuestro constitucionalismo, cuyo antecedente más inmediato es el art. 43 de la Constitución de la República Española, de 1931. Literalmente rezaba: «El matrimonio se funda en la igualdad de dere-

chos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa». Por lo demás, resulta común en los países de nuestro entorno jurídico; el Convenio Europeo de Derechos Humanos dedica su art. 12 al derecho a contraer matrimonio y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye en el art. II-69 el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

De la trascendencia social de la institución matrimonial, que excede con mucho a la de cualquier otra institución jurídico-civil, da idea su reflejo en todo el texto constitucional,

que vuelve a aludir a ella hasta en tres ocasiones más: a propósito de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39), del matrimonio del heredero de la Corona (art. 57.4) y de la competencia exclusiva estatal para regular las formas de matrimonio (art. 149.1.8.^a).

El art. 32 CE, en sus dos apartados, incluye un reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, impone la plena igualdad jurídica como norma matrimonial básica y fija una serie de contenidos mínimos esenciales que deberá contener la regulación legal del matrimonio, aludiendo entre ellas a las que hagan posible su disolución. En este sentido, basta una primera lectura del precepto para percibir que el constituyente español de 1978, en similitud con su inmediato antecedente histórico, optó por un determinado modelo matrimonial; lejos de limitarse a aludir genéricamente a la institución, a la manera del CEDH, el art. 32 CE impone la igualdad de los cónyuges, alude expresamente a la suspensión y disolución del matrimonio y determina un contenido mínimo de obligado desarrollo legislativo.

Ya durante los debates constitucionales todo esto planteó intensas discusiones, especialmente virulentas en torno a si la alusión a la disolubilidad del matrimonio chocaba o no frontalmente con el modo católico y, en general, religioso de entender el matrimonio, basado precisamente en la indisolubilidad del vínculo. Ante la postura de quienes defendían que el texto del art. 32.2 CE **venía a introducir el divorcio en la Constitución** triunfó finalmente la postura favorable a aplazar el debate sobre tal asunto, asumiendo que la disolución a la que se aludía en el precepto no tenía por qué ser necesariamente equivalente al divorcio, y destacando que en el mismo Código Civil han existido siempre diversas causas de disolución. Desde un principio, pues, el enfrentamiento entre la regulación jurídica del matrimonio y su configuración religiosa ha centrado la mayor parte de la problemática y la doctrina referente al régimen constitucional del matrimonio en España.

En todo caso, el art. 32.2 CE introduce un derecho fundamental —que no goza de la protección del recurso de amparo pero sí vincula al legislador en los términos del art. 53.1 CE— peculiar desde el momento mismo de su definición; es un derecho individual que, sin embargo, solo puede realizarse con la connivencia voluntaria de otra persona. Es decir, un derecho individual en cuanto a su titularidad, pero **necesariamente compartido en su ejercicio**. Como afirmaba la STC 222/1992, «no es este un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo». El carácter paccionado pone de manifiesto, desde el primer momento, que no se trata solo de un derecho, sino que es también una institución y un contrato. Esta característica marca todo su peculiar régimen constitucional.

Al mismo tiempo, también es una garantía institucional. Así se afirma en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3 y se reitera sobre todo en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 7: «El matrimonio, en la Constitución Española, es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional». En ese sentido, nuestra carta magna impone la existencia del matrimonio en términos reconocibles para la imagen que del mismo tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. De ese modo, la garantía del matrimonio no vincula al legislador directamente con la noción del mismo que se tenía en el momento constituyente, sino con la forma en la que se entiende en el momento presente.

II. CONCEPTUALIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

1. Entidad propia del matrimonio frente a la mera unión de hecho

Seguramente, la cuestión más relevante en la jurisprudencia constitucional sobre el art. 32 CE ha sido la de la entidad propia del matrimonio frente a las meras uniones de hecho. La doctrina esencial a este respecto puede re-

sumirse en la idea de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas» (STC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3).

La primera vez que el Tribunal Constitucional abordó el tema fue en dos autos de 1987. El ATC 156/1987 inadmitió una demanda de amparo que sostenía que la limitación de la percepción de la pensión de viudedad a quienes estuvieron unidos por el vínculo matrimonial suponía una discriminación basada en una circunstancia social, cual sería la propia de quienes mantienen una unión de hecho, no matrimonial, respecto de las parejas unidas en matrimonio, vedada por el principio de igualdad garantizado en art. 14 CE. Se consideró entonces, sentando las bases de toda la jurisprudencia posterior, que **el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes**, siendo constitucionalmente posible, por ello, que el legislador «dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» (FJ 3).

No obstante, la decisión clave en este sentido fue, sin duda alguna, la STC 184/1990, de 15 de noviembre. A través de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por un Juez se volvía a plantear, en esencia, el mismo tema de fondo: la compatibilidad o no con la Constitución del requisito legal que exige el vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria para que esta última tenga derecho a la pensión de viudedad. La respuesta, lógicamente, volvió a ser la misma:

«Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional

(art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.

[...]

En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que **el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica** y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento» (FJ 3).

Llama la atención el trato que reserva esta jurisprudencia a las meras uniones de hecho: no se trata de instituciones jurídicamente garantizadas, de modo que aunque no puedan impedirse ni sancionarse —en virtud, también, de la libertad de no contraer matrimonio— no aparecen expresamente reconocidas en la Constitución. El Tribunal Constitucional no niega que implícitamente la Constitución asegure el derecho a convivir maritalmente sin contraer matrimonio, pero saca importantes consecuencias de que el constituyente sí decidiera aludir de manera específica al matrimonio y sus efectos. En este sentido, si bien la opción constitucional

a favor del matrimonio no necesita de mayor justificación, la jurisprudencia constitucional ha indagado en las características civiles especiales del matrimonio como institución, destacando en especial la certeza que aporta a las relaciones jurídico privadas en virtud de la publicidad que ofrece respecto a una situación de convivencia, lo que implica importantes consecuencias a efectos, por ejemplo, de subrogación en los contratos de alquiler de viviendas: «sin duda que la unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una **certeza jurídica** nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, [...] certeza mucho más débil —hasta el extremo, eventualmente, de requerir prueba— en el caso de la unión *more uxorio*, carente, por definición, de toda formalidad jurídica» (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6). Sin embargo, el propio Tribunal es consciente de que los argumentos técnico-jurídicos, si bien pueden servir para justificar parcialmente en algún caso concreto el distinto régimen del matrimonio frente a las uniones de hecho, quedan en segundo plano ante la claridad del pronunciamiento constitucional a favor del matrimonio.

La idea matriz, en definitiva, es que el art. 32 CE no protege genéricamente las relaciones afectivas estables, sino **una determinada forma de contrato** (GÓMEZ, 207). El matrimonio constitucional es un contrato con forma fija, que implica una serie de derechos y deberes establecidos estatalmente para los contrayentes y cuya extinción de produce mediante formas y causas tasadas. La Constitución reconoce expresamente el matrimonio en cuanto contrato y le otorga una situación jurídica privilegiada, garantizando la posibilidad de que todos los ciudadanos que deseen convivir en pareja puedan acogerse libremente a dicho contrato.

A pesar de la claridad de esta formulación en la jurisprudencia constitucional, desde el establecimiento del Tribunal Constitucional se han sucedido las cuestiones de inconstitucionalidad en las que insistentemente se plantea-

ba la equiparación jurídica entre matrimonios y parejas de hecho, en especial a propósito de las pensiones de viudedad. A modo de ejemplo puede citarse el ATC 203/2005, de 10 de mayo, dictado quince años después de la STC 184/1990 y por el que se inadmite una cuestión de inconstitucionalidad sobre si la exigencia del vínculo matrimonial que contempla el art. 174.1 LGSS como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad es contraria al principio de igualdad, sustancialmente idéntica a la allí resuelta. En general son decenas las veces en que esta cuestión se ha venido repitiendo ante el Tribunal, que ha dictado numerosas resoluciones prácticamente «clónicas» primero en forma de sentencia y posteriormente de auto.

2. Equiparación con unión de hecho por la imposibilidad fáctica o constitucional del matrimonio

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también se ha encargado de introducir una importante salvedad a la doctrina de que el tratamiento desigual entre el matrimonio y la unión de hecho no resulta discriminatorio. Esta diferenciación solo es legítima si la opción por la unión de hecho en vez del matrimonio se ha realizado **con plena libertad** y no por una imposición legislativa contraria a los principios constitucionales. En palabras de la STC 222/1992, hay circunstancias en las que quienes se ven impedidos de contraer matrimonio tienen los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente:

«Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse, debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales [...] En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva

para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial» (FJ 4).

En aplicación de esta doctrina se ha venido reconociendo en ocasiones el derecho a obtener idéntico trato a las parejas matrimoniales y no matrimoniales. Para ello es necesario previamente el examen de si existió la posibilidad efectiva de que los convivientes *more uxorio* contrajesen el matrimonio o si, por el contrario, se vieron impedidos para ello por una causa constitucionalmente inadmisibles. En un primer momento, el único supuesto reconocido por la jurisprudencia fue el de las parejas de hecho en las que alguno de sus miembros no había podido disolver legalmente un matrimonio anterior por suceder en un momento anterior a la aprobación de la Ley 30/1981, que reguló el divorcio.

Así, la STC 155/1998, de 13 de julio, otorga el amparo en atención a que los convivientes no habían podido contraer matrimonio al no existir posibilidad de divorciarse de sus anteriores matrimonios porque todavía no se había dado cumplimiento al mandato contenido en el art. 32.2 CE de regular las causas de disolución del matrimonio.

Por el contrario, en la STC 39/1998, de 17 de febrero, se deniega el amparo valorando que la demandante, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta el fallecimiento del causante de la pretendida pensión de viudedad, dispuso de tiempo suficiente para contraer matrimonio. Es decir, que cesada la causa que imposibilitaba el nuevo matrimonio, ha de utilizarse la posibilidad de casarse so pena de que la unión de hecho pase a considerarse una opción libremente asumida.

Ello no implica que pueda exigirse a cualquier pareja de hecho en la que uno de los cónyuges hubiera estado antes casado que se convirtieran en matrimonio justo a la entrada en vigor de la Ley 30/1981. Así, frente a las nor-

mas que solo otorgaban la pensión de viudedad en los casos en los que el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la ley, el Tribunal Constitucional ha impuesto **una interpretación más amplia**; la STC 260/1988, de 22 de diciembre, FJ 4, establece que desde la perspectiva constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, la interpretación de aquel requisito temporal no puede hacerse al margen de la finalidad de la norma, que quedaría desvirtuada si tal condicionamiento temporal se interpretara en sus términos literales. No puede ignorarse que la transformación de la unión de hecho en vínculo matrimonial requiere unos trámites procedimentales que se prolongan en el tiempo, hasta la obtención de la resolución judicial de divorcio necesaria para la posterior celebración del matrimonio, de suerte que la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no determina automáticamente la posibilidad de convertir la unión extramatrimonial en vínculo conyugal.

Ello lleva al Tribunal a decidir caso por caso cuál es el **plazo razonable de tiempo en el que debieron iniciarse los trámites del divorcio** que permitiría un nuevo matrimonio. Así, en las SSTC 29/1992, de 9 de marzo, FJ 5, y 39/1998, de 17 de febrero, FJ 5, se desestiman dos recursos de amparo que acusaban la vulneración del art. 14 CE porque ni los trámites de divorcio se iniciaron de forma inmediata, sino solo después del transcurso de un dilatado período de tiempo tras el cambio normativo efectuado por la Ley del divorcio, ni se acreditó tampoco una imposibilidad física o material que justificara ese amplio lapso de tiempo transcurrido.

Distintos son los casos en los que no se está ante una mera imposibilidad legal absoluta de contraer matrimonio, sino que, si bien el matrimonio era legalmente posible, las **condiciones subjetivas** de las personas afectadas implicaban que el cumplimiento de los requisitos para el matrimonio supusiera una lesión de sus derechos fundamentales. Especial-

mente interesante es el asunto resuelto por la STC 66/1994, de 28 de febrero. Se trata de un supuesto en el cual se argumenta por la demandante de amparo que quien convivía con ella maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria en modo alguno a la familia, sí lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración, siendo ello una convicción profunda del causante, insuperable, obstativa al matrimonio, de modo que le impedía contraerlo. Frente a ello, el Tribunal Constitucional argumenta que:

«Aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio —art. 32.1 CE— en el art. 16.1 CE, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un **eventual ejercicio de la libertad ideológica** “no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubre el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho” (ATC 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad (STC 184/1990, FJ 2.º), pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (STC 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos» (FJ 3).

En sentido contrario resulta muy significativa la STC 180/2001, de 17 de septiembre. Se trata

de un recurso de amparo presentado por la compañera de un militante comunista fallecido. La recurrente pretendía cobrar la indemnización a favor de su pareja establecida legalmente por los más de once años que se pasó en prisión durante el régimen franquista:

«Hasta la promulgación de la Constitución Española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor L. una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE. [...] lo relevante no es tanto que la demandante pudo contraer matrimonio con el señor L., sino que, o **dicho matrimonio había de ser el religioso**, lo cual pugnaba con sus creencias (al menos con las del señor L.), o, para que el matrimonio fuera civil, tenían que hacer declaración expresa de no profesar la religión católica, lo cual, en cuanto exigencia de manifestación de creencias religiosas, positivas o negativas, resulta incompatible con los derechos reconocidos en el art. 16 CE» (FJ 5).

De todo ello se deduce una especial relación entre la libertad ideológica del art. 16 CE y la opción por una pareja de hecho en vez de un matrimonio. La mera discrepancia ideológica con la institución matrimonial no justifica la equiparación entre una pareja de hecho y otra matrimonial. Sin embargo, la lesión de la libertad de opción religiosa y del derecho a no hacer pública la propia confesión religiosa sí que pueden considerarse un impedimento constitucionalmente insalvable para contraer matrimonio. Esto es así, sin duda, porque mientras que la opción ideológica por la mera convivencia es una libre manifestación de la

personalidad, no sucede lo mismo cuando la configuración legal que en un momento concreto tenga el matrimonio implique para su realización la lesión de otros derechos fundamentales distintos al de la mera opción entre una u otra forma de convivencia (PLANA, 265).

Adicionalmente, para reconocer la equiparación constitucionalmente obligatoria entre matrimonio y pareja de hecho a este tipo de supuestos es imprescindible **que la imposibilidad legal resultara contraria a la Constitución**. De este modo, para reconocer la obligación de los poderes públicos de brindar a los miembros de parejas de hecho un tratamiento jurídico equiparado al previsto para los cónyuges es necesario valorar si la causa impeditiva del matrimonio pugna con los principios y reglas constitucionales. La cuestión surge especialmente a raíz de la modificación del Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, de la que se habla más adelante. En la STC 92/2014, de 10 de junio, se resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad en la que se planteaban dudas acerca de si la imposibilidad de matrimonio homosexual antes de dicha reforma era una causa que pugnaba con los principios y reglas constitucionales, lo que llevaría a que las parejas homosexuales que no pudieron casarse tuvieran derecho a la pensión de viudedad en condiciones similares a quienes sí lo hicieron.

El Tribunal Constitucional la resuelve recordando que «la configuración del matrimonio como unión que solo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que esa sea la única configuración constitucionalmente legítima de la institución» (FJ 6). Por tanto, la Constitución no prohíbe que el legislador pueda configurar el matrimonio exclusivamente como una unión heterosexual. Cuando lo hizo así, la imposibilidad de contraerlo por parte de las parejas del mismo sexo no resultaba contraria a los principios constitucionales, de modo que las personas afectadas no pueden

exigir la equiparación a efectos de pensiones (en el mismo sentido, STC 157/2014, de 6 de octubre).

3. Escindibilidad entre matrimonio y familia

Matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente. La protección a la familia se garantiza en el art. 39 CE, como un principio rector. Pese a ello, parte de la doctrina pretendió, sin éxito, ampliar a la familia el rango de derecho fundamental de que goza el derecho al matrimonio, con la excusa de la conexión entre ambos. Se trata de una discusión antigua, que venía ya del propio proceso constituyente en el que, no se olvide, el anteproyecto constitucional del art. 32 (entonces numerado aún como 27) vinculaba el matrimonio a la creación de «una relación estable de familia». Por su parte, en el Derecho comparado y europeo son numerosos los casos en los que la definición del derecho a contraer matrimonio se vincula al de fundar una familia.

El tema quedó resuelto con la STC 222/1992, FJ 5. En ella el Tribunal Constitucional vino a resolver la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 58 LAU, que contemplaba en el ámbito arrendaticio urbano la subrogación *mortis causa* a favor del cónyuge, por su compatibilidad con el art. 39 CE, que asegura la protección a la familia. La cuestión de fondo trata sobre si resulta obligatorio conceder a la familia no matrimonial los mismos privilegios de la familia originada en el matrimonio:

«Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución **no ha identificado la fami-**

lia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la restricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo» (FJ 5).

De ese modo queda claro que la **matrimonial no es la única familia constitucionalmente posible**, aunque la unión matrimonial en sí misma ha de ser siempre considerada como familia. Lo recuerda el Tribunal poco antes:

«En el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras previsiones constitucionales (art. 18.1.^o), con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991) y, en de-

finitiva, con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la **relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia**» (FJ 4).

De este modo nuestro máximo intérprete de la Constitución se separa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que limita el concepto de familia a la comunidad de padres casados e hijos y encuentra el sentido de la protección constitucional a los hijos no matrimoniales en el mandato de que disfruten de las mismas condiciones que los nacidos dentro del matrimonio. Esa es también la posición del voto particular del Magistrado José Gabaldón López en la sentencia aludida, donde defiende la visión del «matrimonio como institución constitutiva de la familia». No es esa la posición mayoritaria y, en consecuencia, constitucionalmente no todas las familias son necesariamente matrimoniales, aunque todos los matrimonios forman, en sí mismos, una familia. Del mismo modo, la mera **convivencia more uxorio sin descendencia** también podría entenderse como familia. Así parece desprenderse de la STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5: «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia».

La doctrina, con buen tino, ha justificado esta división en el diferente carácter de cada una de estas instituciones; mientras que el matrimonio es —también— un derecho subjetivo y está relacionado, por ello, con las opciones personales de los ciudadanos, la familia constituye —exclusivamente— un bien constitucional, objetivo de la protección social y económica del Estado (SERRANO, 45). La construcción teórica no carece de solidez. Otra cosa es, sin embargo, su utilización por el Alto Tribunal. El razonamiento parte de la afirmación de que la familia goza de protección constitucional con independencia de su origen matrimonial o no (lo que puede des-

prenderse de la protección constitucional a los hijos, con independencia de su filiación matrimonial o no). Sin embargo, a renglón seguido se identifica la convivencia afectiva de dos personas con familia, al sostener que no son necesarios los hijos para gozar de la protección del art. 39 CE. Este argumento suscita una paradoja: el art. 32 CE otorga una protección especial al matrimonio frente a otras formas de convivencia en pareja; ello lleva a entender que cabe un trato diferenciado a la convivencia afectiva en razón de que exista o no vínculo matrimonial. Sin embargo, si se aceptara que la mera convivencia *more uxorio* constituye una familia, el resultado es que la Constitución permite al legislador dar peor trato a unas familias que a otras.

El régimen radicalmente opuesto que se predica de los arts. 32 y 39 CE, unido a la posibilidad de la identidad sustancial entre las realidades que regulan ambos preceptos, provoca una paradoja que abre la puerta a **cierta arbitrariedad** constitucional y es fuente de problemas en nuestro ordenamiento. Basta con considerar que la subrogación en el uso de la vivienda protege a la familia (y entra en el ámbito del art. 39 CE, que no consiente desigualdades de trato), mientras que la pensión de viudedad protege tan solo a la pareja (y entra en el ámbito del art. 32 CE, que permite un diferente trato en razón de que haya, o no, vínculo matrimonial).

III. CONTENIDO NORMATIVO DEL ART. 32 CE

1. El derecho a contraer matrimonio. La interdicción de efectos peyorativos

El derecho fundamental al matrimonio es, en primer lugar, derecho a contraerlo cuando se cumpla con los requisitos legalmente establecidos para ello. Es este un derecho sometido, por tanto, al desarrollo legal previsto en el art. 32.2 CE. La selección, interpretación y aplicación de las normas relativas al matrimonio cobra, así, directa trascendencia constitu-

cional, sin que sea descabellado exigir un principio interpretativo pro-matrimonio, de modo que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, deben interpretarse del modo más favorable a la eficacia del derecho.

La principal consecuencia del reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio es que **no puede sufrirse perjuicio o gravamen alguno por razón de haber contraído matrimonio** en su día. En tal sentido, destaca la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al antiguo régimen de acumulación de rentas de los cónyuges en la tributación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que en caso de matrimonio obligaba a realizar una declaración conjunta del impuesto que resultaba peyorativa. La STC 209/1988, de 10 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de dicho régimen en cuanto suponía un trato discriminatorio entre las parejas casadas y no casadas que tampoco podía justificarse en aras a la protección de la familia.

Por otro lado, se está, evidentemente, ante un derecho facultativo, de modo que el derecho al matrimonio incluye el correlativo **derecho a no casarse**. Tan contrario a la Constitución es dificultar o impedir la decisión de contraer matrimonio como la de no hacerlo (FERRERES, 167). El Tribunal Constitucional ha vinculado en ocasiones el derecho a no contraer matrimonio directamente con la libertad de creencias, reconociendo así el contenido fuertemente ideológico de la toma de postura ante tal institución civil:

«Tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4; en sentido similar, STC 66/1994, de 28 de febrero).

A ese respecto, aunque a los efectos constitucionales no hay diferencia alguna entre el derecho a permanecer estrictamente soltero y el de convivir sentimentalmente en pareja sin vínculo matrimonial, es en este segundo caso cuando entra decisivamente en juego el componente ideológico; además, cuando concurren la mayoría de circunstancias materiales que integran la situación matrimonial pero se opta por prescindir de la forma matrimonial, se acentúan los problemas en cuanto a la diferencia de trato permitida constitucionalmente. Evidentemente, la justificación de diverso trato entre quien vive solo, sin integrar una comunidad susceptible siquiera de reconocerse como núcleo familiar, y quienes están casados puede encontrar justificación en una pluralidad de valores en juego que permiten ampliar las diferencias de estatuto jurídico, siempre con el límite último de la razonabilidad.

Más complicada es la delimitación de las diferencias de trato entre parejas casadas y parejas que convivan. Como se ha visto, el principio de igualdad no implica necesariamente la identidad de régimen legal entre ambas situaciones. El Tribunal Constitucional ha rechazado ir más allá, de modo que también utiliza el criterio de la discriminación para definir qué diferencias de trato pueden llegar a ser consideradas como un impedimento constitucionalmente vedado al derecho a no contraer matrimonio. Así, la jurisprudencia ha legitimado normas que otorgan determinados privilegios jurídicos a las parejas casadas, incluso aunque ello implique la desprotección social de la persona que, libremente, decidió optar por la convivencia *de facto* en lugar del matrimonio. Y lo argumenta exclusivamente en el carácter no discriminatorio:

«Si bien es cierto que no puede desconocerse que con la actual regulación se producen en muchos casos situaciones de desprotección social para el superviviente de una unión de hecho cuando fallece el único sostén de la familia con quien ha mantenido en vida

vínculos estables de asistencia y apoyo mutuos, aunque estos no derivaran del matrimonio, también lo es que existen argumentos constitucionales para mantener que la negativa a conceder derecho de pensión de viudedad en las uniones de hecho no es arbitraria ni discriminatoria» (ATC 188/2003, de 3 de junio, FJ 2).

Es cierto que el contenido de la libertad de contraer matrimonio tan solo **se limita a asegurar la capacidad de elección**, pero no asegura a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro (ATC 457/2004, de 16 de noviembre, FJ 4). La cuestión, sin embargo, no tiene tanto que ver con la diversidad de efectos como con la posibilidad de un trato positivamente peyorativo de los no casados. En ese sentido, seguramente la desproporción entre los efectos jurídicos de situaciones que materialmente son similares, aunque revisten diversa forma, puede llegar a suponer un efecto peyorativo constitucionalmente vedado en cuanto constriñe la libre capacidad de opción entre matrimonio o no matrimonio. Es por eso por lo que las medidas estatales que favorezcan el matrimonio quedan sometidas a un control de proporcionalidad que excluye medidas cuya radicalidad suponga «coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*» (STC 184/1990, FJ 2).

Para el Tribunal Constitucional, el hecho de que la Constitución no recoja explícitamente el derecho de quien mantiene una relación estable de afectividad en pareja a no contraer matrimonio, otorga a esta facultad refleja o «vertiente pasiva» del derecho **un ámbito menor de protección** frente a su configuración legal.

De ese modo, tampoco cabe entender que exista una obligación constitucional de regular legalmente la convivencia de hecho, por lo que las leyes de parejas de hecho aprobadas por numerosas Comunidades Autónomas no

pueden entenderse como un desarrollo directo del art. 32 CE (lo que, por otro lado, implicaría su inconstitucionalidad competencial) similar al previsto explícitamente en el ap. 2.º del precepto respecto al matrimonio.

2. La igualdad en el matrimonio

La igualdad prevista en el art. 32.1 CE no se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho a casarse; bien al contrario, el ámbito de aplicación del precepto «ha de extenderse no solo a la constitución del matrimonio, sino también a lo largo del mismo y hasta su extinción, de modo que el hombre y la mujer tengan los mismos derechos, obligaciones y cargas» (STC 159/1989). Esta igualdad de derechos y obligaciones conlleva el correlativo mandato al legislador a la hora de establecer el régimen jurídico vigente entre y frente a los cónyuges. De hecho, parece que la Constitución propugna un régimen matrimonial que implique la configuración de un **grupo familiar de base asociativa** y, en general, la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios. Se supera de ese modo el sistema anterior, caracterizado a menudo por la situación de preeminencia del marido y la sumisión a él de la mujer, que —una vez casada— sufría múltiples limitaciones que la relegaban a una mera «potestad de las llaves».

Un ejemplo de la aplicación de esta interdicción discriminatoria puede ser la STC 39/2002, de 14 de febrero, donde el Tribunal Constitucional declaró contrario al art. 32 CE el art. 9.2 del Código Civil, que establecía la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones matrimoniales, a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Al respecto declaró entonces que dicha prescripción se oponía:

«no solo al art. 14 CE, sino también al más específico art. 32 CE, que procla-

ma que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón» (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5).

De ese modo, la específica interdicción discriminatoria del art. 32 CE cobra **entidad propia**, de manera similar a como sucede con los arts. 23.2 o 31.1 CE, sin adquirir por ello perfiles diferentes a los derivados de la propia interdicción discriminatoria del art. 14 CE, única vía a través de la cual el derecho al matrimonio tiene abierta la posibilidad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

3. Sobre la disolubilidad del matrimonio

El art. 32.2 CE se refiere expresamente, entre el contenido necesario de la normativa legal que regule el matrimonio, a «las causas de separación y disolución». Resulta discutible que con ello se establezca un mandato imperativo al legislador para que ambas figuras estén presentes en cualquier régimen matrimonial por el que opte, pero es indiscutible que la mención expresa en el precepto constitucional ha de tener algún valor. Literalmente quizá pudiera ser constitucionalmente aceptable una mención negativa, en el sentido de que la ley especificara la imposibilidad de separación o divorcio; sin embargo, una interpretación sistemática e histórica lleva necesariamente a la conclusión de que **la Constitución exige que, de algún modo, sean posibles tanto la separación como el divorcio**.

No solamente los debates constituyentes apoyan esta hipótesis, sino que valores superiores del ordenamiento, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad individual, llevan a pensar en la inconstitucionalidad de un vínculo jurídico de carácter personal y basado en un sustrato afectivo que resultara in-

disoluble. Ahora bien, de lo que no cabe duda es de que el art. 32.2 CE da voluntariamente pie a una diversidad de regímenes en cuanto a la facilidad o dificultad de la separación y del divorcio. Tal concreción corresponde al legislador en virtud de lo que exija cada momento histórico; no es más constitucional un sistema en el que el divorcio solo sea posible tras un tiempo de separación y limitado a pocas causas muy concretas, que otro en el que se permita la libre disolución del vínculo matrimonial por la mera voluntad de una de las partes, previos los trámites formales de rigor.

De cualquier manera, por tanto, lo importante en este punto es la necesidad de un pronunciamiento legislativo que, en virtud de lo que se considere más adecuado en cada momento, determine la forma de la suspensión o disolución del matrimonio. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha negado que del art. 32.2 CE pueda derivarse un **derecho al divorcio directamente aplicable**:

«La existencia de un derecho fundamental de cada ciudadano a separarse legalmente de su cónyuge por su libre voluntad y con independencia de que exista o no una causa legal, con independencia de los efectos que pueda producir su ejercicio, cuando es lo cierto que tal pretendido derecho no solo no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que la Norma Fundamental establece en su art. 32 el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y remite a la Ley la regulación —entre otros aspectos— de los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y sus efectos» (ATC 444/1983, de 4 de octubre, FJ 2).

En consecuencia, tampoco resulta contraria a la Constitución una decisión judicial que, al entender que no existe ninguna de las causas de separación alegada por un ciudadano, deniegue la suspensión o disolución del vínculo

matrimonial. Estas decisiones, en última instancia, no crean «deber de convivencia alguno que sea distinto del asumido libremente por los cónyuges al contraer matrimonio» (*ibidem*).

IV. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA CONFIGURACIÓN LEGAL

1. El ámbito de la libre configuración legal

La Constitución dice bien poco de cuál ha de ser el régimen y el contenido mismo del matrimonio. Se limita a aludir a la institución y a establecer las líneas esenciales a las que se acaba de hacer referencia. Por su parte, el Tribunal Constitucional tampoco ha ido mucho más allá de una limitación difusa de las condiciones generales que ha de reunir el concepto de matrimonio, más allá de ir resolviendo las cuestiones específicas que se le han ido planteando y establecer alguna precisión metodológica sobre la manera de interpretar la noción misma de matrimonio. Dentro de este margen, corresponde al legislador, conforme al art. 53.2 CE, la regulación del ejercicio del derecho al matrimonio en condiciones de igualdad, lo que, en principio, implicaría su libertad —en los términos señalados en el apartado anterior— de configuración de los requisitos, la forma, los titulares, los efectos y la disolución del matrimonio.

En todo caso, no cabe duda de que cuando el constituyente de 1978 alude al matrimonio tiene en mente un modelo concreto de vínculo de pareja. La cuestión que se plantea, por tanto, es la del grado de originalidad que permite la Constitución al legislador matrimonial. En definitiva, se trataría de saber qué caracteres —si existen— hacen reconocible el matrimonio, de tal manera que su desaparición implicaría que el contrato de vida en común legalmente regulado no pudiera ser denominado matrimonio; es lo que suele conocerse como **garantía de instituto**. El Tribunal Constitucional ha abordado frontalmente esta cues-

ción en la STC 198/2012, de 8 de noviembre. El reto que se le planteaba era el de asegurar un mínimo de reconocibilidad a la institución matrimonial, so pena de convertir el art. 32 CE en una norma en blanco sometida al arbitrio del legislador, desapareciendo la garantía del derecho fundamental, sin adoptar por el contrario una postura en exceso rigurosa que llevaría a la petrificación de una institución sociológicamente en permanente evolución.

La cuestión surge al hilo de la pregunta de si la Constitución permite o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional parte de una doble constatación: de una parte, en 1978, el constituyente no tenía en mente esa posibilidad y partía de la noción de matrimonio como unión entre personas de distinto sexo; de otra, las garantías institucionales de la Constitución deben interpretarse a partir de la realidad presente. En este sentido, entiende que la correcta interpretación de la noción constitucional de matrimonio exige la observación de la realidad social jurídicamente relevante, las opiniones de la doctrina jurídica, el Derecho comparado y la actividad internacional manifestada en los tratados internacionales y la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan. A partir de todo eso, el Tribunal Constitucional concluye con:

«la existencia de una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9).

Ello implica que en su dimensión de garantía institucional el art. 32 da un amplio margen al legislador para la configuración del matrimonio, teniendo como último límite la noción social de matrimonio existente en cada momento histórico. En el momento actual, el contexto social entiende que la unión de dos personas

del mismo sexo también puede formar parte de la noción matrimonial, luego el legislador puede reconocerlo así. Esta decisión supone restar influencia al componente religioso — católico— que durante muchos decenios rodeó al matrimonio en la legislación preconstitucional y estaba presente en la interpretación histórica del art. 32 CE en conexión con referencias a la moral y un derecho pretendidamente natural. Así, la doctrina científica que defendía que el único matrimonio que, conforme al art. 32 CE, podía desarrollarse legalmente era el que consistía en un vínculo indisoluble y excluyente entre personas del mismo género destinado a la generación de una familia y sometido a la obligación de convivencia y cuidados mutuos. Con frecuencia, esta solidificación del contrato matrimonial se presenta, más llanamente, aludiendo a «**la naturaleza misma del matrimonio**» (DE LOS MOZOS, 69) que el legislador no puede modificar.

Esta misma concepción católica del matrimonio se ha filtrado en ocasiones en la propia jurisprudencia constitucional, que reconoce sin ambages el carácter ideológico y religioso de las diversas posiciones frente al matrimonio. En la STC 128/2007, de 4 de junio, llega a reconocer que la circunstancia de que un sacerdote católico hubiera contraído matrimonio civil supone una opción «de índole religiosa y moral» que puede ser tenida en cuenta legítimamente por la autoridad religiosa para apreciar la falta su idoneidad para impartir la asignatura de religión en un centro público de enseñanza.

Desde la perspectiva de la libertad del legislador para establecer el régimen jurídico del matrimonio, se hace evidente que los acuerdos estatales vigentes con distintas confesiones no dejan de plantear problemas derivados de la diversidad cultural a la que responden los usos matrimoniales de las diferentes confesiones. El reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios religiosos tiene sentido cuando la institución civil y la religiosa comparten unas bases históricas y normativas similares, pero se vuelve más complicado con la penetración de otros usos, como puede ser

la poligamia (GARCÍA, 143 y ss.), de tal modo que la convivencia entre concepciones religiosas y legislativas del matrimonio cada vez puede ser menos pacífica.

En general, pues, hay que considerar que se trata de planteamientos perfectamente válidos en cuanto expresión de una **opción política e ideológica que aspira a plasmarse en forma legal**, pero que difícilmente encuentran engarce alguno en el texto constitucional ni pueden, por ello, presentarse como la única opción constitucionalmente legítima del legislador. A partir de la mencionada decisión del Tribunal Constitucional no hay duda de que el matrimonio al que se refiere la Constitución es una forma específica de vida regularizada y publicitada mediante determinada forma jurídica; está sometida a cambios y transformaciones, de tal manera que de la intensidad con que se hagan y del sustento social del que gocen, permitiendo siempre la identificación del matrimonio como tal, dependerá en última instancia su legitimidad constitucional.

Por otro lado, el ámbito propio del legislador **puede ir más allá de los mínimos exigidos por la Constitución**. De ese modo, son posibles medidas que equiparen en determinadas circunstancias la mera convivencia de hecho a la matrimonial, sin que ello implique necesariamente la obligación de equiparar en todo caso ambas situaciones. Así, por ejemplo, sucede con lo dispuesto en el art. 7.2.a) del Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, que equipara al cónyuge de la persona fallecida con «la persona que hubiere convivido con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». En esta línea se sitúa, igualmente, la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por la Ley 2/2003, de

12 de marzo, y el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre. Sobre ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que tal equiparación no implica la obligatoriedad constitucional de extender de modo similar a las parejas de hecho otras indemnizaciones estatales, como es el caso de las pensiones:

«Al margen de que es legítimo que el legislador haga derivar del vínculo familiar determinados efectos, ha de tenerse en cuenta que el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse, por ello, que el legislador realice ciertas opciones selectivas, bien sea para cada situación o bien para cada conjunto de situaciones, determinando el nivel y condiciones de las prestaciones; de tal manera que no pueden considerarse, sin más, discriminatorias o atentatorias contra el art. 14 CE estas disposiciones selectivas, a menos que las mismas no se amparen en causas y fundamentos razonables» (AATC 188/2003, de 3 de junio, FJ 2; 174/2004, de 11 de mayo, FJ 2).

De ese modo, el diferente valor constitucional del matrimonio frente a la mera convivencia afectiva permite pero no obliga a establecer un trato privilegiado para las parejas legalmente casadas.

2. Ritos y formas legales. El matrimonio gitano

La principal consecuencia en positivo de la remisión constitucional al legislador para configurar el régimen del matrimonio es la plena libertad para establecer la forma del matrimonio. Las normas estatales deben regular la forma por la que se celebra válidamente el matrimo-

nio, y solamente el matrimonio así celebrado podrá ser considerado jurídicamente como tal.

La cuestión se planteó ante el Tribunal Constitucional a propósito de la posible eficacia del matrimonio contraído según el rito gitano. En el caso, una mujer que llevaba casada por el rito gitano desde 1971, con el convencimiento absoluto de la validez del consentimiento que prestó en su día y respetando todos los demás elementos de orden público afectos al matrimonio regulados por la legislación, pretendía que jurídicamente se le reconociera eficacia a dicho matrimonio a efectos de beneficiarse de una pensión de viudedad. Se trataba, por tanto, de la posibilidad de extender a las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana los efectos del matrimonio celebrado conforme a la forma prevista en las leyes civiles.

A la hora de resolver el asunto, el Tribunal Constitucional toma exclusivamente en cuenta el hecho de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las **formas válidas para contraer matrimonio**, cerrando cualquier puerta a la posibilidad de extender el matrimonio a otras situaciones similares no previstas específicamente en la ley. Ni siquiera las obligaciones estatales derivadas del juego del art. 9.2 CE y de las normas internacionales de prevención de la discriminación racial, que el Tribunal entiende aplicables al caso, son suficientes para ampliar las formas de consentimiento más allá de los ritos expresamente previstos por legislador:

«Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo [que] las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o

dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4).

Del mismo modo, el Tribunal destaca que el reconocimiento expreso de valor civil a diversas formas confesionales de celebración del matrimonio tiene como fundamento exclusivo consideraciones religiosas. La especial trascendencia que —una vez más— reconoce el Juez constitucional al fenómeno religioso en relación con la configuración del matrimonio le impide cualquier comparación con lo que viene a entender como un rito puramente étnico. La dimensión de lo étnico a la hora de otorgar efectos legales a una forma de matrimonio socialmente asentada viene así a situarse en una dimensión diferente (e implícitamente inferior) a la de lo religioso.

Esta decisión, no obstante, fue revisada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009, en el asunto *Muñoz Díaz c. España*. En la misma, el TEDH da especial relevancia a dos elementos de este caso: el que la demandante hubiera recibido documentación pública en la que se la reconocía como esposa de su pareja y el que pertenezca a una minoría vulnerable. A este respecto, concluye que «la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como esposa de M. D. y de formar junto a él una pareja casada reconocida». Al mismo tiempo, señala que «la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes re-

guladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas». La combinación de la buena fe y la necesaria flexibilidad normativa en lo relativo a su grupo étnico lleva a entender que el respeto al principio de no discriminación impone que se le reconozca el derecho a gozar de los mismos derechos que el matrimonio.

Esta decisión, sin embargo, no impone directamente a España la obligación de dar en todo caso validez civil al matrimonio celebrado según el rito gitano. Así se pone de manifiesto en la STC 194/2014, de 1 de diciembre, FJ 6, en relación con los efectos civiles de un matrimonio contraído según el rito islámico pero que no siguió las formalidades previstas en las normas estatales que regulan la validez civil del matrimonio islámico. En este caso, el TC aprovecha para analizar la STEDH en el caso *Muñoz Díaz contra España*, limitando su eficacia a los supuestos iguales al que ahí se resuelve y negándole cualquier efecto general.

La conclusión, por tanto, ha de ser la **plena libertad del legislador para establecer las formas** válidas de matrimonio, que tan solo resultarían inconstitucionales cuando supusieran una clara discriminación frente a situaciones esencialmente idénticas, en especial en cuanto al reconocimiento de eficacia a las formas matrimoniales de religiones especialmente asentadas en nuestro país.

3. Requisitos y tipos de matrimonio. El matrimonio homosexual

Evidentemente, corresponde al legislador establecer los requisitos necesarios para ejercer el derecho al matrimonio. Como se comentó antes, el constituyente español desechó claramente la idea de prefigurar algunos de ellos. Así, en las primeras versiones del art. 32 CE se establecía que el derecho al matrimonio surgía «a partir de la edad núbil». Con buen tino, esa imposición se sustituyó por el mandato al legislador para que regulase la edad mínima para el matrimonio, pues, una vez más, se trata de una cuestión en la que las costumbres sociales

de cada momento histórico pueden cobrar especial trascendencia y en la que sin duda son necesarias excepciones y cautelas que tan solo caben en una norma legal.

También alude el artículo a la necesaria configuración legal de la capacidad para contraer matrimonio. En este punto, la cuestión que más polémica ha causado está referida a la posibilidad constitucional del matrimonio homosexual, a partir del encabezado del art. 32 CE: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Se trata de una polémica antigua que se acentó con motivo de la aprobación en 2004 de la Ley que reformaba diversos artículos del Código Civil en esta materia, añadiendo un segundo párrafo en el art. 44 CC, con la siguiente redacción: «Tendrá los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

La cuestión se planteó por primera vez ante el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de amparo interpuesto en 1993 por un hombre que reclamaba cobrar una pensión de viudedad a causa del fallecimiento de su compañero, alegando la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. El asunto fue inadmitido mediante el ATC 222/1994, de 11 de julio, que parte de que el matrimonio constitucionalmente garantizado es exclusivamente el que se realiza entre personas de distinto sexo:

«La unión entre personas del mismo sexo biológico **no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento**; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1)» (FJ 2).

De ese modo venía a entender que el art. 32 CE introduce una mención expresa de la diversidad sexual que se impone sobre la interdicción de discriminación en razón de sexo del art. 14 CE. Esta postura contaría con la

cobertura de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en sendas sentencias (caso *Rees*, 17 de octubre de 1986, y caso *Cossey*, 27 de septiembre de 1990), había ya declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del CEDH, que, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo.

Esta declaración del Tribunal Constitucional ha sido frecuentemente malinterpretada por la doctrina, que entendía que de ella se derivaba la «prohibición del matrimonio homosexual» (HERNÁNDEZ, 1614, con más referencias). Sin embargo, lo cierto es que se limitaba a establecer que el art. 32 CE **no garantiza el derecho fundamental a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo**, lo cual no impide que el legislador sí lo haga. Sobre esta base se construye la argumentación de la importante STC 198/2012, de 6 de noviembre, que concluye la constitucionalidad de la referida reforma del Código Civil.

Como se ha mencionado, a partir de una interpretación de la realidad social y jurídica de nuestra época, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que:

«el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica

que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo» (FJ 9).

A partir de ahí, el hecho de reconocer a las personas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio no afecta al contenido esencial del derecho, porque «el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio» (FJ 10).

Al mismo tiempo, el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo implica un diseño de la institución que, para el Tribunal Constitucional, refleja el respeto a la orientación sexual de las personas homosexuales (FJ 10). Pese a ello, nuestro máximo intérprete constitucional no ha dado aún el siguiente paso: el de entender que el no reconocimiento del matrimonio homosexual implicaría una discriminación por razón de identidad sexual. Bien al contrario, insiste en que es una opción del legislador que tanto puede adoptarse como no, dejando la puerta abierta a un futuro retorno legislativo al matrimonio exclusivamente heterosexual (STC 92/2014, de 10 de junio).

BIBLIOGRAFÍA

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L., «El matrimonio de los homosexuales: una tergiversación de los derechos fundamentales», en *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Univ. San Pablo-CEU, Granada, 2005, págs. 59-65.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., «La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 3, 2006, págs. 93-112.

FERRERES COMELLA, V., «El principio de igualdad y el derecho a no casarse (a propósito de la STC 222/1992)», *REDC*, núm. 42, 1994, págs. 167 y ss.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 8, 2002, págs. 143-220.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución», *RDP*, núm. 36, 1992, págs. 207-223.

MATÍA PORTILLA, F. J., «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2012, págs. 1-21.

OBERMEYER, S., «La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 391-414.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear», *REDC*, núm. 91, 2011, págs. 69-102.

SALAZAR BENÍTEZ, O., «Derecho al matrimonio y diversidad familiar», *RDP*, núm. 86, 2013, págs. 195-226.

SERRANO, J. L., «La familia como asunto del Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 4, 2001, págs. 45-61.

Artículo 33

1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*
3. *Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

Sumario: I. Introducción general al art. 33 CE. 1. La exigencia de la interpretación sistemática de los tres apartados del art. 33 CE, un precepto «con varias incógnitas». 2. Sintética referencia a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 33 CE. 3. Régimen jurídico-constitucional del art. 33 CE. II. El art. 33.1 CE: el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la propiedad privada (y a la herencia). 1. El concepto constitucional de propiedad. 2. Concretas situaciones jurídico-patrimoniales subjetivas situadas bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE. 3. Relación del art. 33 CE con otros principios o derechos constitucionales. 4. Vertiente subjetiva y vertiente objetiva del derecho de propiedad. 5. El derecho a la herencia. III. Art. 33.2 CE: la función social de la propiedad. 1. El contenido posible de la función social: limitaciones negativas, obligaciones y cargas positivas. 2. Función social e intereses generales con rango constitucional. La propiedad que es soporte de esos intereses generales (o bienes colectivos). 3. Limitaciones, cargas y obligaciones derivadas de la función social y principio de proporcionalidad. IV. Art. 33.3 CE: las garantías constitucionales de la expropiación forzosa. 1. La aparente «constitucionalización» del art. 1 LEF de 1954 y, con ello, de buena parte de la LEF. Crítica general. 2. La frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE: el concepto constitucional de expropiación. El criterio formal de la singularidad (art. 1 LEF 1954) frente al criterio material del contenido esencial (art. 53.1 CE en relación con el art. 33.1 CE). 3. Expropiación forzosa y principio de proporcionalidad. 4. La primera garantía del art. 33.3 CE: la causa de utilidad pública o interés social. 5. La segunda garantía del art. 33.3 CE: la indemnización. 6. La tercera garantía del art. 33.3 CE: el derecho (no absoluto) a la defensa procedimental (y procesal) efectiva frente a la expropiación. La compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). 7. La exigencia constitucional de que la ley expropiatoria prevea ella misma la indemnización (Junktim-Klausel) y la prohibición a los órganos administrativos y judiciales de conceder indemnizaciones no previstas legalmente.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN GENERAL AL ART. 33 CE

1. La exigencia de la interpretación sistemática de los tres apartados del art. 33 CE, un precepto «con varias incógnitas»

El art. 33.1 CE garantiza los derechos a la propiedad privada y a la herencia; el art. 33.2 CE encomienda al legislador la tarea de configurar el contenido de estos derechos de conformidad con su función social; y el art. 33.3 CE establece como garantías constitucionales de la expropiación forzosa que esta se lleve a cabo por causa justificada de utilidad pública o interés social, que se otorgue al expropiado la correspondiente indemnización y que la privación de los bienes o derechos se realice «de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (más adelante se analizará con detalle el contenido que ha dado la jurisprudencia constitucional a esta garantía tan inconcretamente formulada por el texto del art. 33 CE).

Con razón —a mi juicio— y gráficamente se ha comparado este precepto a una ecuación «con varias incógnitas» (PIEROTH/SCHLINK, 1999, 221; que, evidentemente, refieren la comparación al art. 14 de la *Grundgesetz*, como se sabe, modelo de nuestro art. 33 CE). El ap. 1 garantiza (también) frente al legislador, por un lado, lo mismo que, por otro, el ap. 2 encarga al propio legislador que regule. Parece claro, asimismo, por lo que afecta a la relación entre los aps. 1 y 3 del art. 33 CE, que un concepto determinado de propiedad arrastra un concreto concepto de expropiación y que cada concepto de expropiación tiene detrás, como presupuesto, uno distinto de propiedad.

Si, por último, se ponen en conexión los aps. 2 y 3, fácilmente se cae en la cuenta de que ambos preceptos regulan dos formas de intervención del poder público en la propiedad de intensidad diversa: la imposición de límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social de los derechos patrimo-

niales (art. 33.2 CE) y la privación de esos derechos (art. 33.3 CE). Desde luego, la frontera entre los dos tipos de intervención no puede dibujarse gráficamente como una línea de la que pudiera decirse que destaca por la precisión de su trazado. En una primera aproximación puede afirmarse que cuanto más espacio se conceda al art. 33.2 CE, cuanto más se permita al poder público actuar sobre la propiedad al amparo de su vinculación social, menos supuestos deberán reconducirse al art. 33.3 CE, por considerarse expropiatorios. Y cuanto más se ponga el acento en la necesaria utilidad individual de la propiedad (art. 33.1 CE) y más restrictivamente se acepten las cargas sociales sobre este derecho, más casos deberán ser calificados como supuestos de expropiación forzosa (art. 33.3 CE).

Que el ap. 1 del art. 33 CE garantice (también) frente al legislador, por un lado, lo mismo que, por otro, el ap. 2 encarga al propio legislador que regule es algo que suscita problemas de interpretación constitucional que no son exclusivos del derecho de propiedad. Algo análogo sucede con todos los derechos que, de forma más o menos convencional, han sido calificados por la jurisprudencia constitucional como derechos de «configuración legal» (*vid.*, por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 42-44). La propiedad constitucional no tiene existencia propia independiente de la regulación legal de la propiedad. Esto, sin embargo, no dispensa de la necesidad interpretativa de discernir, por una parte, los límites del contenido esencial de este derecho fundamental (así, para todos los derechos fundamentales de «configuración legal», JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 44), que deben ser respetados por el legislador (art. 53.1 CE); y por otra, el trazado de la ya mencionada frontera que separa el art. 33.2 CE (limitación del contenido de la propiedad en virtud de su función social) del art. 33.3 CE (expropiación). Desde una perspectiva general, estas son las dos cuestiones más relevantes planteadas a quien interpreta este precepto constitucional.

Se verá inmediatamente que el Tribunal Constitucional ha puesto en conexión ambos problemas interpretativos: en último término, la frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE (para el legislador que regula el contenido de la propiedad; no para otros casos de intervención del poder público en la propiedad) coincide con la que impide al legislador que interviene en el contenido del art. 33.1 CE —en virtud del art. 53.1 CE— pasar de los límites de su contenido esencial (salvo que indemnice, en virtud del art. 33.3 CE).

La destacada observación gráfica de que en este precepto constitucional existen «varias incógnitas», en definitiva, puede reconvertirse en una afirmación que destaque la necesidad de la interpretación sistemática —conjunta— de los tres apartados del art. 33 CE. Sobre esa necesidad ha llamado expresamente la atención la jurisprudencia constitucional, que se ha referido a la «estrecha conexión de los tres apartados del art. 33 CE» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5), «que no pueden ser artificialmente separados» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

La evolución del concepto de propiedad privada (aps. 1 y 2 del art. 33 CE) ha arrastrado una transformación del concepto de expropiación (ap. 3); y la notable ampliación de las situaciones jurídico-patrimoniales que hoy cabe situar bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental ha corrido en paralelo con el abandono de una idea de expropiación que fundamentalmente se centraba en el procedimiento de traslado a la propiedad del Estado de los inmuebles necesarios para la realización de obras públicas: «la transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada» ha implicado «una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa» que experimenta «un proceso de extensión [...] a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales» (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13, y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 4).

2. Sintética referencia a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 33 CE

Creo que no es exagerado afirmar que el núcleo (y, quizá, algo más que eso) de la doctrina constitucional sobre las garantías del art. 33 CE fue creado por las respuestas del Tribunal Constitucional, en sus diez primeros años de actividad, al caso de la *Ley de reforma agraria andaluza de 1984* (STC 37/1987, de 26 de marzo) y al caso *Rumasa* [SSTC 111/1983, de 2 de diciembre (en adelante, *Rumasa 1*); 166/1986, de 19 de diciembre (*Rumasa 2*); y 6/1991, de 15 de enero (*Rumasa 3*); las tres del Pleno del Tribunal; ha habido otras sentencias relacionadas con el caso dictadas en procesos de amparo (puede consultarse un repaso analítico y detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia hasta 1995 en PARDO FALCÓN, 1995, 67 y ss.)].

En la **STC 37/1987**, el Tribunal hizo un notable esfuerzo de interpretación constitucional de la estructura del derecho fundamental y de las posibilidades abiertas al legislador para regular límites, obligaciones y cargas que recaen sobre la propiedad en virtud de su función social. Las palabras clave de esta resolución fueron: utilidad individual (que se situaba en el ap. 1 del precepto) y función social (ap. 2) como elementos definidores del contenido del derecho; y contenido esencial (art. 53.1 CE) como límite de los límites impuesto al legislador en esa tarea de definición de la propiedad. La STC 37/1987 también prestó atención al ap. 3 del art. 33 CE, aunque con referencia solo a las expropiaciones administrativas y con una finalidad fundamental de fijar el centro del análisis en la distribución de competencias normativas sobre expropiación forzosa (art. 149.1.18.ª CE) entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para permitir a estas, en sus ámbitos competenciales propios, que por ley declararan causas de expropiación.

El turno del art. 33.3 CE había llegado antes y duraría hasta después, con las tres citadas

sentencias que analizaron desde muchas perspectivas **un controvertido caso de expropiación legislativa**. Interesa destacar aquí, fundamentalmente, las perspectivas de las tres garantías constitucionales de la expropiación (causa de utilidad pública o interés social, indemnización y procedimiento) y la de la compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por lo que se refiere específicamente a la respuesta dada a esta última cuestión (expropiación legislativa y art. 24 CE), creo que este supuesto de la «pequeña historia» de la jurisprudencia constitucional puede alegarse como buen ejemplo de que, también entre nosotros, *hard cases make bad law*. Como se dirá más adelante, no considero incompatible la expropiación legislativa con el art. 24.1 CE (salvo que se dé a este precepto un alcance «prelegal» que no tiene en nuestra Constitución), pero la argumentación utilizada al respecto por la jurisprudencia constitucional sobre este punto quedó —y así sigue— marcada por la debilidad de la única respuesta (a mi juicio, poco convincente) que se supo dar entonces a esta cuestión.

De la doctrina creada a partir de estos dos casos ha vivido hasta ahora la jurisprudencia constitucional, que, en una visión de conjunto, ha dado pocos pasos relevantes desde entonces. Llegaron los casos de los recursos de inconstitucionalidad (junto con alguna cuestión de inconstitucionalidad) formulados contra las **leyes reguladoras de la función pública** (o de la carrera de los Jueces) que afectaban restrictivamente a situaciones jurídico-patrimoniales de los funcionarios, que se resolvieron, en esencia, con el *topos* constitucional de que ni el art. 9.3 CE (principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales) ni el 33.3 CE protegen frente a los cambios de legislación que solo eliminan expectativas no patrimonializadas. Así, por ejemplo, las SSTC 108/1986, de 29 de julio (reducción de la edad de jubilación de los Jueces por la LOPJ); 99/1987, de 11 de junio (reducción de la edad de jubilación de los

funcionarios); 178/1989, de 2 de noviembre (regulación de las incompatibilidades de los funcionarios); y 67/1990, de 5 de abril (también sobre incompatibilidades).

Llegaron también los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra las **nuevas leyes reguladoras del dominio público** y de las (en general, excepcionales) situaciones de titularidades privadas sobre bienes o derechos situadas en su entorno: SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (Ley de Aguas de 1985); y 149/1991, de 4 de julio (Ley de Costas de 1988). Cercana a ellas está, aunque no tratara ninguna regulación legislativa del dominio público, la STC 170/1989, de 19 de octubre (Ley madrileña de la Cuenca Alta del Manzanares). La doctrina constitucional se enriquecía con nuevo material, pero, sustancialmente, no se decía nada nuevo allí, como tampoco en la posterior STC 89/1994, de 17 de abril, sobre la regulación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

De la primera década después del 2000 cabe destacar dos resoluciones: la **STC 204/2004**, de 18 de noviembre (transferencia al Estado a los veinte años de los saldos en cuentas corrientes, por abandono); y la **STC 48/2005**, de 3 de marzo (expropiación legislativa para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias). Y, más recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre el preciso contenido de la garantía indemnizatoria de la expropiación forzosa (art. 33.3 CE) con ocasión del examen de la constitucionalidad de la ley y el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2007-2008 (SSTC **141/2014**, de 11 de septiembre; y 218/2015, de 22 de octubre); sobre los límites y cargas que a la propiedad permite imponer el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) [SSTC **154/2015**, de 9 de julio (ley andaluza de vivienda protegida); 16/2018, de 22 de febrero (ley foral de vivienda); y 32/2018, de 12 de abril (ley andaluza de la función social de la propiedad)]; sobre los efectos de la política de austeridad durante la gran crisis económica sobre las pensiones (**STC 49/2015**, de 5 de marzo); y

sobre un peculiar supuesto de expropiación por ley singular de una pensión excepcional concedida también por ley singular (STC 45/2018, de 26 de abril).

Hay más resoluciones constitucionales sobre la materia, que serán oportunamente citadas más adelante. Pero este era el momento solo de llevar a cabo una presentación sintética.

3. Régimen jurídico-constitucional del art. 33 CE

Bajo este apartado —cuyo título no es, ciertamente, muy expresivo— quiere hacerse referencia a algunas consecuencias jurídicas que establece la Constitución con respecto al contenido del art. 33 CE (derecho de propiedad y expropiación forzosa), vinculadas fundamentalmente al lugar que este precepto ocupa en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución (sobre esto puede verse, por ejemplo, BARNES, 1995, 30-31 y 51).

La regulación del derecho de propiedad está sometida a la **reserva de ley** establecida en el art. 53.1 CE. El Tribunal Constitucional ha destacado, no obstante, que la expresión «de acuerdo con las leyes» contenida en el art. 33.2 CE lleva a cabo una *flexibilización* de aquella reserva que da al reglamento en esta materia más espacio que el que puede corresponder a la norma infralegal en el ámbito de otros derechos fundamentales. Está prohibida «toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o *extra legem*, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal» [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3; y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9. B)]; amplia colaboración que al reglamento se atribuye, muy especialmente, en la regulación del régimen de la propiedad inmobiliaria (utilización de la propiedad agraria, usos e intensida-

des de la propiedad urbana, etc.), con respecto a la cual no puede normalmente la ley situarse en un nivel regulativo (que, sin embargo, es necesario) que alcance a la finca concreta.

La ley que regula la propiedad será **estatal o autonómica** en función del ámbito competencial en el que se sitúen «los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9). Un estudio más detallado de la regulación que ha de quedar reservada al Estado en este ámbito como imperativo del art. 149.1.1.^a CE (competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad) debe quedar remitido al análisis de este precepto relativo al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aquí puede bastar con decir que la mencionada competencia estatal fue objeto de una interpretación muy restrictiva (que ha marcado la jurisprudencia constitucional desde entonces) por la STC 61/1997, de 20 de marzo (relativa a la propiedad urbanística), FF. JJ. 7 a 10.

La regulación de la propiedad cae **fuera de la reserva a la ley orgánica**, como consecuencia de la interpretación estricta que ha hecho el Tribunal Constitucional de la expresión «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (art. 81.1 CE). Por eso mismo (art. 82.2 CE) puede ser esta materia objeto de la **delegación legislativa** prevista en el art. 82 CE. Uno de los más representativos ámbitos de regulación legislativa de la propiedad, el de la propiedad urbanística, ha estado durante décadas regulado por textos refundidos: aprobado con posterioridad a 1978, el

Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, sobre el que recayó la implacable (aunque por razones competenciales, no relativas a la sustancia del derecho de propiedad) —ya citada— STC 61/1997, de 20 de marzo.

Por **decreto-ley** es posible llevar a cabo expropiaciones legislativas. Con respecto al límite material consistente en que el decreto-ley no puede «afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE), el Tribunal Constitucional ha considerado que no puede darse a esta expresión un sentido tan amplio que impidiera a esa norma de rango legal llevar a cabo una concreta expropiación, siempre que no altere «elementos esenciales» del régimen de la expropiación forzosa [STC 111/1983, de 2 de diciembre (caso *Rumasa I*), FJ 8].

Para que tal expropiación legislativa sea conforme con el texto constitucional ha de concurrir la misma «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE), sin la que cualquier decreto-ley es inconstitucional. Pero, además, ya no por tratarse de una expropiación por decreto-ley, sino simplemente de una expropiación legislativa singular, debe darse un «supuesto estrictamente excepcional, frente al que no sea posible responder mediante el sistema expropiatorio general contenido en las leyes generales» [STC 48/2005, de 3 de marzo (caso: expropiación legislativa para la sede del Parlamento de Canarias), FJ 5]. Este límite ya no deriva del art. 86.1 CE (y no se enjuicia, por tanto, con ayuda de los criterios interpretativos de este precepto constitucional), sino del principio de proporcionalidad aplicado a la tercera garantía del art. 33.3 CE (defensa frente a la expropiación) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sobre esto se volverá más adelante.

Es de sobra conocido que «el derecho de propiedad y sus garantías, incluidos los límites constitucionales a la expropiación, no son susceptibles, de acuerdo con el art. 53 CE, del

recurso constitucional del amparo [...]. Ello no supone, sin embargo, la desprotección de tales derechos, sino solo que el constituyente no ha estimado necesario incluir este derecho y sus garantías en el ámbito de la protección reforzada que el art. 53.2 CE confiere a determinados derechos y libertades fundamentales, encomendando a los Tribunales ordinarios, que a su vez tienen abierta la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, la tutela de tal derecho y sus garantías» [STC 67/1988, de 18 de abril (caso: recurso de amparo interpuesto por Ruiz-Mateos contra una denegación de reversión), FJ 4].

La circunstancia de que el derecho de propiedad y las garantías de la expropiación no sean susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional no permite, desde luego, negar a aquel derecho el carácter de **derecho fundamental** que le corresponde desde la perspectiva de la Historia del constitucionalismo (incluso, de la Historia de las ideas), del Derecho comparado y de los tratados internacionales ratificados por España. Es conocido que mediante el Protocolo Adicional Primero, de 20 de marzo de 1952, se incorporó la propiedad al catálogo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. En la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional se da por supuesta esta calificación, por ejemplo, en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5: el derecho de propiedad como uno de los «derechos fundamentales de la persona» (*vid.*, también, BARNES, 1995, 30).

La idea de una **conexión conceptual entre la propiedad y la libertad** está presente como un tópico de uso habitual en el pensamiento jurídico centroeuropeo (*vid.*, por ejemplo, HESSE, 1993, 181; BADURA, 1996, 183; MAURER, 1999, 261; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, 2004, 493; PIEROTH/SCHLINK, 1999, 221). La protección constitucional de la propiedad está —se dice, incluso «estrechamente»— vinculada (así, la jurisprudencia del Tribunal Cons-

titucional Federal alemán; por ejemplo, *BVerfGE* 24, 367/389) con la defensa de una vertiente patrimonial del libre desarrollo de la personalidad, con la posibilidad de contar con un presupuesto patrimonial indispensable para configurar la vida personal libremente y de desplegar la libertad en los ámbitos de la actividad económica (trabajo y libertad de empresa). Resulta llamativo que esa conexión esté por completo ausente de más de 25 años de jurisprudencia constitucional española. En el orden de las ideas, quizá fuera esa falta de una conexión sólida entre la libertad y la propiedad en nuestra conciencia jurídica (a pesar de opiniones como la de Díez-PICAZO, 1995, 47, que califica como «doctrina tradicional» la que examina la propiedad —entre otras perspectivas— «como un instrumento puesto al servicio de la libertad de la persona y de su dignidad») lo que terminó convirtiéndose en regla constitucional que excluía este derecho del recurso de amparo.

En los Estados fuertes de Occidente, que han organizado tradicionalmente también fuertes sociedades (capitalistas), el binomio «libertad y propiedad» constituyó, en su momento, todo un símbolo cargado de contenido ideológico en torno al cual se crearon los instrumentos técnico-constitucionales que dieron forma al Estado de Derecho en su origen liberal individualista: derechos fundamentales, reserva de ley, división de poderes y control judicial del poder. Quizá porque España nunca estuvo en ese núcleo ni de Estados fuertes, ni de fuertes sociedades capitalistas, puede afirmarse hoy, como «observación marginal», pero expresamente, que «España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 134).

No creo que sea el peor ejemplo para demostrar esa afirmación —desde luego, necesita de prueba— el margen amplísimo de discrecionalidad que nuestro Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia siguen reconociendo a la Administración que

interviene en el derecho de propiedad al aprobar el planeamiento urbanístico. Ya solo que se hable de esa intensa «discrecionalidad» para caracterizar el encuentro del poder público con un derecho fundamental puede considerarse como algo anómalo. Donde la propiedad se toma en serio no se pone tanto el acento precisamente en la discrecionalidad, sino en el riguroso mandato de ponderación (con su carga vinculada de motivación y argumentación racional) de todos los intereses públicos y privados que, como exigencia implícita derivada del principio del Estado de Derecho, ha de observar la Administración al adoptar las decisiones sobre planeamiento. No es solo una cuestión de «prestigio» de la propiedad, es, sobre todo, una cuestión de «prestigio» del planeamiento, del que —con ayuda de esa jurisprudencia contencioso-administrativa— la conciencia social de este país no tiene precisamente la mejor de las imágenes (*vid.*, sobre esto, GALLEGO ANABITARTE, 1993, 22-23).

Desde la otra perspectiva desde la que puede abordarse la cuestión de la propiedad privada en el contexto de la Historia del pensamiento occidental —la de su vinculación a los intereses generales— es oportuno destacar, también, que la propiedad decimonónica del Estado de Derecho liberal individualista, consagrada en el art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y recogida en las codificaciones europeas (entre otros, en el art. 348 CC) como «derecho inviolable y sagrado», potencialmente absoluto e inmune a la acción del Estado en beneficio de la comunidad, constituye, precisamente, en realidad, un paréntesis en la tradición del pensamiento de Occidente, una «concepción coyuntural en la historia jurídica europea, porque desde la Baja Edad Media [...] hasta el siglo XVIII, pasando por la gran escuela de juristas y teólogos españoles [...] *la propiedad estaba vinculada moralmente*», idea esta que es retomada por el moderno constitucionalismo con la formulación terminológica de la función social (GALLEGO ANABITARTE, 1993, 28).

II. EL ART. 33.1 CE: EL ÁMBITO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO POR EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (Y A LA HERENCIA)

1. El concepto constitucional de propiedad

El concepto de propiedad contenido en el art. 33.1 CE no tiene el mismo significado que el que al mismo término «propiedad» se da en el art. 348 CC («la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa [...]»). Es evidente que el art. 33 CE no supone una «constitucionalización» de los arts. 348 CC (derecho de propiedad) y 349 CC (expropiación forzosa). Cada concepto que pasa al texto constitucional cobra un sentido propio que puede ser distinto (y en el caso de la propiedad, sin duda, lo es) del originario de la legalidad infraconstitucional de la que procede. «La Constitución posee la virtual capacidad de crear conceptos propios» (BARNES, 1988, 287).

Por lo mismo, tampoco puede decirse que el art. 33 CE (en concreto, su ap. 3) se haya limitado a «constitucionalizar» el amplio concepto legal de expropiación forzosa —más moderno que el del art. 349 CC— contenido en el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (en adelante, LEF): «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos [...]». El concepto constitucional de expropiación depende solo de la interpretación del art. 33.3 CE. Lo cierto es, sin embargo, que por la estrecha vinculación interpretativa —ya destacada más arriba— de los tres apartados de este precepto constitucional, y por la atención que el intérprete constitucional prestó desde los primeros años de su actividad al art. 1 LEF, ese generoso concepto legal de expropiación ha determinado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se dibujara también con trazos amplios el ámbito de protección constitucional del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, se afirma en la STC 108/1986, de 29 de julio (caso: jubilación anticipada de los Jueces por la LOPJ), FJ 20: «no define la Constitu-

ción qué deba entenderse exactamente por expropiación de bienes y derechos, pero [...] parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación».

La propiedad del art. 33 CE no es «una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el art. 348 CC, habiéndose producido, por el contrario, una extraordinaria diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos» (STC 37/1987, de 20 de marzo, FJ 2). «En efecto, el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad, y por lo que aquí interesa, como se infiere de la interpretación conjunta de los aps. 1 y 3 del art. 33 CE, tanto sobre bienes como sobre derechos, en este caso los del titular de la cuenta corriente sobre su saldo» (STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5).

Propiedad no significa en el art. 33.1 CE derecho real —como en el art. 348 CC—, que atribuye «el señorío abstracto y unitario sobre la cosa» (en expresión, por ejemplo, de LACRUZ, 1990, 284). Propiedad no significa en la Constitución ni siquiera (solo) derecho real; ni siquiera (solo) derecho oponible en el tráfico jurídico privado. En el art. 33.1 CE son propiedad protegida, en principio, las *situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial*. «La eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo» [STC 99/1987, de 11 de junio (caso: reforma del régimen de la función pública), FJ 6.b)]. No importa que, *prima facie*, la delimitación del objeto de protección sea tan amplia e imprecisa. Después será siempre posible excluir situaciones no merecedoras de protección constitucional mediante la aplicación de convincentes fórmulas argumentativas decantadas en la jurisprudencia: no se protegen las expectativas, ni las situaciones patrimoniales surgidas contra Derecho, etc.

2. Concretas situaciones jurídico-patrimoniales subjetivas situadas bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE

Se sitúa bajo el ámbito constitucionalmente protegido por el art. 33.1 CE, por descontado, la propiedad inmobiliaria frente al legislador que regula los límites, obligaciones y cargas de la propiedad urbanística (STC 61/1997, de 20 de marzo, FF. JJ. 7 a 10) o agraria (STC 37/1987, de 26 de marzo), de los bienes en que concurren valores medioambientales (STC 170/1989, de 19 de octubre; caso: Ley madrileña de la Cuenca Alta del Manzanares), o lindan con la ribera del mar [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8. A); propietarios de terrenos colindantes con el dominio público, en la zona de protección o de influencia que, por la nueva regulación de la Ley de Costas de 1988, «se verán impedidos de hacer lo que antes de ella podían», o del arrendador de viviendas o locales de negocio (STC 89/1994, de 17 de abril).

Pero también se sitúan bajo ese ámbito constitucionalmente protegido los derechos de aprovechamiento sobre bienes de dominio público, aunque hayan sido otorgados por la propia Administración (STC 227/1988, de 29 de septiembre, FJ 11: derechos de aprovechamiento privativo o especial regulados restrictivamente por la Ley de Aguas de 1985), la propiedad sobre bienes muebles y los derechos de crédito sobre saldos en cuentas corrientes (STC 204/2004, de 18 de noviembre), la propiedad intelectual (ATC 134/1995, de 9 de mayo; cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley de Propiedad Intelectual, por posible vulneración del art. 33 CE), y el derecho al cobro de una pensión excepcional concedida por ley singular (STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 2). La jurisprudencia constitucional ha declarado expresamente que «la garantía constitucional del derecho de propiedad cubre también los derechos reconocidos a través de acciones de protección social» (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4).

Especial referencia merecen las **posiciones jurídico-patrimoniales frente al Estado**

que ostentan quienes son funcionarios o Jueces, también, en principio, incluidas en el ámbito de protección constitucional del art. 33.1 CE. A pesar de alguna aislada (y sorprendente, a mi juicio) afirmación constitucional relativa a que el derecho de propiedad no «tiene que ver con el contenido —incluido el económico— de la función pública» (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9; la afirmación se repite casi literalmente en la STC 67/1990, de 5 de abril, FJ 7), se deduce del conjunto de la jurisprudencia recaída en este ámbito que las situaciones de carácter económico patrimonializadas por funcionarios o Jueces están protegidas por el art. 33.1 CE, aunque no lo estén las meras expectativas a que no se modifique por el legislador una ventaja no patrimonializada (en contra parece pronunciarse BARNES, 1995, 35: «nuestro Alto Tribunal ha rechazado que las posiciones funcionariales caigan dentro del presupuesto de hecho o ámbito material del art. 33 CE»).

Afirma la jurisprudencia constitucional que «es indudable que en el campo de la relación funcional el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar y, en ese sentido, es claro que ostenta, desde que ingresa en la función pública, el derecho a la jubilación o al pase a determinadas situaciones administrativas, también en la ley estatutaria previstas. Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto» [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6.a)]. La idea está formulada de forma intuitiva, pero —en mi opinión— la clave de la protección constitucional no ha de ser el carácter concreto o genérico del derecho (criterio este bastante artificial en su aplicación práctica), sino que quepa entender que —a través del trabajo personal prolongado en el tiempo (las percepciones derivadas de los sexenios de investigación reconocidos a los Profesores de Universidad, por ejemplo) o de algún otro tipo de prestación del titular de la situación patrimonial— **el derecho se haya incorporado o no a su patrimonio**. Las SSTC 83/2015, de 30 de abril, y 191/2015, de 21 de septiembre, por desapari-

ción sobrevenida del objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad (derivada de una satisfacción extraprocésal de las pretensiones deducidas en los procesos *a quibus*), no llegan a analizar si la supresión dispuesta por Decreto-ley de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 para el personal del sector público vulneraba la garantía constitucional de la propiedad con respecto a las cuantías devengadas en el momento de la entrada en vigor del Decreto-ley.

Algo similar cabe decir de la protección derivada del art. 33.1 CE para los **derechos frente a entidades aseguradoras de la Seguridad Social o análogos**. El art. 33 CE, como es lógico, no hace inmodificables las regulaciones de estas situaciones patrimoniales, pero los derechos patrimonializados en virtud de una prestación exigida al destinatario de la protección social se sitúan en el ámbito garantizado por el derecho constitucional a la propiedad. En el Derecho alemán se afirma que este tipo de derechos caen en el ámbito de protección de la propiedad constitucional en la medida en que sean equivalentes de una prestación personal y sirvan a la finalidad del personal sustento económico (*vid.*, por ejemplo, HESSE, 1993, 182; y PIEROTH/SCHLINK, 1999, 224). En el supuesto de la STC 65/1987, de 21 de mayo, si no se estimó inconstitucional la nueva regulación del contenido de los derechos frente a una Mutualidad de previsión social fue porque el Tribunal entendió que no podía «hablarse de privación de derechos de ningún tipo», pero el punto de partida del análisis fue precisamente el de que esas situaciones se sitúan bajo la cobertura constitucional del art. 33 CE (*vid.*, en especial, FF. JJ. 12 y 15).

Como ya se ha dicho, el art. 33 CE no protege, sin embargo, las **meras expectativas** de que permanezca incólume una regulación legal patrimonialmente ventajosa o una situación objetiva no incorporada al patrimonio personal. Ha afirmado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, que «quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho

subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser(lo) a tal edad» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 16); o que para los titulares de derechos de aprovechamientos de aguas a los que la nueva regulación legal «congela» su derecho únicamente en los términos en que esos derechos están siendo efectivamente ejercidos «solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12). Es innecesario destacar que la distinción entre una situación patrimonializada y una expectativa no protegida por el art. 33 CE no será siempre tan fácilmente argumentable como sugiere la contundencia de estas afirmaciones del Tribunal. Las SSTC 49/2015, de 5 de marzo (FF. JJ. 5 y 6), y 144/2015, de 22 de junio (FJ 2), estimaron que los pensionistas «solo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto», expectativa que había quedado suspendida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado «con anterioridad a su consolidación».

Tampoco se protegen por el art. 33 CE las **situaciones subjetivas patrimoniales adquiridas o consolidadas ilegalmente**. Un precepto legal que declara la incompatibilidad entre la percepción de una pensión y la obtención de ingresos derivados del trabajo, incompatibilidad que había sido sorteada en el pasado solo por la vía de los hechos (o sea, ilegalmente), «viene a incidir sobre una situación de hecho no garantizada por el ordenamiento, sino opuesta a sus previsiones, y que, por tanto, no podía dar lugar a un derecho de carácter patrimonial a su mantenimiento, cuya privación deba ser objeto de indemnización» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 18; en sentido semejante, STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9, que se refiere a situaciones nacidas de la «simple tolerancia», «sin reconocimiento legal, incluso contra la prohibición expresa de la ley»).

Con respecto al desconocimiento por parte de la Ley de Costas de 1988 (disposición tran-

sitoria segunda.2) de cualquier derecho sobre terrenos ganados al mar «sin título administrativo suficiente» afirmó el Tribunal que «el hecho de que el respeto a las situaciones preexistentes a la Ley quiebre cuando los terrenos hubiesen sido ganados ilegítimamente, sin título habilitante, está plenamente justificado, pues ningún derecho o interés jurídicamente protegible queda en tal caso afectado» [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8. C); la misma solución se dio al mandato legal de demolición de las obras realizadas ilegalmente con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, FJ 8. E)].

3. Relación del art. 33 CE con otros principios o derechos constitucionales

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado frecuentemente a la invocación conjunta, frente a nuevas regulaciones legislativas (de carácter restrictivo) de derechos de contenido económico, del **art. 33 CE** con diversos **principios del art. 9.3 CE**, en especial la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica. La jurisprudencia ha otorgado, también con frecuencia, un tratamiento conjunto a esas alegaciones, pero, quizá, no tan sistemático como hubiera sido posible. Puede verse un planteamiento de ese tipo en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FF. JJ. 9 a 11: «cuestión distinta, aunque no completamente ajena a la seguridad jurídica, dada la *relación recíproca que media entre numerosos principios y preceptos constitucionales*, es saber y decidir ahora si las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la Ley (de Aguas de 1985) impugnada vulneran o no las garantías del derecho de propiedad privada y de los derechos patrimoniales contemplados en el art. 33 CE».

La conexión ideal entre estos preceptos es evidente. El art. 33 CE protege las situaciones patrimoniales consolidadas y coincide con el art. 9.3 CE, en su vertiente de prohibición de

la retroactividad, en que supone un límite a una nueva regulación legislativa de derechos patrimoniales que pretendiera incidir restrictivamente sobre situaciones ya incorporadas al patrimonio. Esta relación está implícita, por ejemplo, en la STC 65/1987, de 21 de mayo (nueva ordenación legal de la cobertura de las prestaciones de una Mutuality), FJ 16: «no puede apreciarse que la norma impugnada afecte retroactivamente a situaciones consolidadas, como bienes o derechos integrados en la esfera de disponibilidad de los beneficiarios de prestaciones causadas». Por su parte, el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE —en la vertiente jurídico-económica que ahora nos interesa— protege la confianza del titular de situaciones patrimoniales en que se respetará por el poder público (no solo por el legislador) lo ya adquirido.

Desde luego, el ámbito de vigencia de los dos principios mencionados del art. 9.3 CE es más extenso que el que atañe solo a los derechos e intereses de carácter patrimonial. Pero en cuanto a ese campo de «lo patrimonial» creo que puede afirmarse que existe una idea regulativa común de los tres preceptos mencionados: la Constitución protege «lo existente» —en el sentido de «lo consolidado»— en el ámbito de las situaciones patrimoniales (PIEROTH/SCHLINK, 1999, 225). Gráficamente puede expresarse esta idea común si se afirma que estos tres preceptos constitucionales contienen un mismo principio «antirrevolucionario» (muy propio del Estado liberal-burgués de Derecho) en materia económica.

El art. 33 CE introduce, sin embargo, una regla especial que no se encuentra en los dos principios mencionados del art. 9.3 CE: la del art. 33.3 CE, que permite mediante indemnización y con respeto de las demás garantías constitucionales de la expropiación, actuar retroactivamente sobre situaciones patrimoniales ya consolidadas y «defraudar» la confianza en que lo ya existente será respetado.

Esa conexión ideal y solapamiento parcial de lo protegido por el art. 33 CE y por el principio

de seguridad jurídica del art. 9.3 CE se ponen de manifiesto gráficamente, aunque por vía negativa, en la STC 204/2004, de 18 de noviembre (cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 29.2 de la Ley General Presupuestaria de 1988 —hoy, art. 18.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003—, por posible vulneración del art. 33.3 CE, en cuanto dispone que pasan a la propiedad del Estado los saldos en cuentas corrientes con respecto a las cuales en el plazo de veinte años no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad). La *ratio decidendi* latente en la resolución constitucional desestimatoria (en especial, FJ 7) pone en conexión la expropiación con la seguridad jurídica, y descansa sobre la idea de que —con independencia de otras consideraciones— no puede hablarse de expropiación cuando el resultado desposesorio puede preverse y evitarse con veinte años de antelación.

También se ha llamado la atención con frecuencia sobre la relación entre el **derecho de propiedad (art. 33 CE)**, el **derecho al trabajo (art. 35.1 CE)** y la **libertad de empresa (art. 38 CE)**. Se dice gráficamente que el art. 33 CE protege lo obtenido, el resultado de una actividad económica; la ganancia y la actividad misma son objeto de protección por los arts. 35.1 CE y 38 CE (así, en relación con los arts. 14 y 12 de la *Grundgesetz*, PIEROTH/SCHLINK, 1999, 225, con cita de la jurisprudencia constitucional alemana; por ejemplo, *BVerfGE* 88, 366/377).

Cuando el fundamento de una actividad económica es un bien y la actividad empresarial consiste en un determinado aprovechamiento de aquel, la protección de la libertad de empresa no puede ir más lejos que la de la propiedad; o, dicho de otro modo, los límites o las cargas u obligaciones que —en virtud de la función social de la propiedad— pesen sobre el bien, constituyen también cargas constitucionalmente admisibles del derecho a la libertad de empresa. «La función social de la propiedad, al configurar el contenido de este

derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de limitar a su vez el derecho del empresario (agrícola) para producir o no producir, para invertir o no invertir [...]. La libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa» [STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5; doctrina reiterada más tarde por la STC 89/1994, de 17 de abril (arrendamientos urbanos), FJ 6].

4. Vertiente subjetiva y vertiente objetiva del derecho de propiedad

Constituye ya doctrina sólidamente asentada —y suficientemente conocida— en nuestra jurisprudencia constitucional que «los derechos fundamentales no incluyen solamente *derechos subjetivos de defensa* de los individuos frente al Estado [...], sino también *derechos positivos* por parte de este [...]. Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del *orden jurídico objetivo*, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un *sistema de valores* que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el *fundamento del orden jurídico y de la paz social*» (por todas, STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4).

Con esta afirmación no decía nuestro Tribunal Constitucional nada que no fuera ya patrimonio común de la doctrina jurídica europea, muy destacadamente, de la alemana. Es más, si en el Derecho alemán, del que parece proceder la visión de los derechos fundamentales como un sistema de valores y principios, en el sentido objetivo indicado, se llegó a esa concepción, fundamentalmente, a través de pronunciamientos de la doctrina y de la jurisprudencia que, como se sabe, suscitaron (y,

en parte, siguen suscitando) polémica, en nuestro Derecho constitucional hay apoyos positivos expresos a esa denominada vertiente objetiva de los derechos fundamentales: los *valores* superiores del art. 1.1 CE; la dignidad de la persona y los derechos fundamentales como *principios superiores* de todo el orden jurídico y político (art. 10.1 CE); la obligación positiva de los poderes públicos de establecer las condiciones y remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE); etc. (GALLEGO ANABITARTE, 1994, 103-105: «esto no es doctrina en España, es Derecho positivo»).

Esta es, a mi juicio, una de las cuestiones relativas a la propiedad más confusamente perfiladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; lo que no debe sorprender, porque la cuestión tampoco goza de perfiles claros en su tratamiento doctrinal. De forma general podría afirmarse que cada autor que escribe sobre la propiedad tiene una idea personal sobre lo que significa concretamente su vertiente objetiva o institucional (*vid.*, por ejemplo, las opiniones de MONTES, 1980, 190; LÓPEZ Y LÓPEZ, 1988, 131-133; REY MARTÍNEZ, 1994, 153 y ss., 318 y ss.; BARNES, 1988, 116 y 266 y ss.; BARNES, 1995, 31).

A veces, el Tribunal Constitucional parece poner en conexión la vertiente institucional de la propiedad con la idea de que la función social delimita su contenido, lo que no se entiende bien, porque la función social también (o, quizá: más bien) delimita el contenido de la propiedad como derecho subjetivo. Este es el caso, por ejemplo, de la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8: «el derecho a la propiedad privada que la Constitución reconoce y protege tiene una *vertiente institucional*, *precisamente derivada de la función social* que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir». En otras ocasiones, la vertiente institucional se vincula con la tesis de que no existe «una única propiedad», sino una «extraordinaria diversificación de la *institución* dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diverso»

(por ejemplo, STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, que cita la STC 37/1987). Vertiente institucional se identifica aquí con la regulación del régimen jurídico de los diversos tipos de bienes (propiedad inmueble urbana, agraria, de bienes con valor medioambiental, etc.). En este caso no está muy claro por qué se elige la expresión «vertiente institucional» para identificar esa idea.

A mi juicio, una aplicación al concreto ámbito de la propiedad de la idea, transcrita más arriba, que el Tribunal Constitucional tiene de esa vertiente objetiva —en mi opinión, esta expresión es más clara que la de la «institución»— de los derechos fundamentales en general, se traduce en la directiva constitucional (entregada, desde luego, a la configuración del legislador) de que el orden económico se base sustancialmente en la titularidad privada de los bienes, con independencia de las posibles excepciones (también previstas constitucionalmente en el art. 128.2 CE: reserva de recursos al sector público); y de que exista una adecuada protección en el ordenamiento jurídico (también en el jurídico-privado) de las posiciones jurídico-patrimoniales.

5. El derecho a la herencia

Junto con el derecho a la propiedad privada el art. 33.1 CE reconoce el derecho a la herencia (sobre este derecho en la Constitución, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, 1994, 29 y ss.). La atención que la jurisprudencia constitucional ha prestado a este segundo derecho ha sido insignificante. En las resoluciones constitucionales importantes sobre la propiedad, el derecho a la herencia prácticamente ni se menciona. Esto no es extraño si se tiene en cuenta, por una parte, que el derecho del *de cuius* a decidir sobre el destino de su patrimonio, como derecho de disposición sobre los bienes que lo integran, ya está protegido por el derecho de propiedad (PIEROTH/SCHLINK, 1999, 226); y por otra, que el derecho a la herencia debe su expresa mención en el art. 33.1 CE exclusivamente a la tradición (más que a una idea siste-

mática propia del ámbito de los derechos fundamentales) (PIEROTH/SCHLINK, 1999, 226).

III. ART 33.2 CE: LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

1. El contenido posible de la función social: limitaciones negativas, obligaciones y cargas positivas

El art. 33.2 CE encomienda al legislador la tarea de configurar y delimitar el contenido del derecho de propiedad atendiendo a los imperativos de la función social que la propiedad (en concreto, cada tipo de bienes sobre los que recaen las titularidades privadas) está constitucionalmente llamada a cumplir.

«La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 89/1994, de 17 de abril, FJ 4).

La concreta **articulación jurídico-técnica de la función social** es cuestión, por tanto, entregada al legislador. La función social puede materializarse en simples **limitaciones negativas** del contenido de un derecho, del que se extraen facultades —que, en consecuencia, no se atribuyen al propietario—, como, por ejemplo, la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de la servidumbre de protección de la ribera del mar [art. 25 de la Ley de Costas; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8.a)], la prohibición de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda llegado el día del vencimiento pactado (STC 89/1994,

de 17 de abril, en especial, FJ 5), la de destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con una rigurosa protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8), la prohibición de enajenar viviendas protegidas sin comunicarlo a la Administración para que pueda ejercer derechos de adquisición preferente (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4), o la reserva mínima de suelo residencial de una actuación urbanística para viviendas con régimen de protección pública [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8. A).b)].

Pero también puede el legislador, dando un paso más allá, imponer al propietario el cumplimiento de **cargas u obligaciones positivas**, que determinan, por ejemplo, la manera en que debe obtenerse el aprovechamiento agrícola de fincas de esta naturaleza (STC 37/1987, de 26 de marzo), o hacen recaer sobre los propietarios de viviendas el deber de destinarlas efectivamente al uso residencial (SSTC 16/2018, de 22 de febrero, FJ 17; y 32/2018, de 12 de abril, FJ 7); y sobre el propietario de inmuebles urbanos costosísimos deberes de ceder (suelo destinado a dotaciones públicas y suelo con aprovechamiento urbanístico), de realizar la urbanización (o, al menos, costearla) y de incorporarse a un complejo procedimiento en el que se sustancia la equidistribución de las cargas urbanísticas (tradicionalmente: reparcelación o compensación) (sobre esto, por ejemplo, STC 61/1997, de 20 de marzo, FF. JJ. 7 a 10).

La jurisprudencia constitucional ha puesto un especial empeño en destacar que esas limitaciones, o esas cargas y obligaciones, *también definen* —junto con la utilidad privada de la situación patrimonial correspondiente— el contenido del derecho de propiedad. Tanto empeño que, en mi opinión, alguna vez se ha incurrido en excesos dialécticos, como cuando se ha afirmado que «la fijación del *contenido esencial* de la propiedad privada [...] debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social»; o se habla del «*contenido esencial*, delimitado por la función social» (ambas afirmaciones en la STC 37/1987, de 26

de marzo, FJ 2; y la primera es también citada en la STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 4).

En este punto es necesario un esfuerzo de precisión. *La función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial.* El contenido esencial (art. 53.1 CE) es cabalmente el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social. Y ese «límite de los límites» ya no incluye la función social, sino —como se verá en adelante con más detalle— justamente un resto mínimo de «utilidad meramente individual» que permita que eso que se sigue llamando propiedad siga siendo reconocible como tal (así, con precisión, STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, párr. 5) (BARNES, 1995, 43, se refiere a la «frontera de la rentabilidad del derecho»; PAPIER, 2000, 1403, afirma, en este contexto: «una privación completa —o casi completa— de la utilidad privada convierte la propiedad en una carga que debe soportar exclusivamente el propietario para la utilidad de todos [...]. Con ello, la posición jurídica del afectado se aproxima a una situación que ya no merece el nombre de propiedad»).

2. Función social e intereses generales con rango constitucional. La propiedad que es soporte de esos intereses generales (o bienes colectivos)

Tras la lectura de afirmaciones de la jurisprudencia constitucional como las transcritas (función social y utilidad individual definen el contenido de la propiedad) cabe preguntarse si esto siempre es así, si la propiedad sobre cualquier tipo de bienes o cualquier situación subjetiva patrimonial tiene siempre esa doble cara: función social y utilidad individual. ¿Sobre cualquier tipo de bienes o derechos recae una función social? ¿Sobre el mobiliario o los electrodomésticos de una vivienda? ¿Sobre los utensilios de trabajo o de aseo personal?

La respuesta negativa se impone. No sobre cualquier clase de bienes o derechos recaen

límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social, sino precisamente sobre los **bienes o derechos privados que son, al mismo tiempo, soporte de intereses generales o bienes de la colectividad**, muchos de ellos dotados de rango constitucional. Así, por ejemplo, la función social «debe vincular» la propiedad de inmuebles destinados a uso residencial que son el soporte físico del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y que cumplen con una función, también, fácilmente comprensible, de protección de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), etc. (así, SSTC 89/1994, de 17 de abril, FJ 4; y 154/2015, de 9 de julio, FJ 4), la propiedad de fincas agrícolas cuya infrutilización afecta negativamente al progreso social y económico y a la distribución equitativa de la renta personal (art. 40.1 CE), la utilización de fincas que sean soporte de recursos naturales (art. 45 CE) y de muebles o inmuebles con valor histórico, cultural o artístico (art. 46 CE), etc.

Cuanto más claramente unos bienes privados sean soporte de bienes colectivos de ese tipo, más lejos pueden llegar las facultades regulativas del legislador que debe garantizar que esa propiedad sirva a la protección también de los intereses generales (PAPIER, 2000, 1401; HESSE, 1993, 184). El Tribunal Constitucional ha destacado, desde esta perspectiva, la especial trascendencia, por ejemplo, de la propiedad inmobiliaria, «lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). Para bienes que carecen de esa dimensión de la utilidad general puede (quizá, debe) prescindirse, por definición, de la vertiente de la función social.

3. Limitaciones, cargas y obligaciones derivadas de la función social y principio de proporcionalidad

Para que, en virtud de la vinculación de la propiedad a los bienes colectivos o intereses

generales de los que aquella es soporte, sean constitucionalmente admisibles las limitaciones, cargas u obligaciones impuestas por el legislador no pueden aquellas «ni supone(r) la desaparición o negación del contenido esencial del derecho allí (en el art. 33 CE) reconocido, ni, por otro lado, la delimitación que de ese derecho realizan (puede) carece(r) de fundamento o justificación constitucional» (STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5).

Con esta afirmación destacaba la jurisprudencia constitucional los dos límites generales (y comunes para toda la teoría general de los derechos fundamentales) que debe respetar el legislador al delimitar las situaciones patrimoniales subjetivas conforme a las exigencias de su función social: el *contenido esencial* (art. 53.1 CE) y el *principio de proporcionalidad*. A este se hace una referencia todavía imprecisa, porque solo después fue recibida en la jurisprudencia constitucional la específica articulación del test de proporcionalidad en tres escalones (idoneidad, necesidad y ponderación —o proporcionalidad en sentido estricto—) elaborada en el Derecho público alemán y recibida, a partir de ahí, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Salvo error por mi parte, la primera vez que el Tribunal Constitucional hizo uso de ese preciso y perfilado examen escalonado de la proporcionalidad fue en la STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5), en un supuesto relativo al derecho de reunión (art. 21 CE).

Tres son los aspectos —que ahora interesan— que suscita la regulación del art. 33 CE como objeto específico de aplicación del principio de proporcionalidad: a) la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad no puede ir más lejos de lo que sea necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social (art. 33.2 CE); b) se ha dicho, también, que este principio rige igualmente para elegir entre una medida situada en el ámbito del

art. 33.2 CE y el del art. 33.3 CE: «a la expropiación solo podrá recurrirse cuando no sea posible alcanzar el objetivo o la finalidad con la misma eficacia a través de la configuración del contenido» (BARNES, 1995, 54), y c) para elegir entre la expropiación legislativa y la administrativa (dentro ya del art. 33.3 CE): la legislativa es subsidiaria de la administrativa, por la limitación del derecho de defensa que supone para el expropiado (BARNES, 1995, 52).

Sobre el aspecto destacado en la letra a) (la imposición de límites, cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad no puede ir más lejos de lo que sea necesario para la defensa de los intereses generales que constituyen en cada caso la concreción de la función social), recientemente el Tribunal parece haber negado que la constitucionalidad de la imposición sobre la propiedad por el legislador de los citados límites, obligaciones y cargas deba ser examinada conforme al test de los tres escalones de la proporcionalidad: ese test se sustituye por el (claramente menos incisivo) examen del «equilibrio justo» o «relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida» [SSTC 16/2018, de 22 de febrero (ley foral de la vivienda), FJ 17; y 32/2018, de 12 de abril (ley andaluza de la función social de la vivienda), FJ 7]. Si se pone en conexión esta doctrina con la expuesta, con respecto a la libertad de empresa (art. 38 CE), en la STC 111/2017, de 5 de febrero (ley de la unidad de mercado), FJ 4, podría deducirse que para los derechos fundamentales de contenido patrimonial (propiedad y libertad de empresa) el Tribunal ha decidido dejar de lado el control intenso de la proporcionalidad para valerse del más liviano «cannon de razonabilidad».

Sobre la expropiación legislativa [letra c) anterior] se volverá más adelante. Aquí quiero también mencionar las dudas que me suscita la aplicación del principio de proporcionalidad en los términos expuestos en la letra b) (supuesta preferencia de la carga derivada de la función social a la expropiación). No estoy seguro de que, desde la perspectiva de los in-

tereses económicos del propietario afectado, siempre sea menos limitativa la imposición de cargas derivadas de la función social que la expropiación pura y simple. Una propiedad muy gravada puede ser, en ocasiones, económicamente peor que una propiedad expropiada, si se permite el juego de palabras.

Así pues, para la defensa de los intereses colectivos afectados por la propiedad el legislador encuentra el límite del principio de proporcionalidad (también denominado, en ocasiones, «**prohibición de exceso**» —*Übermassverbot*—). Pero el Tribunal Constitucional también ha insinuado alguna vez que el legislador está sometido igualmente a una «**prohibición de defecto**» (*Untermassverbot*) en la defensa de los bienes colectivos de los que es soporte la propiedad privada. A veces, en función de la densidad regulativa de los preceptos constitucionales que se refieren a esos bienes de la colectividad, ya no se tratará de que el legislador «pueda» gravar la propiedad para defenderlos, sino de que «deba» hacerlo.

Eso sucedió con la defensa de los bienes del dominio público hidráulico conforme a los principios concretados en el art. 132.1 CE (inalienabilidad, imprescriptibilidad, etc.). La Ley de Aguas de 1985 había reducido el plazo de derechos de aprovechamiento concedidos anteriormente a perpetuidad a un máximo (a partir de la entrada en vigor de la ley) de setenta y cinco años. El Tribunal dijo al respecto, por lo que ahora nos interesa, que al regular el contenido de esos derechos de carácter patrimonial «el legislador no solo *puede*, sino que *debe* tener en cuenta las exigencias del interés general»; y que «debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no meramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 CE consagra» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11).

Algo semejante podría plantearse —a mi juicio—, por ejemplo, con respecto a una regula-

ción legislativa de la propiedad urbanística que no previera técnicas de recuperación de plusvalías para la colectividad, pues el mandato del art. 47 CE (segundo párrafo) es tajante (aunque deje al legislador, sin duda, un amplio margen configurador de las técnicas jurídicas concretas): «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

IV. ART. 33.3 CE: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

1. La aparente «constitucionalización» del art. 1 LEF de 1954 y, con ello, de buena parte de la LEF. Crítica general

El art. 33.3 CE regula las garantías constitucionales de la expropiación forzosa, que se imponen, como es evidente, a todos los poderes públicos; en concreto, tanto a la Administración cuando acuerda la expropiación administrativa, que puede ser calificada como la expropiación constitucionalmente ordinaria, como al legislador cuando, en casos excepcionales, acuerda una expropiación legislativa, no excluida por la Constitución (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13; caso *Ru-masa 2*).

Sobre el art. 33.3 CE se ha dicho —yo creo que con razón— que «el Tribunal Constitucional ha hecho una notable operación, que es la de constitucionalizar ese concepto abstracto de expropiación (el del art. 1 de la LEF de 1954), interpretando a su luz la garantía del art. 33.3 CE» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 135). En efecto, tanto para el concepto de expropiación, como —según se ha dicho más arriba—, muy vinculado a ello, para el mencionado concepto amplio de las situaciones patrimoniales protegidas por el art. 33.1 CE, el Tribunal partió de las ideas que habían ido cobrando cuerpo en nuestro Derecho administrativo desde la década de los cincuenta.

El problema surgió cuando lo que se constitucionalizó ya no fue solo una idea sobre la expropiación o sobre la propiedad, sino las reglas básicas de todo un procedimiento administrativo expropiatorio regulado legalmente; cuando se procedió literalmente a interpretar las garantías del art. 33.3 CE «conforme a la ley» (la de expropiación forzosa de 1954), en lugar de interpretar la ley «conforme a la Constitución»; y, con ese bagaje hubo que dar respuesta a un polémico supuesto de expropiación legislativa singular, el del grupo Rumasa.

Donde el Tribunal Constitucional no hubiera encontrado especiales problemas si se hubiera limitado a contrastar la ley expropiatoria singular *solo* con las garantías expropiatorias del art. 33.3 CE, se introdujo, sin embargo, en un laberinto argumentativo —del que la jurisprudencia constitucional todavía no ha salido— por enredarse en el contraste de la medida legislativa expropiatoria con los principios de una «supralegalizada» regulación general de la LEF de 1954.

Con esto se llega a lo que —en mi opinión— constituye el punto más vulnerable de la doctrina constitucional sobre el art. 33 CE. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la expropiación legislativa está marcada por la confusión y la mezcolanza entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad; por la inconsistencia de afirmaciones —para mí— sorprendentes sobre las relaciones entre ley general y ley singular (el contenido de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11, sobre la ley general y la ley singular en la Constitución —a mi juicio— merecería por sí solo un comentario aparte; muy crítico, por cierto); por el injustificado convencimiento, que se deja ver en las resoluciones sobre esta materia, de que las posibilidades de defensa que tiene el expropiado en el procedimiento general expropiatorio administrativo deben ser canon de constitucionalidad también de la expropiación legislativa (¿por qué?), de forma tal que la compatibilidad entre la expropiación

legislativa y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se ha resuelto con afirmaciones que —como se verá— no satisfacen ni siquiera a la jurisprudencia constitucional posterior, que, sin embargo, se siente obligada a seguir sometándose a ellas formalmente.

No son pocos los ejemplos que pueden ponerse de esa perturbadora «constitucionalización» del procedimiento general expropiatorio de la LEF: la distinción entre la declaración de utilidad pública o interés social y el acuerdo de necesidad de ocupación, tal y como esta se realiza en la LEF de 1954 (en sus arts. 9 y ss. y 15 y ss.), no es, en sí, desde luego, una distinción constitucional que se derive del art. 33.3 CE, a pesar de lo cual el Tribunal la ha utilizado para examinar la constitucionalidad de una expropiación legislativa [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15. A); rectificada después, para mejor, por la STC 6/1991, de 15 de marzo (caso: *Rumasa 3*), FJ 6, en la que ya parece que toma el Tribunal distancia de las categorías de la legalidad ordinaria]; toda la regulación procedimental de la LEF se utiliza como canon de constitucionalidad, pues se impone a la ley expropiatoria que se limite a «introducir especialidades» procedimentales, pero respetando las «líneas maestras de (dicho) procedimiento general» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15. C)]; yo creo que eso no es una exigencia derivada directamente del art. 33.3 CE, que, evidentemente, no puede hacer una ley anterior (la LEF) inmodificable por una posterior (la ley expropiatoria singular). No es correcto —en mi opinión— afirmar que «las expropiaciones legislativas [...] deben, por último, respetar lo dispuesto en las leyes» (¡la ley debe respetar la ley!); y no pueden «prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio establecido en las leyes generales de expropiación, al cual deben igualmente someterse» (¡un procedimiento administrativo general —por cierto, preconstitucional— convertido en canon de constitucionalidad!) (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 5).

2. La frontera que separa el art. 33.2 CE del art. 33.3 CE: el concepto constitucional de expropiación. El criterio formal de la singularidad (art. 1 LEF 1954) frente al criterio material del contenido esencial (art. 53.1 CE en relación con el art. 33.1 CE)

Como acaba de decirse, desde las primeras resoluciones constitucionales dictadas sobre el art. 33.3 CE el Tribunal Constitucional hizo uso del concepto de expropiación forzosa heredado de la legislación preconstitucional. Así, por ejemplo, la STC 99/1987, de 11 de junio: «el (constituyente) tuvo en cuenta el concepto de expropiación forzosa de la Ley vigente (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954) que lo [...] define como cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos» [FJ 6.b)].

Ese concepto de expropiación se ha calificado como **concepto formal de expropiación**, porque escoge un elemento formal —el del enfrentamiento entre lo singular y lo general— para caracterizar la institución. Muy sintéticamente puede completarse el contexto explicativo de este concepto formal de expropiación si se dice que, en él, lo relevante de la expropiación es que afecta singularmente a un círculo determinado o determinable de afectados, que soportan una privación singular en beneficio del interés general, de forma tal que tienen derecho a exigir de la colectividad una indemnización que les compense por su «sacrificio especial» [esta consagrada expresión para definir la expropiación es utilizada también por la citada STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6.b)]. En último término, la indemnización compensa por una desigualdad en cuanto a la aportación de aquellos individuos al bien colectivo. Esta idea de expropiación es muy adecuada para definir la medida expropiatoria de la Administración en aplicación de la legislación expropiatoria general e, incluso, del legislador que expropia singularmente.

Sin embargo, el criterio formal de la oposición entre lo singular y lo general no sirve para poner límites derivados del art. 33.3 CE al legislador que con carácter general regula el contenido de los derechos patrimoniales. ¿No hay que calificar nunca una regulación restrictiva general de derechos patrimoniales como expropiatoria, porque, al fin y al cabo, la regulación es precisamente general, recae sobre todos los propietarios y, en definitiva, no impone a nadie un sacrificio especial?

A esta cuestión respondió por primera vez la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 11, que completó el concepto formal (útil para las expropiaciones singulares de la Administración o del legislador) con otro **concepto material de expropiación** (útil frente al legislador que regula derechos patrimoniales con carácter general), del que se dice que es material, justamente, porque atiende a la sustancia de la regulación y, en concreto, pone en conexión la frontera entre el art. 33.2 CE (función social) y el art. 33.3 CE (expropiación) —frontera de la que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que «no es siempre fácil de determinar» [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b)]— con la doctrina del contenido esencial (art. 53.1 CE) aplicada al derecho de propiedad (art. 33.1 CE). La misma idea de los dos conceptos de expropiación, uno formal (singular-general) y otro material (contenido esencial) es de uso frecuente por parte de la doctrina (*vid.*, por ejemplo, BARNES, 1995, 38; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 136; MAURER, 1992, 622-625). Merece la pena transcribir el párrafo completo, en la versión sintetizada que le dio la posterior STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5, *in fine* (también recogida en la STC 45/2018, de 26 de abril, FJ 3). La idea constituye un verdadero pilar de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia:

«Debe entenderse por (expropiación forzosa) la privación *singular* de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utili-

dad pública o de interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 CE, que concurre el dato de la *privación singular* característica de toda expropiación, es decir, la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos, siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho. Es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su *contenido esencial*, pues en tal caso no cabría hablar de una *regulación general* del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente.»

Es necesario reconocer el notable esfuerzo de elaboración conceptual del Tribunal Constitucional en párrafos como este, aunque no puede dejar de llamarse la atención sobre que el intento final de reconducir el concepto de expropiación siempre a la idea del «despojo de situaciones jurídicas individualizadas» tiene —en mi opinión— algo de juego de palabras. Pienso que es más correcto reconocer abiertamente que el art. 33.3 CE opone al poder público dos conceptos distintos y complementarios de expropiación: el de la privación singular (al poder público «Administración» o «legislador que expropia singularmente») y el del contenido esencial (al legislador que regula derechos patrimoniales con alcance general). Por otra parte, deberá aceptarse que la ley que regula derechos patrimoniales con vulneración de su contenido esencial (art. 53.1 CE) no será siempre constitucional si prevé una indemnización. En algún caso, podrá ser inconstitucional sin más.

Debe notarse que forma parte del concepto constitucional de expropiación la circunstancia de que se trate de una **privación imperativa**. El Tribunal Constitucional ha sacado partido alguna vez de este dato para no calificar como expropiación una nueva regulación legal de un aprovechamiento del dominio público hidráulico que permitía al titular elegir entre «congelar» su derecho en los términos en que se venía ejerciendo o someterse a la nueva regulación para utilizar caudales de agua superiores. «En este supuesto, la decisión de incrementar el aprovechamiento [...] corresponde *libremente* al interesado, lo que por sí solo excluye su carácter expropiatorio» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 12).

De la definición de expropiación forma parte también, según se ha dicho, que la privación tenga su causa en un motivo de **utilidad pública o interés social**. Esto es importante destacarlo. Que la expropiación tenga lugar en virtud de una causa de utilidad pública (o de interés social) no es solo una garantía de la expropiación. Es, también, un **elemento de su definición**. Una privación patrimonial que adopta un juez, no por causa de utilidad pública o de interés social, sino como medida de sanción civil (privación de uso del piso a quien infrinja determinadas prohibiciones de la Ley de Propiedad Horizontal) no cae bajo el ámbito de protección del art. 33.3 CE, porque en ese caso los órganos judiciales «no ejercen potestad expropiatoria alguna» (STC 301/1993, de 21 de octubre, FJ 3; cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 19 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Para el análisis por el Tribunal Constitucional del respeto al contenido esencial de los derechos patrimoniales, que —como se ha dicho— constituye la frontera entre la regulación conforme a la función social (art. 33.2 CE) y la expropiación (art. 33.3 CE), la jurisprudencia recurre en muchas ocasiones a la idea de la *recognoscibilidad* del derecho, que apareció en la primera ocasión en que el Tribunal se pronunció —con más o menos acierto, pero, sin duda, en un alarde de valentía en

la interpretación constitucional del que no han sido capaces otros Tribunales europeos— sobre el concepto «contenido esencial» de los derechos fundamentales: **recognoscibilidad del tipo en cada momento histórico** (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2). Esto explica que sean tan frecuentes en la jurisprudencia constitucional sobre la propiedad los detallados análisis históricos sobre la evolución de la regulación de derechos de tipo patrimonial. Puede verse, por ejemplo, el análisis de la tradición legislativa relativa a las incompatibilidades de los funcionarios en la STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9; el de la propiedad privada sobre determinadas aguas terrestres y sobre aguas subterráneas en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 6; el de la finalidad tuitiva en la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos en la STC 89/1994, de 17 de abril, FJ 5; y el de la atribución al Estado de la titularidad de (algunos) bienes muebles abandonados en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 6.

3. Expropiación forzosa y principio de proporcionalidad

Al menos dos cuestiones relativas al art. 33.3 CE deben solucionarse aplicando las exigencias del principio de proporcionalidad sobre los términos en que se adopta la medida expropiatoria. En primer lugar, la relativa a **si en lugar de la expropiación puede adoptarse otra medida menos limitativa (como la intervención de empresas, art. 128.2 CE)** que tuviera igual eficacia con respecto al fin público que se trata de proteger (BARNES, 1995, 54). Es posible que la notable evolución que desde los años ochenta ha experimentado la jurisprudencia constitucional sobre las exigencias del principio de proporcionalidad permitiera situar en este ámbito precisamente el debate procesal en un supuesto como el del caso Rumasa.

No se trataría hoy de contestar a la pregunta de si podía aceptarse «más allá de cualquier duda razonable» —como se dijo entonces en

el informe del Banco de España— que existía una crisis en el grupo de empresas y un riesgo para el entero sistema financiero español, sino a la cuestión de si esa situación no hubiera podido ser respondida —al menos— con la misma eficacia (y quizá con menos perjuicios para los intereses económicos del Estado) mediante la decisión de intervenir el grupo empresarial. La cuestión de la proporcionalidad fue expresamente tratada por la STC 6/1991, de 15 de enero (*Rumasa 3*), en especial, FJ 8; pero el órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad no centró ahí el objeto del debate: el punto central no debería haber sido si era proporcionada o no la decisión de expropiar *todas* las empresas del grupo (eso cuestionó el órgano judicial *a quo*), sino si se hubiera razonablemente atendido a los riesgos existentes mediante una medida como la intervención de esas empresas. La respuesta que ya antes había dado el Tribunal Constitucional —en síntesis, que él no podía pronunciarse sobre la «legitimidad constitucional de las alternativas consideradas» para responder a la crisis [STC 111/1983, de 2 de diciembre (*Rumasa 1*), FJ 7]— hoy, posiblemente, tendría que ser sustituida por otra que admitiera una *mayor densidad en el control*, para aplicar el segundo escalón (el de la necesidad) del principio de proporcionalidad.

En segundo término, debe resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad la cuestión relativa a **si se adopta la decisión expropiatoria por ley o por resolución administrativa**. Aunque sobre esto se volverá más adelante, puede quedar ya aquí enunciado que la aplicación del principio de proporcionalidad a la tercera de las garantías del art. 33.3 CE (la existencia de un procedimiento en el que, en la medida en que sea compatible en cada caso con los intereses públicos a que sirve la expropiación, pueda articularse la defensa del expropiado) permite hablar de una *relación de subsidiariedad entre la expropiación administrativa y la expropiación legislativa* (esta es la solución que se da en el Derecho alemán, donde está

expresamente prevista en la *Grundgesetz* la posibilidad de la expropiación legislativa; *vid.*, por ejemplo, PIEROTH/SCHLINK, 1999, 232; JARASS/PIEROTH, 1992, 304; *vid.*, también, BARNES, 1995, 52). Dado que la expropiación legislativa limita con carácter general de forma más intensa las posibilidades de defensa, dicha expropiación solo está constitucionalmente justificada en circunstancias excepcionales, en las que no pueda atenderse con la misma eficacia a la satisfacción de la *causa expropriandi* (interés público que justifica la expropiación) por los medios ordinarios, menos limitativos, que son los que ofrece la aplicación de las leyes generales que regulan la expropiación administrativa.

Un ejemplo de una (en mi opinión) incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad sobre esta precisa cuestión se encuentra en la STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 8, aunque considero acertada la decisión adoptada por el fallo. El objeto del «juicio de necesidad» del principio de proporcionalidad no se refiere a la pregunta sobre si eran verdaderamente los tres inmuebles expropiados para la ampliación de la sede de Parlamento canario (y no otros) los más convenientes para alcanzar el fin de la expropiación. Curiosamente, esto es lo que se analiza en el citado fundamento jurídico. El juicio de necesidad se pregunta por la eventual existencia de una medida menos limitativa de derechos (la expropiación administrativa en lugar de la legislativa) para conseguir el mismo objetivo. No se trata de preguntar (y que el Tribunal Constitucional responda) *qué bienes* había que expropiar para ampliar la sede del Parlamento canario, sino *cómo* había que hacerlo.

4. La primera garantía del art. 33.3 CE: la causa de utilidad pública o interés social

El art. 33.3 CE garantiza frente a todos los poderes públicos, en primer término, que la expropiación solo puede llevarse a cabo por una causa justificada de utilidad pública o interés

social, que en el Derecho español se conoce tradicionalmente como *causa expropriandi*. Es el fin público que justifica la medida expropiatoria. En nuestro Derecho **corresponde su identificación al legislador** [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. A)]; para las expropiaciones administrativas, porque así los disponen con carácter general (y, por cierto, con muchas excepciones) los arts. 9 y ss. LEF (en relación con la reserva de ley en materia de derechos fundamentales del art. 53.1 CE); y, para las legislativas, por la directa vinculación del legislador al art. 33.3 CE. Por esta falta de exteriorización de una causa de utilidad pública o interés social declara la STC 45/2018, de 26 de abril (en especial, FJ 5) la inconstitucionalidad de una expropiación por ley singular de una pensión excepcional concedida también por ley singular.

El concepto de *causa expropriandi* no coincide siempre con el del **destino de los bienes** o derechos expropiados. En algunas ocasiones, el fin expropiatorio (*causa expropriandi*) «puede cumplirse por la vía de distintos destinos que sean, todos ellos, igualmente aptos a la consecución del fin». La *causa expropriandi* consistente en defender la estabilidad del sistema financiero que peligra por la crisis de un grupo empresarial; por ejemplo, se justifica de igual manera si los bienes expropiados están destinados a permanecer en la titularidad del Estado o a ser enajenados a terceros, tras el saneamiento económico que sea necesario. En estos supuestos se produce «una cierta desvinculación entre el fin de la expropiación y la afectación ulterior de lo expropiado, en el sentido de que esta puede ser variable, sin que por ello quiebre la *causa expropriandi*» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. A)]. El **derecho de reversión** de los bienes o derechos expropiados no constituye una garantía constitucional derivada de la de la causa de utilidad pública o interés social (SSTC 67/1988, de 18 de abril, FJ 6; y 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 10); es una institución cuya existencia y regulación queda entregada al legislador.

5. La segunda garantía del art. 33.3 CE: la indemnización

«La segunda garantía que establece el art. 33.3 CE es la mediación de la correspondiente indemnización»; el precepto constitucional, sin embargo, **no exige que el pago de la indemnización sea previo** a la toma de posesión de los bienes o derechos expropiados [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. B)].

En cuanto al **contenido o nivel de esta garantía expropiatoria**, la doctrina de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. A), está caracterizada por una muy notable imprecisión: primero se exige que la indemnización responda al «valor económico del bien» o a su «valor real» (conceptos que, en sí, dicen poco); después se delimita la cuestión algo más, para afirmar que entre el valor de lo expropiado y la indemnización debe darse un «proporcional equilibrio», un «razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación»; para, seguidamente —haciendo descender el nivel de la garantía a niveles, a mi juicio, inaceptables—, sostener que basta con que la indemnización no esté «desprovista manifiestamente de base razonable», no sea «confiscatoria» o, simplemente, «inexistente». No es, desde luego, un buen ejemplo de precisión en la argumentación constitucional que criterios de enjuiciamiento tan notoriamente distintos (de la exigencia de un *razonable equilibrio* a la admisión como constitucional de una regla que simplemente *no excluya* la indemnización) se incluyan todos juntos en dos breves párrafos de una misma resolución.

Más tarde, el Tribunal hizo uso del criterio del «**proporcional equilibrio**» para aceptar como compatible con la segunda garantía del art. 33.3 CE una expropiación legislativa que incorporaba al Estado la propiedad de los conocidos «enclaves» de propiedad particular en la ribera del mar a cambio, como indemnización, de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre que se otorgaría por concesión por

treinta años, prorrogables por otros tantos [disposición transitoria primera, ap. 1, de la Ley de Costas de 1988; STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 8. B).a)]. Del contenido de esta resolución se deduce también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional **no** considera incluida en la garantía indemnizatoria que el justiprecio se pague en **metálico**. La STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 9. B) (cuya doctrina se reitera en las SSTC 43/2015, de 2 de marzo, FJ 5; y 244/2015, de 30 de noviembre, FJ 5), consideró (con la discrepancia formulada en dos votos particulares) que el sistema de la capitalización de rentas para valorar el suelo rural es conforme con el criterio del «proporcional equilibrio» entre el daño sufrido y la indemnización, pero debe incluir algún método de corrección que permita en ciertos casos ajustar aquella al valor real. Por vulneración de ese proporcional equilibrio se declaró inconstitucional un criterio para determinar la compensación debida por la privación de la facultad de participar en la actuación de primera urbanización que se valía de la aplicación de un porcentaje fijo que «no guarda relación alguna con el valor real de la facultad de la que se ve privado el propietario» (STC 218/2015, de 22 de noviembre, FJ 5).

Es sabido que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre esto, BARCELONA LLOP, 2011, 67 y ss.) admite supuestos excepcionales de «justiprecio cero»: «*a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances*»; «*a total lack of compensation does not make the taking of the applicants' property eo ipso wrongful*» [SSTEDH (*The Holy Monasteries v. Greece*), de 9 de diciembre, § 71; (*The former King of Greece and others v. Greece*), de 23 de noviembre de 2000, § 90]. Sobre el «justiprecio cero» en la expropiación de Rumasa puede verse, por ejemplo, la STS de 22 de noviembre de 2004 (núm. rec. 395/2000), FJ 6: «no cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada

siempre de una compensación económica aunque el valor de lo expropiado sea cero o negativo».

6. La tercera garantía del art. 33.3 CE: el derecho (no absoluto) a la defensa procedimental (y procesal) efectiva frente a la expropiación. La compatibilidad de la expropiación legislativa con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

«La tercera garantía del art. 33.3 CE es la consistente en que la expropiación se realice «de conformidad con lo dispuesto por las leyes», es decir, la llamada **garantía del procedimiento expropiatorio**» [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 13. C)]. No plantea especiales problemas la aplicación de esta garantía a las expropiaciones administrativas que acuerda la Administración en aplicación de las leyes generales (todavía, LEF de 1954) o sectoriales (expropiaciones urbanísticas, por ejemplo). Pero la garantía carece de perfiles propios definidos en la jurisprudencia constitucional en relación con las expropiaciones legislativas. La confusión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto todavía no ha sido resuelta satisfactoriamente —a mi juicio—, con el resultado de que, por el mismo motivo, tampoco se ha argumentado convincentemente por qué la expropiación legislativa es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sabido es que, en el ámbito de la doctrina del Derecho administrativo, ha sido, quizá, RAMÓN PARADA (1983, 1139 y ss.; 2007, 515 y ss.) quien más ha destacado la incompatibilidad —a su juicio— existente entre la expropiación legislativa y las exigencias del art. 24.1 CE.

En respuesta a la alegación de la supuesta vulneración por la ley expropiatoria del art. 24.1 CE dijo el Tribunal Constitucional en la STC 166/1986, FJ 15: «los expropiados que consideran que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable o

es desproporcionada podrán, ante la ocupación material de los mismos, alegar ante los jueces y Tribunales la vulneración de su derecho de igualdad, y en el procedimiento correspondiente solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de dicho derecho fundamental, lo cual dará lugar o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al derecho a la tutela judicial frente a la ley cuestionada; asimismo podrán interponer el correspondiente recurso de amparo a través del cual este Tribunal tendrá ocasión de enjuiciar la inconstitucionalidad de la expropiación, si a ello hubiere lugar». Para mí —como ya he dicho—, este párrafo es un buen ejemplo de que *hard cases make bad law*. Constituye una verdadera ironía que dos años más tarde, en el mismo caso Rumasa, en recurso de amparo, el Tribunal destacara la doctrina —que es la correcta, en mi opinión— relativa a que «suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, el cual, por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de este» (STC 67/1988, de 18 de abril, FJ 4).

En mi opinión, la clave del problema se encuentra —como ya se ha dicho— en la «constitucionalización» que la STC 166/1986 (*Rumasa 2*) hizo del procedimiento general expropiatorio establecido en la LEF (utilizándolo indirectamente como canon de constitucionalidad) y de las posibilidades de defensa que el expropiado por la Administración tiene en la expropiación administrativa.

Se dijo en la citada STC 166/1986 que «esta garantía se establece en beneficio de los ciudadanos y tiene por objeto proteger sus derechos a la igualdad y seguridad jurídica, estableciendo el respeto y sumisión a normas generales de procedimiento legalmente preestablecidas, cuya observancia impida expro-

piaciones discriminatorias o arbitrarias» (con todo respeto, en esta frase yo descubro varias banalidades y un error: que la ley especial —como exigencia constitucional— deba respetar la ley general); no obstante, se dice, el legislador que expropia singularmente en casos excepcionales puede «introducir en el procedimiento general las modificaciones que exija dicha singularidad excepcional, siempre que se inserten como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general» [FJ 13. C)]. Con ello se sitúa al legislador en una extraña situación de vinculación a la legislación general, que se convierte —según creo— injustificadamente en criterio para enjuiciar la constitucionalidad de la ley singular.

Y, en concreto, para salvar la compatibilidad de la expropiación singular con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se ha dicho que «un acto legislativo expropiatorio solo será constitucionalmente admisible si el control jurisdiccional que admiten las normas con rango de ley (recurso directo, cuestión y autocuestión de inconstitucionalidad; esta última previo amparo) es suficiente, en cada caso, para brindar una tutela *materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso*» (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6). Aquí encuentro yo la médula del error: convertir en canon constitucional las oportunidades de defensa que la LEF de 1954 otorga al expropiado por la Administración; dar rango de derecho fundamental a la regulación que la legislación general dispensa (hoy, no en su versión originaria) a la impugnación del denominado «acuerdo de necesidad de ocupación».

A mi juicio, la cuestión del contenido de la tercera garantía del art. 33.3 CE y de la compatibilidad de la expropiación legislativa con el art. 24.1 CE deben resolverse de otra manera. La tercera garantía del art. 33.3 CE no contiene el derecho constitucional a que la expropiación se someta a las leyes generales del

procedimiento expropiatorio. Esa garantía contiene un **derecho material a discutir o cuestionar** la medida expropiatoria (en sus diversos aspectos) a través del procedimiento (el general o el singular) que prevea el legislador (así, UTRILLA, 2015, 65). El Tribunal Constitucional se ha referido expresamente a este derecho como «posibilidad de discutir en Derecho el contenido de la decisión» expropiatoria (STC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6). Naturalmente, este derecho no es absoluto y no necesariamente tiene siempre el mismo alcance. Es un derecho que se impone al legislador, sin duda, pero que puede ser ponderado y restringido en atención a las mismas circunstancias excepcionales que constituyen el presupuesto que justifica el recurso a la expropiación legislativa. Es un derecho material que obliga al legislador a otorgar oportunidades de defensa efectiva (en un procedimiento administrativo y en un proceso judicial) «en la medida de lo posible» (esta es —como se sabe— la expresión que se utiliza en la teoría general de los derechos fundamentales de ALEXY, 1996, 75 y ss., para referirse a la posibilidad de ponderar derechos fundamentales reconocidos en una norma constitucional con el carácter de principio).

A veces, la excepcionalidad de las circunstancias no permitirá cuestionar el aspecto relativo a **la misma elección de los bienes** que se expropian. Ello no fue posible, entre los casos de la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en el caso Rumasa, ni en el supuesto de la expropiación legislativa de los enclaves de propiedad privada en la ribera del mar (expropiados y convertidos en concesiones) por la disposición transitoria primera de la Ley de Costas de 1988. Las mismas circunstancias excepcionales que justifican la expropiación legislativa son las que justifican también la limitación de los derechos de defensa. No es necesario forzar las cosas y decir que en esos casos la posibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad satisface el derecho a la defensa del expropiado, pretendiendo «sujetivizar» ese proceso constitucionalidad y equipararlo injustificadamente a un remedio

del que dispusiera el expropiado, «más o menos equivalente a un recurso contencioso-administrativo». Lo normal será, sin embargo, que las posibilidades de defensa con respecto a **la fijación del justiprecio** siempre permitan un control pleno.

En definitiva, pienso que debe insistirse en que el canon de constitucionalidad no es siempre el de las oportunidades de defensa que tiene el expropiado por la Administración en aplicación de la LEF. La propia ley singular expropiatoria puede fijar un nivel de protección distinto del derecho a debatir o cuestionar la expropiación tras una adecuada ponderación de los intereses en juego. Sobra decir que esa ponderación entre los intereses generales que justifican la expropiación legislativa y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) está sometida, en último término, al control por el Tribunal Constitucional. Pero también debería sobrar la afirmación de que el art. 24.1 CE carece de un contenido «prelegal» que impida al legislador su ponderación con otros bienes o intereses generales. Los órganos judiciales otorgan su tutela efectiva en la medida en que la ley (la general o la singular) regule esa tutela en una adecuada ponderación de los bienes o intereses constitucionales en juego.

7. La exigencia constitucional de que la ley expropiatoria prevea ella misma la indemnización (Junktum-Klausel) y la prohibición a los órganos administrativos y judiciales de conceder indemnizaciones no previstas legalmente

Una última cuestión relativa a la expropiación legislativa, sobre la que todavía no se ha pronunciado *explícitamente* la jurisprudencia constitucional, debe ser aquí objeto de consideración: la de la (eventual) exigencia constitucional de que la ley expropiatoria (que lleve a cabo una expropiación singular o que contenga una regulación general de derechos que, en el algún caso, pudiera suponer

una expropiación) prevea ella misma expresamente la indemnización, bajo sanción —en caso contrario— de inconstitucionalidad de la ley.

En el Derecho alemán se conoce esta exigencia con la gráfica expresión de *Junktum-Klausel* (del latín *iunctum*: junto, unido). Una ley (singular o no) que lleve a cabo una expropiación solo es constitucional si ella misma regula el tipo y la medida de la indemnización (art. 14.3 GG). Se dice allí que la *Junktum-Klausel* constitucional cumple una función triple: es una *garantía del ciudadano*, puesto que hace de la regulación de la indemnización un presupuesto de la constitucionalidad de la ley expropiatoria; cumple una función al servicio de la *seguridad jurídica*, en la medida en que obliga al legislador a calificar expresamente como expropiatoria la ley que se dicte con ese carácter material; y desempeña también un importante papel en defensa de la *separación de poderes*, puesto que impide a órganos judiciales y administrativos fijar indemnizaciones no previstas por la ley, salvaguardando de esa forma la competencia presupuestaria del Parlamento (sobre esto, sintéticamente, por ejemplo, PAPIER, 2000, 1399 y 1405; HESSE, 1993, 185; PIEROTH/SCHLINK, 1999, 232).

Como acaba de adelantarse, en nuestra jurisprudencia constitucional la cuestión todavía no se ha resuelto de forma rotunda. Para un supuesto en que se regulaba la función social de bienes con valores medioambientales (Ley madrileña de la Cuenca Alta del Manzanares) construyendo el contenido de la utilidad privada de esos bienes, ante la eventualidad de que, en algunos casos, la limitación llegara a ser expropiatoria, el legislador previó una indemnización. El Tribunal Constitucional se refirió muy expresivamente a este supuesto, impugnado por supuesta vulneración del art. 33.3 CE: «los aps. 3 y 4 del art. 3 de la Ley impugnada ponen de manifiesto que el legislador ha establecido un límite a partir del cual entiende que sí existe privación de derechos. En efecto, se establece que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos

que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». Se ha acudido, pues, a una técnica habitual en el ordenamiento para fijar el límite entre la simple configuración del derecho y la estricta privación: el uso tradicional y consolidado» [STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8.b)]. A continuación dice la resolución citada que el mismo criterio puede encontrarse en la legislación urbanística y en la de aguas. El caso es que el propio legislador, para los supuestos en que la ley tiene eficacia expropiatoria, prevé la correspondiente indemnización, conforme a las exigencias de la *Junktim-Klausel*.

El contrapunto a este caso es el de la STC 28/1997, de 13 de febrero (cuestión de inconstitucionalidad en relación con una ley que declaraba unos terrenos como «área natural de especial interés»). El planteamiento del problema es correcto: debe dilucidar el Tribunal si la ley «al no contener expresamente previsiones sobre los modos de compensación de las limitaciones que para el derecho de propiedad se derivan de la declaración de *Es Trenc-Salobrar de Campos* como Área Natural de Especial Interés, vulnera las garantías constitucionales del derecho de propiedad y, en particular, el art. 33.3 CE» (FJ 1).

La respuesta de la resolución constitucional, en mi opinión, defrauda: «el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos» (STC 28/1997, FJ 7). ¿Estamos hablando de expropiación forzosa o de responsabilidad del legislador? ¿Esa «normativa general» es la de la «responsabilidad de la Administración» (art. 106.2 CE y arts. 32 y ss. LRJSP) o —¿por qué no?—, más en concreto, la de los supuestos indemnizatorios de-

rivados de alteraciones del planeamiento regulados en la legislación estatal sobre régimen del suelo? Sea cual sea la respuesta a estas preguntas y a otras, parece que aquí el Tribunal Constitucional rechaza la *Junktim-Klausel* como exigencia del ordenamiento constitucional español. Lo que, en mi opinión, es criticable.

Creo que hay bastantes argumentos para sostener que la *Junktim-Klausel* es también un imperativo del Derecho constitucional español (esta es también la opinión de BARNES, 1995, 43). En primer término, la interpretación literal del art. 33.3 CE: que nadie pueda ser privado de sus bienes o derechos si no es «mediante la correspondiente indemnización» puede entenderse muy fácilmente como una exigencia de que la misma ley que expropia deba prever la indemnización (lo que, por supuesto, no significa que la indemnización deba pagarse antes de la ocupación). Por otra parte, el monopolio del Tribunal Constitucional para expulsar del ordenamiento las leyes inconstitucionales casa mal con la posibilidad de que los órganos administrativos y judiciales *convaliden* una ley expropiatoria que no prevé la indemnización mediante el reconocimiento *a posteriori* de una compensación no regulada legalmente, que salvaría la constitucionalidad de la ley. En la misma dirección se mueven, además, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la reserva de ley en materia de propiedad (art. 53.1 CE) que se oponen a que los órganos de aplicación del Derecho actúen independientemente, conforme a su propio criterio, reconociendo indemnizaciones no previstas legalmente; así como el principio de legalidad presupuestaria (art. 134.2 CE) y la competencia presupuestaria del Parlamento (art. 66.2 CE), que tampoco se hacen fácilmente compatibles con el reconocimiento por Administración y Tribunales de derechos económicos que pudo haber previsto (sin hacerlo) el legislador.

La *Junktim-Klausel* situaría fuera de la Constitución el concepto de ley *materialmente* expropiatoria (sobre este concepto, *vid.*, por

ejemplo, BARNES, 1995, 52). Pesa sobre el legislador la obligación constitucional de hacer un juicio expreso sobre el carácter expropiatorio de la ley, para incluir la indemnización en el caso de repuesta positiva a la cuestión. Con esto la ley ya se reconoce como *formalmente* expropiatoria. La *Junktim-Klausel*, por último, implicaría que el art. 33.3 CE no es título directamente invocable para pedir una

indemnización de la Administración o de los órganos judiciales: en materia de expropiación no hay indemnización sin ley (esta es una de las tesis centrales de DE MARCOS FERNÁNDEZ, 2004, *passim*; y —aunque en el ámbito de la responsabilidad del Estado legislador— de GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005, *passim*); y la ley expropiatoria que no prevé la indemnización es inconstitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., 1996.

BADURA, P., *Staatsrecht*, 2.^a ed., Múnich, 1996.

BARCELONA LLOP, J., «Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, págs. 49 y ss.

BARNES, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988.

- «El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978», en BARNES, J. (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid 1995, págs. 25 y ss.

DE MARCOS FERNÁNDEZ, A., *El sistema de garantías patrimoniales de los ciudadanos frente a la intervención de los poderes públicos en la Constitución Española de 1978*, tesis doctoral (inédita), Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III*, 4.^a ed., Madrid, 1995.

GALLEGO ANABITARTE, A., «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 134, 1993, págs. 13 y ss.

- *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, págs. 131 y ss.

- *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Madrid, 2005.

HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993.

JARASS, H. D. y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, 1992.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, III. Derechos reales*, 3.^a ed., Barcelona, 1990.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.

- «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 29 y ss.

MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.^a ed., Múnich, 1992.

- *Staatsrecht*, Múnich, 1999.

MONTES, V. L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

PAPIER, H.-J., «Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, págs. 1398 y ss.

PARADA VÁZQUEZ, R., «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas (El caso Rumasa)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 1139 y ss.

- *Derecho Administrativo I. Parte general*, 16.^a ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

PARDO FALCÓN, J., «El Tribunal Constitucional y la propiedad», en BARNES, J. (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Madrid, 1995, págs. 67 y ss.

PIEROTH, B. y SCHLINK, B., *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 1999.

REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, 1994.

SCHMIDT-BLEIBTREU, B. y KLEIN, F., *Kommentar zum Grundgesetz*, 10.^a ed., Múnich, 2004.

ÚTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Madrid, 2015.

Artículo 34

- 1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.*
- 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.*

Sumario: I. Introducción. II. Justificación del derecho de fundación en la Constitución Española de 1978. III. Concepto y contenido esencial del derecho de fundación. IV. Aspectos del régimen jurídico de las fundaciones para fines de interés general abordados por la doctrina constitucional. V. Orden constitucional de distribución de competencias.

EVA NIETO GARRIDO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ACREDITADA AL CUERPO DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El art. 34 CE constitucionaliza por primera vez en nuestro sistema jurídico el derecho de fundación. El Anteproyecto de Constitución reconocía el derecho de fundación constituida con arreglo a la Ley, pero no vinculaba los fines de la misma con el interés general. Se debió a una enmienda introducida en la tramitación en el Senado el exigir que los fines perseguidos por las fundaciones fueran de interés general con el fin de evitar las fundaciones familiares que permitirían restablecer la práctica de las vinculaciones y mayorazgos (PIÑAR MAÑAS, 1996, 157; del mismo autor, 2016, 67). En la tramitación en el Senado se decidió, asimismo, la localización de derecho de fundación en el art. 34 CE, después del derecho de propiedad, que determinaría, entre otros aspectos, que su configuración correspondiese al legislador ordinario y no orgánico, y que no fuese susceptible de protección a través del recurso de amparo, a diferencia de los derechos fundamentales recogidos en la Sec-

ción 1.^a del Capítulo II del Título I, además de los arts. 14 y 30 CE. Me interesa destacar que **el reconocimiento constitucional del derecho de fundación otorgó a sus características esenciales e identificativas una específica protección constitucional frente al legislador ordinario, lo que se ha denominado la garantía institucional del derecho de fundaciones** (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1992, 22-23; DE LORENZO GARCÍA, 1992, 123; PIÑAR MAÑAS, 1996, 162, entre otros). Y, además, que en cumplimiento del mandato al legislador contenido en el art. 34 CE se aprobó la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Una Ley que en palabras del propio Tribunal Constitucional «puso fin un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio» (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 3). La citada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, esta-

bleció una completa regulación legal en la que, además, se contemplaba conjuntamente el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas fiscales que podían obtener los particulares por sus actividades o aportaciones económicas destinadas a fines de interés público o social. Posteriormente, esa regulación conjunta fue sustituida, aunque no derogada totalmente, por dos textos legales que distinguieron, por un lado, el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (Ley 49/2002, de 23 de diciembre). Y, por otro lado, el régimen jurídico sustantivo de los entes fundacionales (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). Como destaca la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 50/2002, algunos de sus preceptos son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.^a CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.^a CE), o bien por incorporar normas de Derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho civil foral o especial allí donde exista (art. 149.1.8.^a CE). Debemos tener en cuenta, asimismo, que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha regulado el régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal en los arts. 128 a 136, disposiciones básicas que se aplican a todas las fundaciones del sector público, entre ellas la necesaria adscripción de la fundación a la Administración pública que determinen sus estatutos en función de los criterios detallados en el art. 129.2, que coinciden lógicamente con los criterios de adscripción para otros entes del sector público. De los preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, dedicados a las fundaciones del sector público estatal debo destacar la mala técnica legislativa de la regulación dedicada al Protectorado, con preceptos que parecen incluso contradecirse o que, al menos, no son fácilmente entendibles y precisan interpretación para llegar a conocer lo dispuesto por el legislador. En efecto el art. 134 de la citada Ley dispone que

el Protectorado de las fundaciones del sector público, es decir, no solo el sector público estatal, será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida esa competencia. Es decir, la ley deja en manos de la Administración a la que «pertenece» la fundación (de acuerdo con los criterios del art. 129.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), la función de control de la misma (Protectorado), en otras palabras, parece buscarse deliberadamente la ineficacia del control de la fundación que recae en las manos del controlado. Pero, además, la disposición final cuarta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de modificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, da una nueva redacción al ap. 2 del art. 34, que, respecto de las funciones del protectorado de las fundaciones de competencia estatal, dispone: «serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine».

En consecuencia, en la misma Ley 40/2015, de 1 de octubre, encontramos una doble regulación del Protectorado de las fundaciones del sector público estatal que no es complementaria, porque puede darse el caso de fundaciones adscritas a un Ministerio que no sea aquel donde se ubica el Protectorado único. Y que el Gobierno adoptó, a los dos meses de aprobada la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y aún sin que hubiese entrado en vigor, el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, que dispone la creación de un único Protectorado dentro de la Administración General del Estado, atribuido al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Dada la confusión creada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, merece la pena centrarse en el reconocimiento constitucional del derecho de fundación y posterior desarrollo legislativo, que dieron lugar a una rica jurisprudencia en materia de fundaciones (PIÑAR MAÑAS, 1992, 97-109). **La doctrina constitucional sobre el art. 34 CE, aun no siendo muy abundante, permite identificar cuáles son las características esenciales del derecho de funda-**

ción constitucionalmente garantizado. El trabajo que con estas líneas se inicia tiene por objeto exponer de forma sintética cómo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han delimitado no solo el concepto, el contenido esencial y los orígenes de este derecho, sino también algunos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones de interés general y del orden constitucional de distribución de competencias sobre esta materia.

II. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Uno de los temas en materia de derecho de fundación sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional se refiere a la **interacción Estado-Sociedad, propia de un Estado social de Derecho como el nuestro (art. 1.1 CE), y sus consecuencias jurídicas** (STC 18/1984, de 7 de febrero). Entre ellas, el reconocimiento de derechos de carácter económico y social, que obliga al Estado a intervenir para hacerlos efectivos, así como impone deberes a los ciudadanos, como los deberes tributarios. Pero, además, entre esas consecuencias jurídicas sitúa la doctrina constitucional la participación de los ciudadanos en la organización del Estado y la ordenación por parte del Estado de entidades de carácter social cuya actividad es de interés público. **Dentro de estas entidades de carácter social cuya actividad resulta de interés público la Constitución reconoce las fundaciones con fines de interés general (art. 34 CE).**

La STC 18/1984, de 7 de febrero, desestimó un recurso de amparo formulado contra un acto dictado por el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros declarando que el reconocimiento de relevancia pública a los entes asociativos o fundacionales con fines de interés general que realiza la Constitución en diversos preceptos de su articulado no significa la publicación de su régimen jurídico, sino que «es propio del Estado social de Derecho

la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general» (STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3). Y es más, de acuerdo con la citada doctrina constitucional, la configuración del Estado social de Derecho que realiza la Constitución Española de 1978 en su art. 1.1 supone la culminación de un proceso evolutivo en el que la consecución de fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino en la que participa activamente la sociedad y en el que se acrecienta la dificultad para distinguir la naturaleza jurídica pública o privada de ciertos entes.

Además de la configuración constitucional de Estado social, para algunos autores la configuración constitucional de Estado democrático y de Derecho (art. 1.1 CE) es asimismo justificativa y condicionante del reconocimiento constitucional del derecho de fundación en el art. 34 CE (PIÑAR MAÑAS, 1996, 160). En realidad se viene a recoger lo que declaró la STC 18/1984, de 7 de febrero, en el sentido de derivar del art. 1.1 CE la participación de los ciudadanos en la organización del Estado y la intervención del Estado para organizar entidades de carácter social cuya actividad es de interés público, lo que lógicamente conllevará su sometimiento a la Ley vigente.

III. CONCEPTO Y CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

La garantía institucional que conlleva la regulación del derecho de fundación en el art. 34 CE determina que solo por Ley pueda ser regulado este derecho, regulación que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. La doctrina constitucional ofreció tempranamente un concepto de las fundaciones del art. 34 CE, del contenido esencial del derecho y, por tanto, de algunas características identificativas del mismo.

En la STC 18/1984, de 7 de febrero, **el Tribunal declaró que los fines de interés gene-**

ral eran parte del contenido esencial del derecho de fundación contenido en el art. 34 CE. Esta precisión fue completada con la capital STC 49/1988, de 22 de marzo, que resolvió tres recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas de las Cajas de Ahorro. Uno de los motivos de impugnación de la citada Ley era la supuesta vulneración del art. 34 CE en relación con el art. 53.1 CE, al no respetar el contenido esencial del derecho de fundación, ya que los recurrentes partían de la naturaleza jurídica de carácter privado y fundacional de las cajas de ahorro. Con el fin de determinar si las cajas de ahorro tenían naturaleza fundacional la Sentencia definió la fundación del art. 34 CE como:

«la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5).

La posición del derecho de fundación en el art. 34 CE, después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33), refuerza, de acuerdo con la doctrina constitucional de la STC 49/1988, de 22 de marzo, uno de los rasgos mencionados identificativos de este derecho, que se configura como **una manifestación de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes**, lo que permite a

una persona disponer de su patrimonio libremente dentro de los límites legales incluso con la creación de una persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (FJ 5). De hecho, con base en la autonomía de la voluntad, de la cual el derecho de fundación es una manifestación, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, no prohibió la reversión de los bienes al fundador una vez extinguida la fundación por él creada. Una cláusula que, junto a otras, fundamentó un recurso de inconstitucionalidad contra la citada Ley que dio lugar a la STC 341/2005, de 21 de diciembre, cuyo contenido se analiza más adelante.

En relación con el rasgo de la voluntad del fundador, la STC 49/1988, de 22 de marzo, al distinguir las Cajas de Ahorros de las fundaciones del art. 34 CE puso de manifiesto que, aunque el fundador pueda imponer las normas por las que ha de regirse la persona jurídica que él crea, cabe también que con el transcurso del tiempo los órganos de la fundación puedan adaptar su organización y los fines señalados originariamente por el fundador a las nuevas circunstancias legales y sociales, todo ello con la intervención del protectorado en lo que sea necesario (FJ 7). Ahora bien, **la autonomía de la voluntad del fundador tiene límites que han sido destacados por la doctrina constitucional**, por ejemplo en cuanto a la modificación de los fines de la fundación señalados originariamente. Al respecto el Tribunal declaró en la propia STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 7, que **la modificación no puede ser como aquella sufrida por las Cajas de Ahorro** que, de prestar crédito de carácter benéfico a las clases menesterosas, han pasado a realizar una actividad crediticia sometida a las leyes del mercado. Respecto de las Cajas de Ahorro, el Fondo Monetario Internacional en 2010, ante la grave situación en la que se encontraban estas entidades en nuestro país, recomendó que pasasen a ser propiedad de fundaciones de nueva creación que serían propietarias de las acciones de la Caja de Ahorro y se ocuparían de la obra so-

cial de cada entidad. Esta recomendación fue acogida por el Gobierno, que aprobó el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro. Actualmente es la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, la que regula estas entidades (RONCERO SÁNCHEZ, 2013, 57 y ss.).

Sobre el concepto de fundación vuelven a incidir resoluciones posteriores del Tribunal Constitucional haciendo hincapié en alguno de los rasgos identificativos de la institución, aunque siempre partiendo del concepto utilizado por la STC 49/1988, de 22 de marzo, entre ellas el ATC 224/2003, de 1 de julio, (FJ 8). En este contexto destaca, por su relevancia, la STC 341/2005, de 21 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad formulado por sesenta y un senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra diversos preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, y recordó que del concepto de fundación del art. 34 CE contenido en la STC 49/1988, de 22 de marzo, «resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional». Como la propia STC 341/2005, de 21 de diciembre, nos recuerda, el elemento del interés público o social aparece reiteradamente en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre fundaciones: a) para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 4, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6); b) para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3); y c) para entender que no hay lesión del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de «interés general», es decir, a las fundaciones inscritas en el registro administrativo correspondiente (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4).

Pues bien, en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, al enjuiciar la posible existencia de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales a raíz del art. 27.2 de la citada Ley de fundaciones madrileña, el Tribunal parte de la consideración de las fundaciones como entidades sin ánimo de lucro como elemento nuclear de la figura, siendo el lógico corolario de la proclamación del derecho de fundación «para fines de interés general». Ese componente finalista excluye, de acuerdo con la STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7, la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios. No obstante, también declaró la citada Sentencia que **no forma parte de la imagen reconocible de la institución la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales**, es decir, el contenido esencial del derecho preservado por el art. 34 no impone al legislador cuál deba ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos de la fundación. De de acuerdo con la doctrina constitucional, el interés jurídico protegido por el **art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al «interés general» en tanto subsista el ente fundacional**, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. No obstante, también advierte la Sentencia que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resulta compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación. Por tanto, el art. 27.2 de la Ley madrileña de fundaciones fue declarado constitucional interpretado de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita.

Entre las Sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren a alguno de los rasgos identificativos de las fundaciones del art. 34, concretamente **la existencia del Protectorado**, destaca, además de la STC 49/1988, FJ 5 [las leyes prevén «un tipo de acción administrativa (el protectorado)

para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forma», la STC 18/1984, de 7 de febrero. En la STC 18/1984, de 7 de febrero, el Tribunal se pronunció sobre la existencia del Protectorado en relación con las cajas de ahorro, al declarar que «la existencia del protectorado del Estado no convierte a todas las Cajas en entes públicos, sino que pone de manifiesto la interacción Estado-Sociedad, y las funciones que se atribuyen al primero para que se obtenga el interés público presente en toda fundación (art. 34.1 de la Constitución)» (FJ 4). Además de asegurar el cumplimiento de los fines de interés general de la fundación, la intervención administrativa tiene que evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen *ex art. 34.2 CE en relación con el art. 22.2 CE (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4)*.

La medida núm. 1.02.003 recogida en la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) recomendó la unificación de los protectorados de las fundaciones, al menos para las estatales, lo que se ha materializado como expongo a continuación. En efecto, por Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, se creó un único Protectorado dentro de la Administración General del Estado, atribuido al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, pero, dado el carácter sectorial de las competencias de ese Ministerio, la medida fue objeto de críticas, puesto que lo deseable hubiese sido que el Protectorado único hubiese correspondido a un Ministerio con competencias transversales (PIÑAR MAÑAS, 2016, 58, nota a pie 11). Además, en esas mismas fechas la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, dispuso la entrada en funcionamiento de un Registro único de Fundaciones de competencia estatal que depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y está adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que había sido demandado desde hace tiempo desde las propias fundaciones.

IV. ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PARA FINES DE INTERÉS GENERAL ABORDADOS POR LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En este epígrafe se expone la doctrina constitucional que existe sobre algunos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones para fines de interés general, concretamente, su capacidad *ad processum*, la exención de impuestos de que gozan, el derecho de asistencia jurídica gratuita y la relación laboral de la directora de una fundación constituida por entes públicos.

Comenzando por la capacidad procesal de las fundaciones de interés general, la STC 164/1990, de 29 de octubre, desestimó un recurso de amparo planteado por la Fundación, que vio inadmitidos sus recursos en la vía civil por falta de la preceptiva autorización gubernativa (autorización del Protectorado), por lo que adujo la lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por interpretación restrictiva y desfavorable de un requisito procesal que le impedía el acceso a la jurisdicción. El Tribunal consideró que la interpretación realizada por los órganos judiciales no era contraria al derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE porque no negaba aunque limitaba la **legitimación *ad processum* de las fundaciones** (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3). De acuerdo con la citada Sentencia, lo que hubiese sido contrario al derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 CE es la negativa irrazonable o desproporcionada por parte del Protectorado, pero, en el caso de autos, la fundación afectada no solicitó la autorización gubernativa siquiera *ad cautelam*, una vez que en la contestación a la demanda contencioso-administrativa se hizo valer la excepción perentoria de falta de autorización administrativa. De ahí que el Tribunal denegase el amparo solicitado.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre **la exención de impuestos de**

las fundaciones de interés general se han producido en asuntos que tenían por objeto el enjuiciamiento de la exención en relación con las cajas de ahorro, debido a la naturaleza fundacional atribuida a estas por los recurrentes. La STC 10/2005, de 20 de enero, declaró inconstitucional la exención prevista en el art. 9.7 del Decreto 3313/1966, de 29 de diciembre, (que aprobó el Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales), solo en la medida en que era aplicable a la parte mercantil de las cajas de ahorro, por vulnerar el principio constitucional de contribuir a los gastos públicos en términos de igualdad (arts. 14 y 31.1 CE). De acuerdo con la citada Sentencia, las exenciones del pago de impuestos están justificadas por los fines sin ánimo de lucro de algunas entidades como las fundaciones y la actividad no lucrativa o benéfica de las cajas de ahorro (FF. JJ. 3, 6 y 7). Por su parte, la STC 40/2006, de 13 de febrero, otorgó el amparo solicitado a la Fundación privada por lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) producida por resoluciones del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona. Aunque el órgano judicial declaró que las fundaciones benéficas o benéfico-docentes tenían derecho a las exenciones fiscales previstas en la Ley de Haciendas Locales, que no resultaron derogadas por la Ley 30/1994, de fundaciones, no reconoció el derecho a la fundación recurrente por negarle el carácter benéfico, a pesar de que ese extremo no había sido discutido por la Administración.

Sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita de las fundaciones para fines de interés general, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al hilo de recursos formulados por entidades mercantiles. La STC 117/1998, de 2 de junio, denegó el amparo solicitado por la entidad mercantil, que, en realidad, planteaba la inconstitucionalidad del art. 2.c) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que excluía del citado beneficio a las sociedades mercantiles que acreditasen insuficiencia de recursos para liti-

gar. El Tribunal declaró que el derecho de asistencia jurídica gratuita está reconocido a las personas jurídicas de carácter privado de dos tipos: «las asociaciones de utilidad pública, previstas en el art. 4 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones» [ap. 1.º del art. 2.c) LAJG], y las «fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente» [ap. 2.º del art. 2.c) LAJG] (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4). La Sentencia denegó el amparo porque, de acuerdo con la STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, el contenido indisponible del art. 119 CE solo es reconducible a la persona física, a quien se le garantiza el derecho de asistencia jurídica gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita de las fundaciones inscritas en registro público se pronuncia, asimismo, la STC 217/2007, de 8 de octubre, FJ 3. Respecto de la inscripción en registro público, se considera el último acto del negocio fundacional, que perfecciona el mismo, y que no se realizará si la fundación no se constituyó para fines de interés general (PÉREZ REAL, 1999, 235).

Por último, es interesante destacar que el Tribunal se pronunció, además, sobre **la relación laboral de la Directora General de la Fundación T. L.** La Fundación del T. L., actual Fundación del T. R., es una fundación privada constituida por el Estado (con el 72,5 de participación gestionada a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte), y la Comunidad Autónoma de Madrid (con 27,5 de cuota). Sobre las cuestiones que plantean este tipo de entidades véase, entre otros, PIÑAR MAÑAS, 2016, 85 y ss.). El ATC 206/1999, de 28 de julio, inadmitió el recurso de amparo formulado por la directora general a raíz de su despido debido al cambio en el Gobierno de la Nación con las elecciones generales de 1996. El Tribunal declaró que la fundación actuaba materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones públicas y que la relación laboral estaba sometida no a la normativa funcional sino al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral

de carácter especial del personal de alta dirección. El puesto de directora resultaba asimilable en cuanto al régimen de nombramiento y de cese al de los altos cargos de la Administración, por lo que su cese con el cambio de Gobierno fue debido a la relación que la unía con la entidad que tenía un componente esencial de confianza política, con lo que no se admitieron las quejas sobre la supuesta lesión de sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) ni de acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos (art. 23.2 CE) producida con su cese. Actualmente, de acuerdo con el art. 26 de los Estatutos de la Fundación, los trabajadores se rigen por la legislación laboral.

V. ORDEN CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Como es sabido, las fundaciones como materia no aparecen en los listados de los arts. 149 ni 148 de la CE. No obstante, diversos conflictos se han suscitado ante el Tribunal Constitucional debido básicamente a la regulación autonómica del derecho de fundación, ya que los Estatutos de Autonomía en su redacción original de País Vasco (art. 10.13), Cataluña (art. 9.24), Andalucía (art. 13.25), Comunidad Valenciana (art. 31.23), Canarias (art. 30.7), Galicia (art. 27.26) y Navarra (art. 44.20) asumieron competencias exclusivas en materia de fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico asistencial y similares en tanto desarrollasen su actividad de modo principal en la respectiva Comunidad Autónoma. Una competencia que fue generalmente asumida por el resto de Estatutos de Autonomía a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución [art. 2.f)].

La citada STC 341/2005, de 21 de diciembre, además de recopilar la doctrina constitucional sobre el concepto y la finalidad de interés

general como rasgo principal de las fundaciones del art. 34 CE, declaró en el FJ 4.º que **el mandato al legislador que contiene el art. 34.1 CE** para que complete la configuración del derecho de fundación para fines generales **va dirigido no solo al legislador estatal, sino también al legislador autonómico**, especialmente cuando las fundaciones realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Y es más, que aunque las fundaciones para fines de interés general no sean una materia competencial dotada de sustantividad propia en la Constitución, por lo que no figuran en los listados de los arts. 148 y 149 CE, de ello no podía extraerse la conclusión de que el legislador estatal careciera de competencias en relación con el derecho de fundaciones del art. 34 CE (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 2). De acuerdo con la doctrina constitucional derivada de la citada Sentencia, el Estado no solo es competente para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.ª CE), sino que otros títulos atribuyen competencias al Estado que lo habilitan para regular el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1.8.ª y 6.ª CE), además del posible establecimiento de medidas fiscales que incentiven la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general (art. 149.1.14.ª CE). La aplicación de la citada doctrina constitucional a los preceptos impugnados de la Ley madrileña de fundaciones conllevó la declaración de inconstitucionalidad del art. 17.2, segundo inciso, por extralimitación competencial («no se podrán repudiar herencias ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado o, en defecto de esta, sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público»), porque el precepto en cursiva se encuadra en la legislación procesal, cuya competencia está atribuida en exclusiva al Estado (art. 149.1.6.ª CE). Fue asimismo declarado inconstitucional el art. 24.3 de la Ley madrileña de fundaciones, que establecía que «el Patronato podrá acordar la

modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado». El Tribunal declaró que se

trataba de una norma que incidía en el núcleo mismo de la institución fundacional, que correspondía regular al legislador estatal con base en su competencia exclusiva sobre legislación civil (art. 149.1.8.^a CE).

BIBLIOGRAFÍA

DE LORENZO GARCÍA, R., *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Fundación ONCE-Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 123.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, Fundaciones y Sociedad Civil», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A. (Dir.), *Las Fundaciones y la sociedad civil*, Fundación ONCE-Civitas, Madrid, 1992, págs. 21 a 43.

PIÑAR MAÑAS, J. L., *Régimen jurídico de las fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

- «El derecho de fundación como derecho constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, págs. 147 a 183.
- «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, 1998, págs. 37 y ss.
- «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en DE LORENZO GARCÍA, R., PIÑAR MAÑAS, J. L. y PEÑALOSA ESTEBAN, I. (Dir.), *Nuevo Tratado de Fundaciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 55 a 104.

PIÑAR MAÑAS, J. L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

REAL PÉREZ, A., «Las fundaciones en proceso de formación: comentario del artículo 11 de la Ley 30/1994, de Fundaciones», en REAL PÉREZ, A. (Dir.), *Constitución y extinción de fundaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 149 a 261.

RONCERO SÁNCHEZ, A., «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, Iustel-Asociación Española de Fundaciones, págs. 57 y ss.

TRAPIELLA NIETO, I., «Destino de los bienes de las fundaciones extintas. Su posible reversión», en REAL PÉREZ, A. (Dir.), *Constitución y extinción de fundaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 263 a 302.

Artículo 35

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

Sumario: I. Derecho al trabajo y derechos suplementarios: aproximación general al precepto. II. Titularidad de los derechos del art. 35.1 CE. III. El deber de trabajar y el derecho al trabajo. 1. El deber de trabajar 2. El derecho al trabajo. IV. La libertad de trabajar como libre elección de profesión y oficio. 1. Exigencia de requisitos administrativos, titulaciones o colegiación para su efectivo ejercicio y otras limitaciones. 2. Restricciones al desarrollo de una segunda actividad durante o después de extinguida una relación y grado de compatibilidad del trabajo con prestaciones de la Seguridad Social. V. El derecho a la promoción a través del trabajo. VI. Retribución suficiente y principio laboral de no discriminación. VII. La indeterminación constitucional del art. 35.2 CE. 1. El inconcreto significado del Estatuto de los Trabajadores. 2. La problemática reserva de ley y de su alcance.

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (UAM)

EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS SUPLEMENTARIOS: APROXIMACIÓN GENERAL AL PRECEPTO

El art. 35 CE constituye uno de los enclaves naturales del Derecho constitucional del Trabajo. Pero no solo, ni el único. No solo, pues muchos de los derechos que reconoce no se ciñen exclusivamente al trabajo por cuenta ajena y, en principio, son predicables fuera de este en ausencia de regulación constitucional específica. Ni el único, pues es evidente que hablar del Derecho constitucional del Trabajo obliga a tener en cuenta un espectro mucho más amplio de derechos, bienes y valores protegidos constitucionalmente (entre otros,

arts. 7, 28, 37, 40, 41, 42, 43, 50, 129 CE). Por otra parte, una adecuada comprensión del artículo 35 CE exige, a su vez, partir del propio modelo de Estado y, en especial, de las declaraciones contenidas en sus arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE, así como del dato de junto a los derechos enumerados en el art. 35.1 CE, de modo específico y con contenido propio también se reconocen constitucionalmente el derecho al trabajo del condenado (art. 25.2 CE), el derecho de propiedad privada limitado por su función social (art. 33 CE), la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), la regulación legal de colegios profesionales y profesiones tituladas (art. 36 CE), la prestación de servicios en la función

pública (art. 103.3 CE), o el deber de los poderes públicos de promover de manera especial una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) y de garantizar la formación y la readaptación profesionales (art. 40.2 CE).

El **primer párrafo del art. 35.1 CE** reconoce el derecho-deber al trabajo (STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3), la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente, a no sufrir discriminación sexual, así como la libertad de elección de profesión u oficio. Todavía hoy en la doctrina no es pacífico si presentan un contenido autónomo y diferenciable o si, por el contrario, se entrelazan todos ellos en indisoluble relación. A ello contribuye, sin duda, el que todavía hoy el «derecho al trabajo» y no así la «libertad de trabajo» sea uno de los «grandes desconocidos de la jurisprudencia constitucional» (CASAS, 2003, 1521) como consecuencia de su exclusión del ámbito del recurso de amparo. El hecho de que algunos instrumentos internacionales reconozcan expresamente el derecho al trabajo en parecidos términos a los del art. 35.1 CE [Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, Carta Social Europea de 1961 (revisada)] o, aunque no lo denominen expresamente como tal, enumeren algunas de las medidas que lo conforman y lo hacen efectivo [Carta de Derechos Sociales Comunitaria de 1989, refiriéndose al derecho a la libre elección de profesión, el derecho a poder beneficiarse gratuitamente de servicios públicos de colocación, la llamada a la realización del nivel más elevado y estable de empleo, la necesidad de que el empleo sea justamente remunerado, etc.; Carta de Derechos Fundamentales de la UE —vinculante en la UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009— reconociendo el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada, la libertad de buscar empleo y trabajar, a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas, etc.], permite convenir, sin ánimo dogmático, que lo que el precepto contiene en su primer párrafo

es un derecho básico, el de trabajo, acompañado de una serie de derechos suplementarios que contribuyen a delimitar su contenido y alcance real, pero que no se confunden con él al poseer, a su vez, cierto significado propio. Tal es la posición que, por lo demás, parece extraerse de una lectura global de los pronunciamientos constitucionales que, directa o indirectamente, han tenido ocasión de abordar el contenido de este primer párrafo, así como de la propia STC 22/1981, de 2 de julio, en la que todavía hoy se encuentran los pilares interpretativos de este complejo derecho.

En esta Sentencia (FJ 8), como luego se verá, el TC ha afirmado que el derecho al trabajo «no se agota» en la libertad de trabajar, por lo que esta forma parte del mismo, pero que «supone también el derecho a un puesto de trabajo» que, en su aspecto individual, que es el contemplado en el art. 35.1 CE «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa». En la vertiente individual, así pues, se vendría a afirmar que el derecho al trabajo tendría como parte de su contenido, en primer lugar a la libertad de trabajo que se erige en *prius* para su ejercicio, pero también el derecho de todos en situación de igualdad a un puesto de trabajo cuando ostenten la capacitación necesaria y reúnan los requisitos profesionales para desempeñar un trabajo, con el que poder vivir dignamente, pero también para proyectarse personalmente, en tanto ha declarado que es parte de su contenido esencial el derecho a la ocupación efectiva y ha afirmado que «el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal» (STC 223/1992, FJ 3); trabajo que deberá estar regido por el principio de estabilidad en el empleo, impidiendo la contratación temporal no causal, la extinción

del contrato sin justa causa, o el establecimiento por el legislador de barreras excesivas a la libre dimisión del trabajador y que permitirá la promoción «en» y «a través» del trabajo, siendo esta última declaración, en realidad, reflejo de la propia libertad de trabajar y de dejar de trabajar, así como del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad que permitiría optar por encontrar una mejora de las condiciones fuera del trabajo asalariado en sentido estricto. Por su parte, como derecho-deber, el deber de trabajar solo podría tener plena eficacia si nuestro modelo ofreciera un puesto de trabajo, como reverso de un derecho subjetivo perfecto. Pero al no ser factible su realización por no depender la estructura productiva exclusivamente del Estado, no parece que tenga más contenido que el de permitir que, legislativamente, se puedan regular obligaciones específicas de trabajar teniendo en cuenta que este deber, igual que el derecho, también tendría una doble dimensión individual y social.

Así considerado, el derecho al trabajo, enfrentado a la hora de definir su naturaleza entre un derecho subjetivo en sentido estricto (ALARCÓN, 1979, 20; MONEREO/MOLINA, 307) una declaración meramente programática o imposible de accionar ante los tribunales (MARTÍN VALVERDE, 1980, 197-198) o un derecho débil a la inserción y permanencia en el mercado laboral si se cumplen ciertas condiciones (SASTRE, 1996, 128), se erige pacíficamente en un derecho social de prestación necesitado de una acción estatal activa (BÖCKENFÖRDE, 1993, 75-76), no solo en la propia realización de una política tendente al pleno empleo y la creación de un servicio público de empleo que garanticen una posibilidad razonable de encontrar un puesto de trabajo acorde con los conocimientos y formación del trabajador, sino mediante la creación de los instrumentos legales necesarios para la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo existentes, el establecimiento de mínimos salariales, de medidas favorecedoras de la formación como mecanismo de promoción, etc. Acciones todas ellas que, no obs-

tante, y a diferencia de los principios rectores, cuando se trata de derecho al trabajo, «vinculan» a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y no solo «informan» su actuación (art. 53.3 CE) teniendo una garantía adicional por su ubicación como es la de la reserva de ley y el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE). En este sentido, debe resaltarse la labor que el TC ha realizado para lograr una mayor vinculación efectiva de este derecho, al menos en lo que atañe al poder judicial, al mantener que el art. 35.1 CE se erige en «parámetro de control constitucional reforzado» cuando se alega la vulneración de la tutela judicial efectiva, exigiendo a los órganos judiciales no solo que su decisión no sea irrazonable, arbitraria o errónea, sino que exteriorice en la motivación la ponderación que se ha realizado del derecho al trabajo (STC 99/2001, de 23 de abril, seguida de una serie idéntica). Junto a ello, la garantía del contenido esencial, permite inferir que además de la necesaria intervención estatal para hacerlo efectivo, se encuentra provisto de un mínimo contenido garantizado (el ya expresado y que no es sino reflejo de la propia enunciación de contenidos del art. 35.1 CE).

Por su parte, el **segundo párrafo del art. 35** constituye un mandato al legislador, constitucionalmente indeterminado para acotar un determinado sector social, el de las relaciones laborales. Pero para el TC, una vez definido dicho sector mediante la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, las exclusiones legislativas del mismo quedan sometidas al control judicial y constitucional. Aunque todavía a fecha de hoy no se ha resuelto si contiene en sí mismo una reserva de ley que se proyecta sobre dicho sector ni cuál sería su alcance, no parece que este sector del ordenamiento escape a la doctrina constitucional general permitiendo remisiones legislativas al reglamento, de modo que las disposiciones del Gobierno puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con esta para complementar o particularizar en aspectos instrumentales la ordenación legal de la materia reservada (*vid.* comentarios a los arts. 53.1 y 97 CE).

II. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DEL ART. 35.1 CE

El art. 35.1 CE ciñe el conjunto de derechos reconocidos a «todos los españoles», lo que de inmediato plantea su alcance subjetivo. El TC ha tenido ocasión de examinar en diversas ocasiones **si el diferente trato normativo del extranjero respecto al español por razón de nacionalidad estaba o no justificado en relación con el derecho al trabajo**. En tales casos, en la medida en que lo que se cuestiona es cómo juega el principio de igualdad para los extranjeros respecto un derecho concreto, lo que el TC mantiene es que la igualdad en el ejercicio de los derechos «depende del derecho afectado» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). El elemento de la extranjería provoca que el principio de igualdad se «contagie» de la naturaleza del derecho respecto al que se pretende, por lo que ha de acudir a la doctrina constitucional general elaborada a partir del art. 13 CE y que diferencia entre los derechos derivados de la dignidad humana (comunes a los de los españoles), derechos atribuidos por la CE cuyo ejercicio se condiciona a lo que dispongan los Tratados y las Leyes y, finalmente, derechos exclusivos (o de los españoles o de los extranjeros). Cuando lo que se pretende es la **igualdad con los españoles en el «acceso» al trabajo, el TC ya ha afirmado que el derecho al trabajo pertenecerá a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados o leyes**. De este modo, la desigualdad es conforme con la CE cuando no existe Tratado o norma equiparando a los españoles con los extranjeros (STC 107/1984, de 23 de noviembre), pero no así cuando existe norma equiparadora (como en la STC 150/1994, de 23 de mayo, donde se otorga el amparo en un caso de una nacional marroquí, residente en Melilla, poseía una tarjeta que según la normativa administrativa aplicable otorgaba los mismos efectos que la autorización para trabajar por cuenta ajena en cualquier actividad laboral o profesional). En todo caso, cuando el trato desigual al extranjero no es por su

nacionalidad, sino por motivos **discriminatorios** (raza), entonces estamos ante un derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Asimismo, cuando de lo que se trata no es del acceso al trabajo, sino de la **titularidad y ejercicio de los derechos laborales «una vez producida la contratación laboral», rige también el principio de igualdad** con los españoles (STC 107/1984, FJ 4).

Por otro lado, pese a que el art. 35.1 CE declara que los derechos que enumera son de «todos los españoles», surge la duda de si «todos los ciudadanos españoles» gozan de los mismos o, por el contrario, la referencia debe entenderse circunscrita exclusivamente a los «trabajadores por cuenta ajena». El TC no se ha pronunciado de modo directo, pero **la falta de precisión de los destinatarios en el art. 35.1 CE impide circunscribir los derechos reconocidos al trabajo por cuenta ajena en ausencia de previsión constitucional específica**. Tal es la posición que expresamente asume la Exposición Motivos de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Y a ello no se opone, ni que el TC haya declarado que el art. 35.2 CE es la sede constitucional» de las relaciones de trabajo (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), ni la doctrina de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, que afirma que el trabajo por cuenta ajena constituye el presupuesto del que ha de partir el control constitucional, pues en ambos casos el examen constitucional se realiza exclusivamente en relación con el segundo párrafo del art. 35 y en la segunda Sentencia, el TC asume el concepto de trabajador por cuenta ajena exclusivamente para ejercitar su función de control en relación con las inclusiones y exclusiones legislativas del campo de las relaciones laborales únicamente desde la perspectiva del contenido y alcance de la Ley del Estatuto de los Trabajadores encomendada constitucionalmente; y tras precisar, además, que en todo caso no le corresponde al TC delimitar

dicho alcance, sino controlar sus excesos, como más adelante se verá. De cualquier modo, en relación concreta con el trabajo por cuenta ajena lo que sí ha afirmado el TC es que no se contrapone al art. 35.1 ni a los arts. 39.3 y 40.2 CE el hecho de que una **persona con capacidad limitada** necesite autorización del representante legal para celebrar un contrato de trabajo y que legislativamente se entienda que en ella se comprende la del ejercicio de derechos y deberes que se derivan de dicho contrato, incluida su extinción [art. 7.b).2.º ET] (ATC 77/1977, de 12 de marzo, FJ 4, de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta).

Existiendo previsión constitucional específica, en consecuencia, se ha de acudir a la misma. De este modo, **el derecho al trabajo de los reclusos, que no se contiene en el art. 35.1 CE, sino en el 25.2 CE**, a pesar de configurarse en su redacción como un derecho subjetivo perfecto, ha sido precisado por el TC declarando que el derecho a una actividad laboral retribuida de los condenados es un derecho de aplicación progresiva del que no puede pretenderse su total exigencia inmediata porque debe enmarcarse dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente, encontrándose por tanto supeditada su efectividad a las posibilidades materiales y presupuestarias del establecimiento en el que se encuentre (STC 172/1989, 19 de octubre, FJ 3, STC 17/1993 de 18 de enero, FJ 2), por lo que solo alcanza relevancia constitucional cuando se acredita que en el centro concreto existe un puesto de trabajo a cuya adjudicación se tiene derecho dentro del orden de prelación establecido (STC 17/1993, FJ 2). El TC también ha afirmado que **el campo de aplicación del derecho al trabajo en la Función Pública, incluido el personal estatutario, no se encuentra regulado en el art. 35.1 CE, sino en el art. 103.3 CE** (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6; 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 8, 42/1990, de 15 de marzo, FJ 3), **o en los arts. 117.1**

y 2 y 122 CE cuando se accede a la función pública como Juez o Magistrado (STC 108/1986, 29 de julio, FJ 21).

III. EL DEBER DE TRABAJAR Y EL DERECHO AL TRABAJO

1. El deber de trabajar

El art. 35.1 CE antepone el «deber de trabajar» al «derecho al trabajo», en un binomio deber-derecho cuyo alcance todavía hoy se encuentra inmerso en profundas dudas interpretativas. Sin ser este el lugar para abordarlas, lo que sí se puede afirmar es que una interpretación sistemática de la CE impide asociar el deber de trabajar, originariamente vinculado con posiciones morales y hoy con el principio de solidaridad social, ni con las prestaciones obligatorias del art. 30 CE, ni con los trabajos forzados prohibidos constitucionalmente (art. 25.2 CE). En este sentido es revelador que el art. 4 del CEDH, siguiendo la estela del art. 2.2 del Convenio núm. 29 de la OIT de 1930, no considere como tales trabajos forzosos, expresamente, ni el trabajo exigido a las personas privadas de libertad, ni los servicios de carácter militar u objeción de conciencia sustitutivo, ni los exigidos en caso de emergencia o calamidad que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad, ni los que formen parte de las «obligaciones cívicas normales», habiendo afirmado además el TEDH que el trabajo desarrollado en ejecución de un contrato libremente negociado, aunque incluya sanciones en caso de incumplirse, no cae dentro de la prohibición ni puede considerarse tampoco una obligación cívica (*Van der Musselle v. Belgium*, 23 de noviembre de 1983). Pero el TC no ha tenido oportunidad de perfilar este aspecto del precepto ante el imposible acceso al recurso de amparo del art. 35.1 CE, salvo para servir de canon reforzado del art. 24.1 CE y la motivación exigible en la resolución judicial impugnada. Solo en alguna ocasión se ha expuesto por el demandante ante el TC una argumentación maximalista del supuesto contenido de este deber,

pero a los efectos de defender posiciones muy alejadas del ámbito que en puridad le sería propio (*v. gr.* AATC 214 y 319/1996, de 18 de julio y 29 de octubre).

Por ello, baste aquí con señalar que el derecho al trabajo, en su faceta de «deber» constitucional al que no se vincula ninguna sanción en caso de incumplimiento, parece más bien una habilitación al legislador para establecer deberes individuales específicos, dentro de los límites constitucionales generales. Ello en el ámbito de las relaciones laborales se concreta en la prestación y en el subsidio de desempleo, en relación no solo con los trabajos de colaboración social que pueden ser exigidos por los Servicios Públicos de Empleo a los trabajadores que los perciban —constituyendo causa de extinción de la prestación la negativa a participar—, sino en el compromiso de actividad que deben asumir como condición a la permanencia en el disfrute (art. 300 TRLGSS/15). En ambos casos el fundamento que se aduce es el principio de solidaridad social, aunque ello es refutado por la doctrina por no exigirse a otros beneficiarios de prestaciones diferentes. El TC no se ha pronunciado, aunque se le planteara la cuestión en el asunto que dio lugar a la STC 68/2007, en la que finalmente se declaró inconstitucional el Real Decreto-ley 5/2002 (el denominado Decretazo), pero por una premisa previa: su contradicción con el art. 86 CE. Por su parte, la STC 213/2005, sobre la prestación por desempleo parcial, alude igualmente a la obligación de aceptar una «oferta de empleo adecuada» y al compromiso de actividad, pero como simple razonamiento para reforzar la inexistencia de término de comparación adecuado entre las situaciones consideradas desiguales (FJ 6). Junto a este sentido de habilitación legal que puede tener el deber de trabajar, si se entiende que el deber constituye una parte integrante del derecho al trabajo pese a sus peculiaridades propias, lo cierto es que podría también sostenerse que en la actualidad, el deber de trabajar además de ser un deber constitucional, se proyecta especialmente en su mera faceta de obligación contractual en el marco de un contrato de trabajo [art. 5.a) TRET].

2. El derecho al trabajo

El derecho al trabajo «no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (STC 22/1981, FJ 8). Este **derecho a un puesto de trabajo**, por las dificultades que tiene su desarrollo en un sistema en el que el se proclama el derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y a la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE), resulta especialmente dudoso en su efectividad real como verdadero derecho subjetivo al menos en su faceta de acceso al empleo. Probablemente por ello en el ámbito comunitario nuestro deber-derecho al trabajo se transforma en «derecho a trabajar» en el art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, fundiendo perspectivas (ni se tiene «deber» «de trabajar» ni «derecho» «al trabajo») y rebajando sus tradicionales connotaciones, con un cierto sabor práctico de vuelta a la «libertad» o, a lo sumo, de derecho subjetivo cuando se está ya en el marco de una relación contractual concreta.

De cualquier modo, **el derecho al trabajo en el acceso al empleo** en algún caso se articula como derecho subjetivo en sentido pleno, como en el establecimiento de **cuotas o reserva de plazas** restringiendo con ello la libertad empresarial para seleccionar a sus trabajadores como manifestación específica

de la libertad de empresa (STC 149/1986, FJ 4) y que devienen constitucionales en el marco del empleo público cuando la reserva se otorga a favor de **discapacitados**, para los que el art. 49 CE contiene una concreción por razones subjetivas del derecho al empleo (MONEREO/MOLINA, 2002, 324). Sus razonamientos, declarando que no se vulnera el principio de igualdad por el establecimiento de medidas promocionales tendientes a lograr una igualdad real y sustancial con fundamento constitucional en los arts. 9.2 CE y 49 CE (STC 269/1994, de 30 de octubre, FJ 4, en un caso en que se esgrimía haber sido preterida inconstitucionalmente en el acceso a la plaza a que aspiraba y para la que había obtenido una mejor puntuación), son sin duda extrapolables con carácter general. Advertir, no obstante, de la relajación legislativa de estas medidas promocionales desde la redacción originaria del art. 38 de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, a la Ley 66/1997, donde ya se permiten excepciones al cumplimiento de la reserva y que, en la actualidad, se contiene en el art. 42 del RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

La proyección del derecho al trabajo en su fase de ingreso o **acceso a un puesto** de trabajo conecta igualmente de modo directo con el derecho a **no ser preterido por causas discriminatorias**. Pero estos supuestos se reconducen al art. 14 CE. Baste con mencionar que junto al supuesto ya examinado de acceso al empleo de los extranjeros (arts. 13, 14 y 35.1 CE), se ha declarado también por el TC que el establecimiento de una edad mínima para los menores no es discriminatoria habida cuenta de su necesaria compaginación con otros valores como el pleno desarrollo, la educación y formación [STC 22/1981, *obiter dictum*; ATC 77/1977, de 12 de marzo, FJ 4, sobre necesidad de autorización para completar su capacidad], dejando claro que la discriminación por razón de sexo en el trabajo constituye un problema especí-

fico [que aunque reforzado en el art. 35.1 examina exclusivamente desde el art. 14 CE: STC 229/1992, de 14 diciembre, sobre el trabajo en las minas de las mujeres; STC 214/2006, de 3 de julio, para estadios previos a la contratación al ser el INEM el que incurrir en la discriminación prohibida]. Este último caso examinado por el TC, aunque sin mención al art. 35.1 CE, por lo demás, enlaza con una de las típicas **medidas consideradas internacionalmente como necesarias para hacer efectivo el derecho al trabajo, cual es la de los servicios de empleo cuya regulación constitucional contiene el art. 40.1 CE**.

Ya en el **devenir de la relación laboral**, el derecho al trabajo se plasma, entre otros derechos, en el de la **ocupación real y efectiva** que «consagrada en el art. 4.2.a) del ET, viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE, **formando parte de su contenido esencial**» (ATC 246/2003, de 14 de julio, FJ 2; en esta línea aunque de modo indirecto: ATC 810/1986, de 15 de octubre). Del mismo modo, se ha alegado el art. 35.1 CE para reforzar el principio de igualdad por parte del trabajador varón que pretende equipararse con la mujer en ciertos beneficios de la relación laboral, habiendo sido estimada la pretensión (SSTC 98/1983, de 15 de noviembre, 109/1993, de 25 de marzo).

Finalmente, es en el **momento extintivo** donde el TC ha declarado expresamente que en su aspecto individual el derecho al trabajo **se concreta en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa»** (SSTC 22/1981, FJ 8; 192/2003, de 27 de octubre y 125/1994, de 25 de abril, FJ 3). El derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE exige que el **despido sea causal, unos requisitos de forma y fondo y que se garantice su adecuada revisión judicial**, de modo que este derecho está absolutamente conectado con la tutela judicial efectiva. El contenido de este derecho fundamental espa-

ñol recoge los elementos esenciales derivados de los Tratados internacionales, a los que se encuentra vinculado el legislador (art. 10.2 CE). De especial interés es el **Convenio 158 OIT** sobre la terminación de la relación de trabajo que contiene varias exigencias relevantes: que el despido necesariamente debe ser causal (art. 4), que antes de la extinción el trabajador ha debido tener oportunidad de defenderse de los cargos —en extinciones disciplinarias y por rendimiento— (art. 7) y que en todo caso, se debe garantizar la revisión judicial de la decisión extintiva (art. 8, una revisión que alcanza a las causas, pero también a su suficiencia (art. 9.1 y 3). Como pone de manifiesto con absoluta claridad el art. 9.1 Convenio 158 OIT, los órganos judiciales están facultados tanto para «examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo» como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada». Y de modo más específico, el propio art. 9.3 Convenio OIT cuando, en referencia a la terminación de la relación por razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, señala que los órganos judiciales están facultados para verificar «si la terminación se debió en realidad a tales razones», pero «también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación», suficiencia cuyo alcance vendrá determinado por la práctica nacional (leyes, convenio, jurisprudencia).

Así de contundente era ya la temprana STC 22/1981, de 2 de julio, donde afirma que el «contenido» del derecho al trabajo integra, no solo la libertad de trabajar, sino «también el derecho a un puesto de trabajo» que, en «su vertiente individual», «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a **no ser despedidos si no existe una justa causa**» (FJ 8).

Del mismo modo, también ha destacado el TC que forman parte de este derecho, como par-

te de su estructura, la exigencia de su **revisión y control judicial**: «la reacción frente a la decisión unilateral del empresario». Para el TC «la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al **Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho** (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales entre empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993)» (STC 20/1994, FJ 2).

El enlace entre la causalidad del despido y su revisión mediante la necesaria comprobación judicial, es un aspecto también examinado por el Alto Tribunal. El reconocimiento constitucional del derecho al trabajo del art. 35 CE condiciona la propia caracterización del acto empresarial en tanto el despido debe ser reconocible al trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como **titular de un derecho a la estabilidad** en su puesto de trabajo. Para una adecuada reacción contra el despido, el TC afirma que **el procedimiento de despido constituye un factor formal de garantía que forma parte de la estructura del derecho constitucional al trabajo**. Es decir, la necesidad de formalización mínima del procedimiento de despido como factor formal de garantía a fin de que el trabajador pueda tener un conocimiento adecuado de los motivos que justifiquen la ruptura unilateral de su contrato y la atribución al juez de las facultades necesarias para revisar la justa causa alegada. En la misma STC 20/1994 señalaba que «la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello, como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es

uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza».

También la STC 192/2003, de 27 de octubre, que analiza si los razonamientos utilizados por las resoluciones impugnadas para fundamentar la cláusula de la buena fe contractual en el caso del despido disciplinario se adecuan a los valores y exigencias constitucionales, concluye que dicha adecuación «aparece reforzada por el hecho de que tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el **principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma.** Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que **no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y el 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho.** No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (FJ 4). La concepción y configuración del derecho a trabajo como un derecho fundamental, con un contenido mínimo precisado por el propio Tribunal Constitucional, **permitiría sostener que cuando la normativa laboral, sustantiva y procesal, establece la nulidad del despido cuando se vulne-**

ran derechos fundamentales y libertades públicas, se refiere a todos los derechos fundamentales, con independencia de su ubicación constitucional y de que tengan o no acceso al recurso de amparo, exigiendo un refuerzo de motivación judicial cuando está en juego, en tanto se trata de un derecho que no solo «informa» la actuación de los poderes públicos, incluido el judicial (art. 53.3 CE), sino que goza de una garantía adicional por su ubicación constitucional como es la de la reserva de ley y el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE).

La elaboración más completa del derecho al trabajo trae causa de las distintas ocasiones en que se ha llevado al TC la **jubilación forzosa o el adelanto de la edad de jubilación** por su posible impacto en el art. 35.1 CE. El TC no ha considerado que se vea afectado el derecho al trabajo en los casos que ha tenido oportunidad de examinar, si bien el razonamiento ha variado según se trate del sector privado o del empleo público. En este último ámbito, se ha descartado la aplicación del derecho al trabajo del art. 35.1 CE cuando existe una regulación específica (art. 103.3 o arts. 117.1 y 2 y 122 CE), señalándose que el derecho al trabajo «no supone el de continuar en el ejercicio de una función pública hasta una determinada edad, ni menos aún, si cabe, el de hacerlo indefinidamente» (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 21, para el adelanto de edad de jubilación del personal de la Administración judicial; STC 99/1987, de 11 de junio, para la función pública; STC 70/1988, de 19 de abril, sobre jubilación forzosa de profesores de EGB; STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 8, para el empleo público). En el sector privado, el problema de la jubilación forzosa se planteó en dos Sentencias de enorme importancia. La *leader*, STC 22/1981, examinaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la DA 5.^a ET/80 por establecer que «de cualquier modo la edad máxima será la de los sesenta y nueve años». El TC rechaza que exista una presunción de ineptitud a esa edad, por no ser extrapolable a todos los

sectores productivos y presumirse solo de los trabajadores por cuenta ajena (FJ 5) y que la medida pueda calificarse de una medida de protección a la tercera edad por cuanto la «más reciente política de protección a la tercera edad propugna, pues, la voluntariedad y progresividad de la jubilación, rasgos contrarios a los de la jubilación forzosa, caracterizada por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad» (FJ 6). Pero acepta como finalidad constitucionalmente legítima **la política de empleo, en tanto faceta colectiva del derecho al trabajo**: «sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que **no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo**». Junto a ello, para que el tratamiento desigual no sea inconstitucional, exige que la medida cuestionada no lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado, por ello «el límite máximo de edad solo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación» y cumple el resto de requisitos para acceder a la pensión correspondiente (FJ 9). De ahí que el TC termine por declarar inconstitucional la previsión legislativa en la medida en que se entienda que establece legalmente una «incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad». Por su parte, la STC 58/1985, examina el segundo párrafo de esa misma DA 5.^a ET/80, es decir, la constitucionalidad de la **fijación de edades de jubilación forzosa pero ahora en la negociación colectiva**. Tras recordar la doctrina de su sentencia anterior concluye que bajo esos mismos condicionamientos (política de empleo sin amortización de puestos de trabajo y preservación del derecho a la pensión de jubilación del trabajador) tampoco es inconstitucional que se haga por convenio. La

conformidad de la jubilación forzosa en la negociación colectiva se reitera en la STC 95/1985, de 29 de julio y las SSTC 111 a 136/1985, de 11 de octubre, resolviendo cuestiones sobre el mismo convenio colectivo (Renfe).

El principio de causalidad del despido y de otras formas de extinción, como contenido del derecho al trabajo, también se ha planteado en relación con el amplio **periodo de prueba** que contempla el legislador en el **contrato indefinido de apoyo al emprendedor** introducido por el legislador de a crisis. Aunque las cuestiones planteadas ante el TC no cuestionan que el periodo de prueba constituya una excepción legal al principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo que posee una justificación razonable, cual es la de comprobación por el empresario de las aptitudes profesionales de la persona contratada, pero cuestionaban el cumplimiento legislativo del principio de proporcionalidad en tanto la previsión «en todo caso» de un periodo de prueba de un año de duración carente de conexión con el puesto de trabajo, los servicios encomendados o la titulación de la persona contratada, excederían de modo relevante de la regulación general del periodo de prueba, mermando extremadamente la protección del trabajador en relación con la extinción de su contrato de trabajo y con el derecho al trabajo en su vertiente individual de estabilidad en el empleo. Pero para el TC (aun con interesante voto particular) la medida está justificada, siendo su finalidad la de crear empleo estable, en especial, de desempleados con mayores dificultades ocupacionales), pero también es proporcionada, en tanto el propio contrato en que se inserta es un contrato excepcional y limitado en el tiempo (solo aplicable mientras la tasa de desempleo no supere el 15%), solo se ofrece a empresas de pequeñas dimensiones que son las que tienen mayores retenciones para la contratación indefinida, permitiéndolas ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato, y porque los beneficios vinculados

a esta figura se condicionan a la estabilidad en el empleo del trabajador contratado y al mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla de la empresa contratante. En definitiva, el periodo de prueba previsto en el art. 4.5 de la Ley 3/2012 no vulnera el derecho individual al trabajo del art. 35.1 CE porque también debe ponderarse con su vertiente colectiva que exige a los poderes públicos en el marco de una «excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo» ejecutar el mandato de los poderes públicos del art. 40.1 CE (al respecto: STC 119/2014, FJ 3; STC 8/2015, FJ 3; STC 140/2015, FJ 2).

El TC también ha tenido oportunidad de declarar que **el derecho al trabajo impide que el trabajador renuncie a las indemnizaciones mínimas por extinción previstas por la legislación laboral**, pero no le impide que pueda disponer de sus excesos (la serie de sentencias se abre con la STC 99/2001, de 23 de abril y continúa con las SSTC 100/2001, de 23 de abril, 117/2001, de 21 de mayo y 137/2001, de 18 de junio, en relación con el pacto de regulación de empleo alcanzado en la empresa Enatcar, y en los que el art. 35.1 CE se esgrime por los recurrente en refuerzo del 24.1 CE). Pero no se lesiona porque la ejecución no se lleve a cabo siempre en sus propios términos y se sustituya por su equivalente (STC 58/1983, de 29 de junio, FJ 2). Y, en alguna ocasión esporádica, el derecho al trabajo se ha planteado más allá de la propia relación laboral, como en la STC 213/2005, de 21 de julio, declarando constitucional que el art. 203.3 LGSS —actual 262.3 TRLGSS/15— solo considere la situación de desempleo parcial como objeto de protección y donde se razona, en relación al parámetro que los recurrentes ofrecían de comparación, que el derecho reconocido al trabajador en el art. 41 ET de solicitar la extinción indemnizada de su contrato no contradice ni el derecho al trabajo individual, porque se trata de una opción que puede o no ejercer libremente, ni el derecho al trabajo en su vertiente colectiva a la que más al contrario sirve (FJ 9).

IV. LA LIBERTAD DE TRABAJAR COMO LIBRE ELECCIÓN DE PROFESIÓN Y OFICIO

1. Exigencia de requisitos administrativos, titulaciones o colegiación para su efectivo ejercicio y otras limitaciones

Numerosas veces ha tenido el TC ocasión de manifestarse sobre el art. 35.1 CE en relación con actividades profesionales para las que se exige o bien una determinada titulación académica, la pertenencia a un Colegio Profesional, o bien reunir un concreto requisito administrativo para desempeñar una determinada actividad profesional. En ellas se parte de una idea clara: la de que los derechos que consagran los arts. 35.1 y 38 CE pueden limitarse, siendo «numerosísimas las normas de nuestro Derecho que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones y oficios, imponiendo para ello multitud de requisitos diversos» aunque ello no suponga que las regulaciones limitativas no tengan límites formales y de contenido habida cuenta de que el principio general de libertad que consagra la Constitución (art. 1.1) «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas» (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3), por lo que las restricciones deberán ser un medio necesario para la protección de intereses generales y mantenerse dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, entre otras exigencias (SSTC 89/1989, de 11 de mayo, FJ 5; 118/1996, de 27 de junio, FJ 4, entre otras).

Dentro de estos límites, el TC permite que los poderes públicos intervengan el ejercicio de ciertas actividades profesionales, **estableciendo pruebas selectivas para obtener la habilitación, autorización o licencia**, para el ejercicio de una actividad profesional (STC 122/1989, FJ 3; STC 330/1994, de 15 de diciembre, FJ 2), como «cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titula-

da» (STC 122/1989, FJ 3) ya que «regular una actividad no es, forzosamente, regular una profesión y, menos aún regular la organización corporativa de unos determinados profesionales» (STC 386/1993, de 23 de diciembre, FJ 3). El de transportista no se considera un título profesional, sino un título administrativo habilitante para el ejercicio de dicha actividad (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 27). La idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública no se considera contraria a la CE cuando concorra con otra serie de requisitos (STC 38/2007, de 15 de febrero, SSTC 80 a 90/2007, de 19 de abril).

Ya en relación con las **profesiones tituladas**, tras especificar que compete al legislador «atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiéndose por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia» (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 1). La intervención de los poderes públicos en el ejercicio de ciertas actividades profesionales, dentro del respeto del derecho a la libre elección de profesión u oficio, podrá ser mayor o menor según la importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se encuentran en juego (STC 111/2012, FJ 5, sobre distinción entre título académico oficial y capacitación oficial). El TC declara que condicionar determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegidos incluso penalmente contra el intrusismo (STC 83/1984, FJ 3), no vulnera el art. 35.1 CE, no solo por la expresa habilitación constitucional contenida en el art. 36 CE (aunque en relación con el requisito de colegiación obligatoria: STC 89/1989, de 11 de mayo, FJ 8; STC 131/1989, de 17 de julio, FJ 4), sino porque «el derecho contemplado

en el **art. 35.1 CE no es un derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio»** (STC 83/1984, FJ 3). Por eso **la ordenación «de las profesiones, oficios y actividades empresariales no es una regulación del ejercicio de los arts. 35 o 38 CE»** (STC 83/1984, FJ 3; STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 4).

La **obligatoria colegiación** como requisito ineludible para ejercer una determinada actividad se ha alegado como contraria a los arts. 14 y 35.1 CE (STC 46/1986, de 21 de abril, donde se considera no obstante que la pretensión de inconstitucionalidad de la norma que obliga a los representantes de comercio a inscribirse en el Colegio de Agentes Comerciales excede del ámbito del recurso de amparo). La doctrina se contiene en la STC 89/1989, de 11 de mayo, dictada con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional contra el art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, donde se establecía como requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretendiera ejercer la profesión en relación con un proceso contencioso administrativo planteado por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española. El TC afirma que **«la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36»** (STC 89/1989, FJ 8) aunque el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36, deba hacerlo de tal modo que restrinja «lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35)» de suerte que «al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, ha de tener en cuenta que, al afectar la existencia de este a los derechos fundamentales mencionados, solo será constitucional-

mente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público» (STC 89/1989, FJ 5). El art. 35.1 CE, igualmente, se ha esgrimido en el caso de la colegiación obligatoria de los médicos al servicio de la Administración (STC 131/1989, de 17 de julio), e indirectamente, en la de los profesores de educación física (STC 194/1998, de 1 de octubre, amparo avocado al Pleno), en los que el TC rechazó entrar en el examen de fondo del art. 35.1 CE, por no tratarse de un derecho susceptible de amparo (FF. JJ. 6 y 2, respectivamente), aunque reitera, transcribiéndola, la doctrina de la STC 89/1989 (SSTC 131/1989, FJ 4 y 195/1998 FJ 4). Doctrina que reiteran las SSTC 76/2003, de 23 de abril, y 96/2003, de 22 de mayo, en relación con la colegiación de los Secretarios, Tesoreros e Interventores de la Administración local, con favorable resultado. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que al hilo de la delimitación competencial en relación con la creación de colegios profesionales, el TC ha afirmado que el Estado tiene la competencia para establecer las bases de su organización y funcionamiento y también la de la regulación de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la libre elección de profesión en virtud del art. 35 CE y art. 149.1.1 CE y que dentro de esas bases estatales está la fijación del régimen forzoso o libre de colegiación, así como las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que pudieran verse afectados y su aplicación a las distintas profesiones, precisando además que cuando el Estado sujeta a colegiación obligatoria una determinada profesión introduce un «límite sustancial que afecta al contenido primario del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio del art. 35.1 CE» (FF. JJ. 4 y 5 STC 69/2017, con cita de la serie de sentencias de 2013 sobre la materia). Para el TC, la exigencia de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión incide de forma directa y profunda en el art. 35.1 CE y constituye una excepción, amparada en el art. 36 CE, a la libertad de asociación para aquellos profesionales que, para poder

hacer efectivo el derecho a la libertad de elección y ejercicio profesional, se ven obligados a colegiarse (SSTC 62/2017; 63/2013; 3/2013).

En alguna ocasión esporádica se ha aducido que la **existencia de reglas procesales especiales aplicables exclusivamente a determinadas empresas** de una actividad pero no a todas ellas, podría resultar contraria al art. 35.1 CE, lo que el TC reconduce al principio de igualdad también alegado (STC 87/1991, de 25 de abril, declarando inconstitucional la norma procesal —art. 139 LPL/80— que establece un sistema diferente del cómputo de los plazos de prescripción no justificado por la naturaleza de la empresa —ferroviaria— ni por las características del servicio prestado). La conexión con el art. 35.1 CE se examina también al hilo de derechos **más propios del ámbito sancionador o penal**. La STC 61/1990, de 29 de marzo, aborda la **revocación de la licencia** para ejercer como detective privado y afirma que no puede «dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los arts. 35.1 y 38 de la Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales» (FJ 6). La **suspensión del ejercicio de profesiones oficiales como medida sancionadora** de las **infracciones tributarias** tampoco lesiona el derecho al trabajo de los funcionarios o profesionales oficiales (STC 76/1990, de 26 de marzo, FJ 5). Ni la imposición de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo por cometer delitos dolosos declarados en sentencia judicial firme (ATC 150/1984, de 7 de marzo). La **pena accesoria de suspensión** de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio ha de imponerse *ex lege*, pero **requiere, en lo que atañe a su alcance en el caso concreto, una específica justificación** que reside en la eventual relación directa del derecho, oficio o cargo ejercido con el delito cometido», habida cuenta de que están en juego derechos fundamentales como el del art. 23 CE, el derecho a la libre elección de

profesión u oficio (art. 35.1 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE) (STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 7).

2. Restricciones al desarrollo de una segunda actividad durante o después de extinguida una relación y grado de compatibilidad del trabajo con prestaciones de la Seguridad Social

En el sector público, junto a otros argumentos, se ha esgrimido la vulneración del art. 35.1 CE para cuestionar el régimen de **incompatibilidades de los empleados públicos**. La STC 178/1989, de 2 de noviembre, recuerda que la **aplicación del 35.1 CE al ámbito de la función pública «no puede hacerse de forma automática»** y rechaza que se vulnere o menoscabe el derecho al trabajo porque el legislador imponga determinados límites o requisitos para garantizar la consecución de objetivos fijados en la propia Constitución porque «el derecho al trabajo constitucionalmente **protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir**, como impone el art. 103.1 de la Constitución, la organización —la Administración Pública— en la que se encuadran los servidores o empleados públicos» (FJ 8). Finalidad de eficacia de la Administración y una mejor atención de los intereses públicos que impide concluir que se vulnere el derecho al trabajo, ni la libertad de elección de profesión y oficio, ya que «la Ley impugnada no impide a nadie llevar a cabo esa elección, como tampoco la de desempeñar la profesión u oficio elegido libremente» (STC 178/1989, FJ 8; STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

En el ámbito de las **relaciones estrictamente laborales**, los límites de la actividad del

trabajador durante y después de extinguido el contrato de trabajo y, sobre todo, el alcance de lo que deba considerarse **concurrencia desleal prohibida y el ámbito del pacto de no competencia postcontractual, necesariamente deben ajustarse** a la norma constitucional. Ello es lo que ha procurado el art. 21 ET, cuyo ámbito de prohibición debe exclusivamente proyectarse sobre el «mercado relevante» del empleador o a la «tarea relevante» cuando la actividad alternativa sea realizada por cuenta ajena, habida cuenta de que solo dentro de ese círculo pueden verse afectados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos (NOGUEIRA, 1996 y 1997). El TC solo se ha pronunciado de modo tangencial, en un cambio claro de orientación más acorde con los presupuestos constitucionales. Así, mientras que en el ATC 389/1982, de 15 de diciembre, se rechazaba la infracción del art. 24.1 CE en la motivación judicial que, según el recurrente, había aplicado indebidamente la normativa legal al interpretar el contenido de la competencia no autorizada e ilícita como causa de despido, la STC 192/2003, de 27 de octubre, invocando la libertad de trabajo como contenido del derecho al trabajo, otorga el amparo porque la motivación esgrimida adopta una interpretación del contenido de las vacaciones contraria a la exigencia de una motivación reforzada cuando están en juego otros derechos o valores constitucionales. Sostener que el empresario tiene un derecho o interés legítimo a que el trabajador se dedique exclusivamente en sus vacaciones al descanso para recuperar fuerzas y encontrarse en plenas condiciones para reincorporarse al trabajo y en caso contrario incurrir en despido, para el TC constituye una «interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable» incompatible con la dignidad de la persona que no puede considerarse una respuesta fundada en Derecho (FJ 7), añadiendo que «esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenó-

menos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (*v. gr.*, art. 21.1 LET, *a contrario*, y arts. 110.2 y 120.3 LGSS), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» (FJ 7).

También han llegado al Alto Tribunal los problemas de **compatibilidad entre una prestación de Seguridad Social y el desempeño de una actividad**. Frente a la solicitada inconstitucionalidad de la Ley de Presupuestos para 1984 (Ley 44/1983, art. 52) por declarar **incompatible la percepción de la pensión de jubilación y el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida**, el TC declaró que no existía vulneración del principio de igualdad (entre trabajadores privados y públicos), pues en los privados la regla ya se contemplaba con carácter general en la LGSS y declara que no se vulnera el art. 35.1 CE porque la incompatibilidad «no contiene previsión alguna que afecte a la capacidad legal para desempeñar un puesto de trabajo en la Administración Pública, y si puede suponer una traba o dificultad para ello, es únicamente como efecto reflejo de la incompatibilidad con ese trabajo que se establece respecto de la percepción de una pensión» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 20; STC 188/1988, de 17 de octubre, FJ 5). En conexión relativa con lo expuesto, la STC 134/1987, de 21 de julio, razona que la parificación deseable entre las pensiones de la tercera edad y las percepciones de los trabajadores en activo alegada (arts. 35.1 y 14 CE) olvida que se trata de objetivos de acción legislativa que dependen de medidas económicas para alcanzarlos que son limitadas (FJ 7).

Finalmente se ha planteado la posible **contraposición entre el derecho de huelga y**

el trabajo de los no huelguistas. La doctrina negaba la misma denunciando que se partía de un planteamiento inicial incorrecto, lo que ha sido acogido a nivel constitucional. No solo en la STC 123/1992, de 28 de septiembre, en la que consideraba abusivo el esquirolaje interno, al igual que en la STC 33/2011 en relación con la huelga de ABC y donde se afirma que los directivos en virtud de su libertad de trabajo podían decidir no secundar la huelga, pero sin que tal derecho les faculte para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar el ejercicio del derecho fundamental de huelga, sino, y sobre todo, en la STC 80/2005, de 4 de abril, cuando proclama como inadmisibles no ponderar los diferentes planos en que se mueven ambos derechos y «situar el derecho a la huelga (reconocido en el art. 28.2 CE como «derecho fundamental») y el derecho al trabajo (reconocido en el art. 35.1 CE como «derecho de los ciudadanos») en idéntico plano de protección constitucional» (FF. JJ. 4 y 5). La libertad de trabajo también ha salido a colación al hilo de un amparo contra resoluciones judiciales que dieron lugar a la condena por responsabilidad civil por agresiones e insultos extramuros del derecho fundamental de huelga, en tanto derecho susceptible de verse afectado por los daños (STC 69/2016).

V. DERECHO A LA PROMOCIÓN A TRAVÉS DEL TRABAJO

El derecho a la promoción no se concreta en la CE «en» el trabajo, sino «a través del trabajo», otorgándole una proyección vital más amplia que la desarrollada en el seno de una concreta relación laboral, enlaza sin dificultad con la función promocional que compete a los poderes públicos de realizar una política que garantice la formación y la readaptación profesional (art. 40.2 CE), instrumentos ambos de esencial importancia para hacerlo realidad y, de hecho, se reconocen al unísono promoción y formación como derechos en la relación laboral [art. 4.2.b) ET/95, luego proyectados en la regulación de los sistemas de

clasificación profesional (art. 22), la promoción y formación (art. 23), el régimen de ascensos (art. 24) y la promoción económica (art. 25)].

El derecho a la promoción profesional reconocido en el art. 35 CE no es obviamente «protegible a través del amparo constitucional, ni para pedir elevación de sueldos» (STC 59/1982, de 28 de julio, FJ 10), por lo que tan solo existen algunos pronunciamientos accesorios. En el ámbito de la función pública, al hilo del art. 23.2 CE, se pasa de una posición inicial de permisividad respecto a las **oposiciones o turnos restringidos** por, entre otras cuestiones, no tratarse de una convocatoria para el ingreso en la función pública, «sino de una promoción entre funcionarios para el acceso a plazas de Oficial» acorde con la CE, «dado el mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (art. 35.1)» (STC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4), a precisar que «la promoción interna de los funcionarios a través del trabajo no puede confundirse con una patente para excluir la vigencia» de otros preceptos constitucionales como el de la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas (art. 23.2 CE) (STC 302/1993, de 21 de octubre, FJ 2). De ahí que deba examinarse el caso concreto para determinar si una medida es proporcionada (como se consideró en la STC 126/2008, donde se declara que no se vulnera el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas en un concurso-oposición a plazas de facultativos especialistas que excluía, por una sola vez, a los profesionales que ostentaran plaza en propiedad, porque busca la mejora de la eficacia del sistema nacional de salud y la protección de otros bienes constitucionales, entre ellos, la efectividad del derecho al trabajo y a la promoción a través del mismo de quienes ya integrados en la función pública no ostentan plaza en propiedad).

En el ámbito laboral el TC concentra sus decisiones en el **sistema de recursos en materia de clasificación profesional como**

consecuencia de la inicial falta de habilitación legislativa para denegarlos. La STC 51/1982, de 19 de julio, resalta la vinculación que dicho sistema presenta con el reconocimiento del derecho a la promoción a través del trabajo del art. 35.1 CE y declara inconstitucional el inciso del art. 137 LPL/80 por no permitir el recurso de las sentencias que recaigan en clasificación profesional (FJ 3). La nulidad de ese precepto, consecuencia de un exceso en la delegación, implicaba a su vez que los órganos de la jurisdicción social debieran advertir a las partes de «que las Sentencias en materia de clasificación profesional son recurribles» (STC 47/1984, de 4 de abril, FJ 4; STC 20/1991, de 31 de enero). El art. 137.3 LP/95 mantiene que contra la sentencia que recaiga en materia de clasificación profesional «no se dará recurso alguno» pero por previsión delegante expresa (Base 24.ª Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral) lo que definitivamente se matiza con la nueva Ley 36/2011 que permite el recurso aunque únicamente cuando las diferencias salariales que se hayan reclamado de modo acumulado con la reclamación de categoría o grupo alcancen la cuantía exigida para el recurso de suplicación. En todo caso, el TC ha tenido oportunidad de resaltar la vinculación entre el procedimiento de clasificación profesional y el derecho a la promoción ya que «viene a ser el mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual: **delimita la prestación en principio exigible**, confiere un tratamiento retributivo específico e incide en el tiempo de prestación del trabajo, en la duración del período de prueba, en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de representación colectiva» (STC 20/1993, de 18 de enero, FJ 4). Junto a ello, la afectación directa o indirecta de la promoción en el marco de una relación laboral se ha alegado ante el TC en múltiples ocasiones quien lo reconduce al examen del art. 14 CE también alegado y que permite el amparo [STC 119/2002, de 20 de mayo, niveles retributivos

distintos en el sistema convencional de clasificación; STC 182/2005, de 4 de julio, postergación profesional discriminatoria debida a maternidad; STC 74/1998, de 31 de marzo y ATC 151/2001, de 13 de junio, postergación profesional de representantes sindicales en el Corte Inglés; STC 241/2005, de 10 de octubre, denegación de promoción interna a liberado sindical; STC 3/2006 y STC 298/2005, de 21 de noviembre, considerando que sin embargo no existe vulneración por ser los cambios de puesto necesarios para corregir irregularidades en cuanto al título exigido para su desempeño] o, en alguna ocasión, al art. 24.1 CE (STC 10/2011, de 28 de febrero, aludiendo a la repercusión que la vulneración de la garantía de indemnidad presenta en la el derecho a la promoción y a la formación en un caso del como directora económico-financiera de la Empresa pública de puertos de Andalucía por reclamar judicialmente el abono de unas cantidades que consideraba le eran debidas).

En materia de **formación**, aspecto íntimamente vinculado con el derecho a la promoción, debe distinguirse entre los distintos tipos de formación que conforman el denominado Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional (LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional) tendente a fomentar la formación «a lo largo de la vida», ya que ahora solo interesa hacer una referencia a la **formación continua**, como aquella que persigue la adquisición y actualización permanente de los conocimientos en el marco del trato de trabajo, marginando con ello la formación en el marco del «sistema educativo» así como la «ocupacional» dirigida a la inserción o reinserción laboral. Para hacer factible la formación continua, el art. 23 ET/95 reconoce al trabajador, en los términos que se regulen en los convenios colectivos, entre otros derechos el de elegir turno de trabajo cuando este sea el régimen instaurado en la empresa, pero la STC 129/1989, de 17 de julio, considera que la supresión del turno fijo de noche al que hasta el momento estaban adscritos los recu-

rrentes y su pase posterior a los turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, en detrimento de sus estudios universitarios no vulnera los derechos alegados, pues **«desde el art. 27.1 de la Constitución no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador (...)** sería tanto como desplazar sobre el empleador la carga prestacional del derecho a la educación, que solo sobre los poderes públicos pesa, y hacer responsable a aquel del deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental, que solo a estos corresponde»; pronunciamiento este en exceso alejado del principio de proporcionalidad y, más concretamente, de su vertiente de «necesidad». Del mismo modo, varios pronunciamientos del TC han declarado que la materia **formación continua de trabajadores asalariados en activo no pertenece al ámbito de la educación** (art. 149.1.13 CE) —pues, a diferencia de la de la formación profesional reglada, no forma parte del sistema educativo—, **sino al título laboral** del art. 149.1.7 CE: «la materia concernida (...) se enmarca en el art. 35.1 CE, en relación con el art. 40.2 CE, dado que, desde el punto de vista de los beneficiarios de las acciones formativas, es decir, los trabajadores asalariados, se viene a dar efectividad al derecho que les asiste a la promoción a través del trabajo (reconocido en el art. 35.1), promoción que no puede desvincularse de la formación profesional permanente que mantenga su cualificación profesional a lo largo de su vida laboral, y que desde el punto de vista de los poderes públicos requieren una política de fomento, tal como exige el art. 40.2 del texto constitucional» (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 10). La STC 244/2012, con una detallada explicación de los diferentes títulos competenciales que pueden concurrir en función del tipo de actividad al que se orienta la formación continua, reitera esta misma idea de que las acciones formativas para los trabajadores ocupados hacen efectivo el derecho a la promoción a través del trabajo del art. 35.1 CE.

VI. RETRIBUCIÓN SUFICIENTE Y PRINCIPIO LABORAL DE NO DISCRIMINACIÓN

El art. 35.1 termina señalando que todos los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. El derecho a una retribución suficiente del art. 35.1 CE lo que trata de garantizar es que el «empleado **pueda vivir dignamente de un único trabajo**» pero sin que suponga un derecho a conservar una pluralidad de empleos (STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 4, sobre incompatibilidades). Debe distinguirse entre salario legal, convencional y el contractual, pues mientras que en todos ellos juega el principio de no discriminación (STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6; art. 5 Ley Orgánica de Igualdad), el principio de igualdad encuentra matices en el convencional y contractual al tener que compaginarse con otros derechos y valores constitucionales. El salario legal o **Salario Mínimo Interprofesional** complementa el sistema de determinación retributiva establecido en los convenios colectivos, cuna natural de esta materia, y constituye «una intervención coactiva en las relaciones de trabajo, que encuentra su justificación en la protección de un interés que se estima digno y necesitado de la atención del Estado» (STC 31/1984, FJ 11); en «un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 de la CE), y en el que se encomienda a todos los Poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 de la CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los Poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1» (STC 31/1984, FJ 9; STC 119/2002,

de 20 de mayo, FJ 6, STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4). Respecto a los salarios convencionales establecidos por los distintos convenios colectivos, se ha constatado que las «**diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva**, que se adapta en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que actúa» (STC 95/1985, de 29 de julio, FJ 4), si bien en cada convenio colectivo juega con toda su fuerza el principio de no discriminación y, con matices, el de igualdad, al estar en juego igualmente el derecho a la negociación colectiva (por todas, STC 177/1988, de 10 de octubre, STC 27/2004, FJ 4). Y por lo que respecta a **las retribuciones contractuales**, el derecho de igualdad debe compaginarse con el de autonomía individual, por lo que superados los mínimos legales o convencionales no puede exigirse al empresario una igualdad absoluta entre trabajadores (STC 34/1984, de 9 de marzo). A diferencia de la Sentencia sobre el SMI, en estos últimos asuntos no se alude directamente al art. 35.1 CE. La STC 4/1988 considera que el sistema de **liquidación forzosa administrativa de entidades aseguradoras** no lesiona el derecho al trabajo, pues también debe compaginarse con otros derechos, como los de los consumidores (FJ 4).

El art. 35.1 finaliza estableciendo **expresamente la prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo**, lo que debe entenderse, sin embargo, como una **proyección constitucional del principio de no discriminación del art. 14 CE por todos los motivos prohibidos a todos los aspectos y condiciones de trabajo**. Como declara el TC, el que el art. 35.1 CE **se refiera solo al sexo no** debe llevar a «la idea de que en el campo particular de las relaciones laborales la fórmula del art. 14 de la CE sufre una tan rotunda reducción», ya que el «principio de igualdad de remuneraciones implica la eliminación, en el conjunto de los factores y condiciones retributivas, para un mismo trabajo, o para un trabajo al que se atribuye igual valor, de cualquier discriminación» (STC 31/1984,

FJ 10, considerando que existía justificación constitucional para una diferente escala de SMI para los menores de edad). En la STC 152/2011 la demanda de amparo alega la prohibición del art. 35.1 CE como un reconocimiento de la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, tal y como parece derivarse de la jurisprudencia constitucional. No obstante, ciertamente es en el ámbito retributivo donde el art. 35.1 CE ha sido más alegado como consecuencia de **definiciones sexistas de las categorías profesionales** para declarar, por ejemplo, que la comparación ha de hacerse entre trabajos de igual valor y no solo atendiendo a las tareas realizadas pese a lo que establezca la norma legal al estar por encima los arts. 35.1 CE y 14 CE (STC 141/1991, de 1 de julio, FJ 4; STC 286/1994, de 27 de octubre, FJ 3) o que la prohibición de discriminación impone el «uso de criterios neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros, sin cuya utilización real y efectiva la evaluación de tareas será ilegítima por obstaculizar el logro de la igualdad de trato en material salarial (arts. 14 y 35.2 CE)» (STC 58/1994, de 28 de febrero, FJ 6; STC 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; STC 250/2000, de 30 de octubre). El mecanismo para restablecer la igualdad, cuando es el varón el discriminado, puede consistir entre privar a la mujer del privilegio o ampliar el del varón hasta el mismo alcance, manifestando el TC que «el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución (...), debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 3; STC 98/1983, de 15 de noviembre). En otros casos, la discriminación salarial con apoyo adicional en el art. 35.1 CE se ha estimado por la vía de la falta de motivación (STC 75/1988, de 25 de abril; no obstante obviando la conexión por no ser el derecho del trabajo accionable en amparo aunque finalmente otorgue el amparo: STC 200/87, de 16 de octubre, FJ 1).

VII. LA INDETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ART. 35.2 CE

1. El inconcreto significado del Estatuto de los Trabajadores

El art. 35.2 CE preceptúa que «la Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores». La primera cuestión que suscita la redacción es **qué significa un Estatuto de los Trabajadores**. La doctrina pronto advirtió que la expresión «estatuto» traía el influjo terminológico de la experiencia italiana (*Statuto dei Lavoratori* de 1970) (ALZAGA, 1978, 297), aunque nada tuviera que ver con una regulación básica sobre el nacimiento, desarrollo y extinción del contrato de trabajo (VALDÉS, 1990, 369) y que podía referirse además, bien a un tipo singular de norma (un texto que debiera llevar esa denominación), o a un contenido material que podría oscilar entre un Código de Trabajo comprensivo de las relaciones individuales y colectivas y cualquier otro contenido más reducido habida cuenta de su **indeterminación constitucional**. El mandato del art. 35.2 CE se «cumplió» mediante la promulgación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, cuya delimitación subjetiva petrificaba los presupuestos sustantivos (actividad libre, retribuida, por cuenta ajena y dependiente) y adjetivos (exclusiones e inclusiones constitutivas introducidas mediante normas con rango de ley) del que venía siendo el concepto de trabajador asalariado y optaba por regular su régimen jurídico en tres grandes bloques de materias: la relación individual de trabajo (Título I), la representación de los trabajadores en la empresa (Título II) y la negociación y convenios colectivos (Título III). En el Texto Refundido de 1995 se añadió un Título IV sobre infracciones y sanciones, de efímera vigencia temporal al ser derogado por el RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, retornando a sus núcleos temáticos originarios y manteniendo el concepto de trabajador, si bien introduciendo una exclusión constitutiva que había sido añadida por la Ley 11/1994 en relación con los transportistas. El actual texto refundido vigente, RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, conse-

cuencia de las importantes reformas laborales en respuesta a la crisis, mantiene los tres bloques originales. Precisamente en relación con la impugnación a través de CI de algunos de los preceptos de la reforma laboral contenidos en la Ley 3/2012, la STC 8/2015 subraya la importancia que tiene el legislador a la hora de determinar cuál es el «sistema» de relaciones laborales en la medida en que es competencia exclusiva la legislación laboral (art. 149.1.7 CE), porque el propio art. 35.2 CE remite a dicho legislador estatal la regulación de un Estatuto de los Trabajadores sin condicionar cómo ha de llevarlo a cabo, y el art. 53.1 CE remite a la ley la regulación de ciertos derechos y libertades laborales. Ese margen amplio de configuración se ratificaba en el ATC 43/2014 al considerar una posibilidad constitucionalmente legítima el cambio sufrido en el régimen de salarios de tramitación. De este modo, pudiera parecer que toda medida legal laboral sería constitucional *ex art. 35.2 CE*, habiéndose advertido, con razón, sobre los problemas de tal afirmación por parte del TC en tanto parece olvidar la posible incidencia de las normas legales en el contenido esencial de los derechos sometidos a confrontación (voto particular de la STC 8/2015).

El Estatuto de los Trabajadores constituye, así pues, el texto normativo donde se contienen algunas de las instituciones esenciales del Derecho del Trabajo (las no necesitadas de ley orgánica), pero no todas, porque la legislación laboral se encuentra dispersa en multitud normas dependiendo de la materia regulada acogiendo cada una de ellas un campo aplicativo subjetivo no siempre coincidente (como el contenido en la LOLS, el TRLGSS, la LPRL, etc.), aunque partan del concepto del ET como básico. El TC ha ratificado que «el **concepto de trabajador por cuenta ajena**, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado art. 35.2 CE, no aparece expresamente definido en la Norma suprema y **no se halla, por tanto, constitucionalizado**», siendo al legislador

estatal «a quien corresponde su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario» *ex arts. 35.2 y 149.1.7 CE* (STC 227/1998, FJ 5). Pero ha precisado que el art. 35.2 CE es la «sede constitucional» de las relaciones de trabajo (STC 20/1994, de 27 de enero, FJ 2), estableciendo un **mandato al legislador al legislador para acotar un determinado sector social** (el constituido «por las personas físicas vinculadas por el dato común de la prestación de actividad configurada como relación contractual laboral»). Por ello resulta lógico que declare que, **una vez que el legislador ha procedido a acotar el concepto de trabajador asalariado, entonces el ámbito subjetivo del ET adquiere relevancia constitucional** al ser determinante del ámbito subjetivo de determinados derechos, de distinto carácter, reconocidos por la Constitución (arts. 7, 28.1 y 2, 37.1 y 42 CE) (STC 227/1998, FJ 4). Del conjunto de esta doctrina el TC infiere el que declara como **canon de constitucionalidad del art. 35.2 CE para valorar la corrección constitucional de la actividad legislativa cuando establece diferencias entre relaciones contractuales considerándolas o no laborales**. Y afirma que aunque el legislador puede establecer diferencias entre distintas relaciones contractuales y calificarlas o no de laborales, lo que el art. 35.2 CE le impide es establecer una «restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social» (STC 227/1998, FJ 4), no pudiendo excluir la laboralidad de quienes cumplen los presupuestos sustantivos del concepto de trabajador asalariado sin «una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida», es decir, de la exclusión (STC 227/1998, FJ 5). El canon del art. 35.2 CE es «más intenso que el que cabe obtener a partir del principio general de igualdad», por lo que respetado el primero la medida se considera igualmente conforme con el art. 14 CE (STC 227/1998, FJ 4). Es decir, mientras que el canon del art. 35.2 CE se proyecta *ad extra* del Derecho del Trabajo a la hora de fijar las fronteras del Derecho del Trabajo, dentro de este (*ad intra*) el canon apli-

cativo será el del art. 14 CE (CASAS, 2000, 1524). Esta doctrina se contiene en una larga serie de decisiones que reiteran los criterios de la STC 227/1998 *leader*: SSTC 5 y 9/1999, de 8 de febrero; 47/1999, de 22 de marzo; 59/1999, de 12 de abril; 102/1999, de 31 de mayo; 123/1999, de 28 de junio; 158/1999, de 14 de septiembre; 155 y 156/1999, de 14 de septiembre; 172/1999, de 27 de septiembre; 182/1999, de 11 de octubre; 203/1999, de 8 de noviembre; 217 y 220/1999, de 29 de noviembre; 227/1999, de 13 de diciembre; 28/2000, de 31 de enero; 179/2001, de 17 de septiembre y 187/2001, de 19 de septiembre, sobre la exclusión de ciertos transportistas del ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores.

2. La problemática reserva de ley y de su alcance

La segunda cuestión que plantea el art. 35.2 CE es la de si contiene **una reserva de ley**, cuál en tal caso sería su alcance y los límites consiguientes de la potestad reglamentaria en materia laboral. La posición doctrinal mayoritaria considera que en el ordenamiento jurídico laboral existe una reserva de ley absoluta derivada no solo de la previsión general establecida en el artículo 53.1 CE, sino, con mayor rotundidad, de la contenida en el propio art. 35.2 CE, lo que ratificaría, por lo demás, el hecho de que atendiendo a dicho mandato el legislador estableciera en el art. 3.2 ET que «Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa», así como que «las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar» (en idénticos términos y artículo, en el vigente ET/95). El ET establecería, de este modo, una reserva material de ley que afectaría a todo el entramado de derechos y obligaciones básicos de los trabajadores. El ámbito del reglamento sería exclusivamente el de ejecución o complemento. Frente a la postura mayoritaria, alguna voz

aislada mantuvo desde el inicio que el artículo 35.2 CE no contiene una reserva constitucional de ley y que, en consecuencia, cabrían en el ámbito laboral reglamentos independientes o autónomos, no solo porque la potestad reglamentaria encuentra directa base constitucional en el art. 97 CE, sino, y sobre todo, porque la indeterminación normativa del contenido material de ese «Estatuto de los Trabajadores» que debe ser aprobado por ley y su elástico contenido resultan incompatibles con la función de la reserva de ley que lo que persigue es sujetar una materia a un ámbito reservado que, en el laboral, se ignora cuál pueda ser; sin que además el art. 53.1 CE resuelva nada pues el respeto al contenido esencial no deviene factible al tratarse de un simple mandato: que se dicte una Ley (VALDÉS, 1990, 370). Desde esta perspectiva cabrían reglamentos independientes y recurrir a la técnica deslegalizadora para regular materias no reservadas constitucionalmente a la ley por otras vías.

Precisamente en el ámbito laboral una gran parte de las materias adquieren la reserva por otras vías. Así ocurre con los derechos laborales con **reserva de Ley Orgánica**, como el derecho de huelga o el de libertad sindical. La STC 101/1991, de 13 de mayo, examina el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la DA 3.^a LOLS, donde, después de prohibir que el derecho a la actividad sindical sea ejercido en el interior de los establecimientos militares, establece que «se determinará reglamentariamente lo que haya de entenderse por establecimientos militares». Previsión que el TC declara legítima por no tratarse de una deslegalización, sino de una remisión a un complemento de la regulación legal, habida cuenta de que en la disposición cuestionada tiene un alcance meramente locativo que no impide el ejercicio de la libertad sindical en lugares distintos, responde a una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas y, sobre todo, porque se trata de un concepto (el de establecimiento militar) que en el conjunto del ordenamiento jurídico en que se produce la habi-

litación «encuentra bases delimitadoras del alcance y objeto de la delegación, que constituyen un estándar discernible en atención al cual el concepto se configura como suficientemente predeterminado y permite que la remisión al reglamento tenga por objeto un desarrollo complementario de tipo técnico que, por su carácter organizativo, justifica la llamada de la Ley al Reglamento» y que la remisión cuestionada se declare adecuada al principio de reserva legal del art. 81.1 CE.

Pero también hay **reservas de ley ordinaria** (art. 53.1 CE), como la referida a la negociación colectiva o la propia regulación de **los derechos reconocidos en el primer párrafo del art. 35**, al menos, respecto de sus aspectos esenciales. La existencia de una reserva de ley para el derecho al trabajo se ha planteado en relación con la edad y los efectos de la jubilación en orden a la extinción de la relación laboral en la **jubilación forzosa, materia que pertenece al ámbito de la ley (STC 8/2015)**. La STC 22/1981 examinó la conformidad constitucional del segundo inciso del primer párrafo de la **DA 5.^a ET/80** (máximo legal de edad), pero dejó pasar la oportunidad de un pronunciamiento específico (aunque el voto particular ponga de manifiesto que la cuestión estuvo en el centro del debate). El problema se aborda ya de modo directo en la STC 58/1985, de 30 de abril, donde se declara la conformidad constitucional de las jubilaciones forzosas pactadas en la negociación colectiva (habilitadas por la DA 5.^a ET/80, segundo párrafo) cuando se cumplan los condicionantes generales explicitados en la STC 22/1981. La Sentencia manifiesta que no resulta posible asimilar las relaciones entre ley y Convenio «a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada», afirma que «del texto constitucional no deriva... ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales» (FJ 7) y resalta que «no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equi-

valdría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo» (FJ 6). Argumentos que han dado pie a considerar que, al margen de la existencia de una cobertura legal (ET) la negociación colectiva siempre podría contemplar medidas de jubilación forzosa en los términos condicionados avalados constitucionalmente por la STC 22/1981. Pero otras de las afirmaciones de la STC 58/1985, como la conclusiva: «siendo la ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal a un derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación» permiten sostener que, sin habilitación legal, los convenios no podrían establecer jubilaciones forzosas, máxime al tratarse de un derecho fundamental (art. 53.1 CE). Posición esta última que confirma la STC 95/1985, de 29 de julio, al razonar que «del Texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva, dentro del marco de las relaciones laborales que le es propio y del ámbito delimitado por la Ley, la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, subrayando que la jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones, resulta posible, y a ello no puso objeciones la Sentencia 22/1981; ello dentro del marco de las relaciones laborales que le es propio, cuando la Ley ha determinado el ámbito de la negociación colectiva» (FJ 2; STC 111/1985, de 11 de octubre).

La doctrina expresada se mantiene a la hora de enjuiciar las jubilaciones forzosas en convenio colectivo de conformidad con la **DA 10.^a del ET/95**, al tratarse de su disposición homóloga (SSTC 280/2006, de 9 de octubre, y 341/2006, 11 de diciembre). Pero el RDL 5/2001, después Ley 12/2001, derogó la DA 10.^a

ET/95, emergiendo drásticamente el problema de si podía pactarse una edad máxima para trabajar en la negociación colectiva en ausencia de habilitación legal, dividiéndose la doctrina y el propio TS cuando finalmente unifica su doctrina para declarar que **en ausencia de norma legal habilitante** a los convenios colectivos que entren en vigor tras dicha derogación les es aplicable lo dispuesto en los arts. 4.2 y 17 ET, es decir, el derecho al trabajo y la prohibición de discriminación por razón en este caso de edad [STS (4.ª) de 9 de marzo de 2004]. La STC 280/2006, a pesar de que al advertir que al supuesto litigioso le es de aplicación la normativa anterior a la derogación no puede pronunciarse sobre cuál de estas interpretaciones es la correcta constitucionalmente, destapa algunos *obiter dicta* de interés en un futuro pronunciamiento constitucional. En sus consideraciones sobre las reformas habidas en esta materia (donde ya alude a la Ley 14/2005, por la que se recupera en nuestro ordenamiento la habilitación legal), aprovecha para ofrecer su interpretación del contenido de las SSTC 22/1981 y 58/1985: en las que la jubilación forzosa «no se consideró habilitada por el legislador a los agentes sociales negociadores, sino que se calificó como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE)» (FJ 6) y en las que se afirma que concluían que «en la negociación colectivas podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de seguridad social a estos efectos» (FJ 7).

El TC ha declarado que el reglamento contraría el principio de reserva de ley cuando, frente a una prescripción legal clara, como la relativa a que las listas para miembros del comité de empresa sean completas y contengan como mínimo tantos nombres como puestos a cubrir [art. 71.2 a) ET/80], se permita por el reglamento (RD 1311/1986, regulador de las elecciones a representantes de trabajadores en la empresa) la renuncia, antes de la votación, de cualquier candidato incluido en dichas **listas** (denegando los amparos por ha-

ber realizado el órgano judicial una interpretación favorable a la Ley: SSTC 51/1988, de 23 de marzo, con voto discordante de Rodríguez-Piñero; 185/1992, de 16 de noviembre; 13/1997, de 27 de enero). También ha considerado que el art. 57 ET/80, sobre infracciones laborales de los empresarios como sustento para fundar una sanción administrativa por infracción laboral muy grave, incumplía los principios de legalidad y tipicidad del art. 25 CE (en la actualidad se regula en el RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto) (STC 207/1990, de 13 de diciembre).

Pero, sin duda, es en la regulación de las **relaciones laborales de carácter especial** donde las dudas de constitucionalidad sobre la técnica utilizada por el legislador surgieron con mayor fuerza. El ET/80 en su art. 2.1 ya declaraba como tales una lista de relaciones, de carácter abierto (pues terminaba señalando «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley»), para las que el legislador se limitaba a indicar que, en todos los supuestos señalados, «la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución». La DA 2.ª ET/80, por su parte, encomendaba al gobierno la regulación del régimen jurídico de las relaciones especiales enumeradas indicando tan solo que para ello disponía del plazo de 18 meses. Entre tanto se producía dicha regulación, la jurisdicción social rechazaba su competencia cuando el régimen jurídico de las relaciones se contenía en el Código Civil o en el Código de Comercio y surgía el problema jurídico, no solo de qué relaciones, cuyo régimen jurídico estaba previamente contenido en normas con rango de ley, pasaban a regularse reglamentariamente, sino si mantenía el Gobierno la potestad reglamentaria concedida respecto de aquellas no reguladas en el plazo habilitado legalmente para ello (lo que ocurrió con todas excepto dos). El TC tuvo ocasión de abordar la problemática de las relaciones laborales de carácter especial, si bien desde la perspectiva de su regulación material y no tanto atendien-

do al rango normativo de la fuente reguladora; cuestión esta que abordó solo indirectamente [STC 49/1983, de 1 de junio, donde lo califica de «delegación a favor del Gobierno»; STC 79/1983, de 5 de octubre, donde la falta de desarrollo legislativo se califica de «laguna técnica»; o STC 26/1984, de 24 de febrero, donde al hilo de una cuestión de inconstitucionalidad incorrectamente interpuesta aprovecha para declarar que delegación no es una delegación legislativa para materia concreta, no siendo aplicable el art. 82 CE (FJ 4) y que lo que se ha producido es una deslegalización en esa concreta relación especial —relación de servicio del hogar familiar— al estar anteriormente regulada en normas con valor de Ley (FJ 5)]. La STC 20/1994, de 27 de enero, parece asumir tácitamente la corrección de la operación tras reconocer abiertamente que se ha producido una deslegalización de la materia; y en la STC 227/1998, sin embargo, se rechaza que se haya producido esta por ser el propio precepto legal cuestionado el que

«contiene todos los elementos normativos para determinar qué relaciones de transporte han de considerarse excluidas del ámbito de aplicación» de la legislación laboral (FJ 8). Por su parte, la STC 176/2015 examina si ciertos artículos de la LOU regulando los títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional y que prevé tres ciclos académicos —grado, máster y posgrado— infringen la reserva de ley ordinaria del art. 35 CE y, tras recordar que el art. 35.1 CE no garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino solo el de elegir libremente profesión y oficio, termina por afirmar que ni siquiera se entiende desde qué perspectiva podría verse menoscabado dicho derecho de libertad por la determinación de los grados que integran la enseñanza universitaria y el procedimiento de expedición de los correspondientes títulos «ni en qué afecta al mandato constitucional de que una ley regule el Estatuto de los Trabajadores al tratarse de títulos que surten efectos académicos».

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 5-39.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, págs. 295-297.

BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

CASAS BAAMONDE M.^a E., «Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales», en AA. VV. (SEMPERE, A. V. y MARTÍN, R., Coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, 2003, MTAS, Madrid, págs. 1507-1526.

GÁLVEZ MONTES, F. J., «Comentario al artículo 35», en AA. VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1980.

GOERLICH PESET, J. M., «Ley y reglamento en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: las previsiones constitucionales y su evolución», en AA. VV. (SEMPERE, A. V. y MARTÍN, R., Coords.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 143-174.

LÓPEZ GANDÍA, J., «Breve Nota sobre el art. 35 CE», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución Española*, Facultad de Derecho, Valencia, 1980, págs. 145-155.

MARTIN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española», en AA. VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, págs. 185-204.

MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en AA. VV. (MOLINA, MONEREO, MORENO, Dirs.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, 2002, págs. 287-356.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La transformación del principio de estabilidad en el empleo: De la seguridad en el puesto de trabajo a la inestabilidad en el empleo», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 15/2014 (ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré), págs. 359-369.

— «Criterios de selección de trabajadores pactados en los despidos colectivos y límites al poder empresarial», en AA. VV. (R. ESCUDERO, Coord.), *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*, Cinca, Madrid, 2015, págs. 275-312.

REVUELTO MARTÍNEZ, M. C., «El derecho al trabajo en la Constitución», en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, págs. 153-169.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», en AA. VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, págs. 337-391.

Artículo 36

La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

Sumario: I. Claves de la introducción del precepto. II. Contenido del precepto: alcance de la reserva de ley. 1. La posición del Tribunal Constitucional acerca de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales: la discusión sobre la garantía institucional. 2. Los límites materiales a la reserva de ley como modulaciones a la libertad de asociación y a la de elección de profesión u oficio. 3. Un apunte competencial: alcance de la competencia del Estado en el contexto del art. 36 CE. III. Consecuencias de la caracterización de los Colegios en relación con el ejercicio de ciertos derechos fundamentales.

MATILDE CARLÓN RUIZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ACREDITADA AL CUERPO DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CLAVES DE LA INTRODUCCIÓN DEL PRECEPTO

La introducción en nuestro texto constitucional del precepto que nos ocupa —inédito en el constitucionalismo comparado y en nuestra historia constitucional, como ha destacado el propio Tribunal Constitucional en su STC 89/1989, de 11 de mayo— responde, a juzgar por los trabajos parlamentarios, a la **necesidad de reconocer el peculiar papel que esta forma organizativa había venido representando en la tradición jurídica española para la ordenación de determinadas profesiones tituladas** (FANLO LORAS, 1996, 74-78; CALVO SÁNCHEZ, 1998, 682 y ss.). De ahí que se desgajara de la redacción del Proyecto de Ponencia del Congreso, más amplia, la atención exclusiva a los Colegios en el art. 36, mientras que a los sindicatos y a las asociaciones empresariales, por una parte, y a las organizaciones profesionales, de otra, se les dedicaron sendos artículos con ubicación sistemática significativamente dis-

tinta (arts. 7 y 52, respectivamente), manteniendo respecto de los tres —como para los partidos políticos (art. 6)— la exigencia de que su estructura interna y funcionamiento deben ser democráticos.

No cabe negar, en efecto, que el constituyente partiera de la tradición jurídica decantada respecto de los Colegios Profesionales al aprobar el art. 36 CE. No en vano su ordenación preconstitucional, contenida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, fue, precisamente, objeto de reforma mediante la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, de tramitación paralela al propio texto constitucional. **Lo que no resulta tan claro es que en el texto finalmente aprobado quedara constitucionalizada su consideración tradicional, enraizada en la organización gremial.** De hecho, la **interpretación del alcance del precepto no ha dejado de resultar polémica**, sin que la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto haya facilitado una comprensión unívoca del mismo, particularmente en lo que implica

identificar la naturaleza jurídica de la institución —sobre todo en sus conexiones con el derecho de asociación consagrado en el art. 22 CE— y, de forma correlativa, el alcance de la reserva de ley que el precepto contiene. El paulatino proceso de desnaturalización de la institución colegial en la práctica no ha dejado de condicionar esta jurisprudencia.

II. CONTENIDO DEL PRECEPTO: ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY

En sus términos literales, **el art. 36 CE llama a regular mediante ley las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, advirtiendo expresamente que la estructura interna y el funcionamiento de aquellos deberán ser democráticos.** La interpretación del alcance de esas peculiaridades del régimen de los Colegios como fórmula de ordenación del ejercicio de determinadas profesiones tituladas es el que determinará el margen de libertad del legislador a la hora de establecer su regulación, sin perjuicio de la llamada expresa al principio democrático en su estructura y funcionamiento. **Peculiaridades que se explican, en contraste con las libertades públicas que están en su base —particularmente la libertad de asociación—, en función de los intereses públicos subyacentes al ejercicio de determinadas profesiones, llegando a determinar excepciones radicales frente a aquellas, como la que supone su creación mediante ley y la exigencia de adscripción obligatoria.**

1. La posición del Tribunal Constitucional acerca de la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales: la discusión sobre la garantía institucional

Afirma la STC 89/1989, de 11 de mayo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad

planteada en relación con el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 12 de febrero, de Colegios Profesionales, en la redacción entonces vigente, que el art. 36 CE, «si bien constitucionaliza la existencia de los Colegios Profesionales, no predetermina su naturaleza jurídica ni se pronuncia al respecto» (FJ 5). Sin embargo, **el propio Tribunal no ha tenido problema en pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los Colegios**, a los que calificó ya en el ATC 93/1980, de 12 de noviembre, como **entes públicos de carácter corporativo.**

A esta caracterización se suma la STC 20/1988, de 18 de febrero, que es la primera resolución del Tribunal que aborda propiamente de forma directa el problema, aun cuando fuera, como destacaremos, para resolver una cuestión competencial. En los términos del FJ 4 de esta sentencia, «los Colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen solo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquellas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones Territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas».

Es en esta consideración peculiar de los Colegios Profesionales en la que insiste precisamente la **STC 189/1989**. De modo que, a pesar de que afirma que el art. 36 CE no se refiere a la naturaleza jurídica de los Colegios, **asume la que califica como posición ma-**

yoritaria de la doctrina, según la cual se trataría de corporaciones que, junto con los fines que son consustanciales a su base asociativa, cumplen determinados fines públicos atribuidos por la ley (FF. JJ. 4 y 5). En estos términos, el Tribunal parece reconocer las peculiaridades de los Colegios «por su tradición, por su naturaleza jurídica y fines y por su constitucionalmente permitida regulación por ley» —en los términos del FJ 7—, para concluir, por ello, que «no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones».

En estos planteamientos del Tribunal **se ha querido ver el reconocimiento, dentro del art. 36 CE, de una garantía institucional respecto de los Colegios Profesionales**, como alternativa a un modelo burocratizado de gestión de las profesiones tituladas; garantía institucional que, de hecho, el Tribunal no tuvo problema en reconocer expresamente con posterioridad, en las SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9, y 179/1994, de 16 de junio, FJ 5 (a la que se remite la más reciente STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 7), aun sin mayor desarrollo, por contraste con el alcance del art. 52 CE. **Los términos en que se pronuncia la STC 189/1989 a renglón seguido han sembrado, sin embargo, la duda al respecto**, por cuanto se advierte —en el mismo FJ 5 de la sentencia— que «es el legislador, por tanto, dentro de los límites constitucionales y de la naturaleza y fines de los Colegios, quien puede *optar* por una configuración determinada (STC 42/1986), dado además que la reserva legal citada no es equiparable a la que se prevé en el art. 53.1 CE respecto de los derechos y libertades en cuanto al respeto de su contenido esencial, puesto que en los Colegios profesionales —en la dicción del art. 36— no hay *contenido esencial* que preservar (STC 83/1984), salvo la exigencia de estructura y funcionamiento democrático».

Esta afirmación ha dado pie a ciertas críticas doctrinales, que ven en la misma la puerta abierta a la desnaturalización de la institución

colegial (FANLO LORAS, 1996, 85 y ss.). Desnaturalización que se confirma en tanto en cuanto la sentencia de referencia afirma expresamente que el art. 36 CE «*ni ordena ni prohíbe* la colegiación obligatoria, diferenciando los Colegios de otros entes de base asociativa», negando con ello el principio medular —junto con la creación mediante ley— de la institución colegial tradicionalmente entendida como forma de organización de ciertas profesiones cualificadas por su especial implicación en la garantía de determinados intereses públicos. En la misma dirección apuntan las SSTC 386/1993, de 23 de diciembre, y 330/1994, de 15 de diciembre: en los términos del FJ 3 de la primera, «es claro, y así lo hemos dicho reiteradamente, que de la Constitución solo se deduce que los Colegios Profesionales han de ser regulados por Ley (SSTC 42/1986 y 132/1989), pero ello no excluiría forzosamente que el legislador decidiese regular en una norma específica algunas normas singulares de uno o unos concretos Colegios Profesionales. Es igualmente claro que el legislador puede modificar las normas, siempre que no contravenga la Constitución y que nada hay en el art. 36 CE que le impida hacerlo así en lo relativo a los Colegios Profesionales. No hay en la Constitución ningún precepto que establezca, a favor de los Colegios Profesionales, una concreta reserva material indisponible para el legislador, ni tampoco materias consustanciales a los Colegios Profesionales» (FJ 3). En esa consideración de la colegiación obligatoria como mera opción del legislador insiste la más reciente STC 67/2017, a la que posteriormente nos referiremos.

No se ha de negar, sin embargo, que **el propio Tribunal ha ido desglosando en su jurisprudencia ciertos límites infranqueables para el legislador a la hora de regular los Colegios** que, particularmente por lo que se refiere a la confirmación de la constitucionalidad —bajo ciertos parámetros— de la adscripción forzosa, **vienen a respaldar algunos de los elementos claves de la institución colegial tal y como ha sido tradicionalmente configurada.**

Siendo así que las **peculiaridades que dotan a aquella de perfil propio se explican, precisamente, por vía de excepción de ciertas libertades generales** como, particularmente, la de **asociación** (art. 22 CE) y la de **elección de profesión y oficio**, consagrada, no en vano, en el artículo inmediatamente anterior al que nos ocupa (art. 35 CE).

Lo anterior encuentra reflejo tanto en lo que se refiere a la ordenación, con carácter general, de las profesiones tituladas y, en su caso, por la vía de la *institución* colegial, como en la identificación misma de una concreta actividad *profesional* merecedora de una especial ordenación como profesión titulada. Y ello por cuanto, tal y como tiene afirmado el Tribunal en su STC 42/1986, de 10 de abril, «la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia (la del art. 36 CE) sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales. **Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada**, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional» (FJ 1). Más recientemente, el Tribunal matiza que la profesión titulada puede requerir, además de estudios universitarios, «una formación complementaria que acredite la capacidad para ejercer la profesión para cuyo

ejercicio habilita el título» [STC 170/2014, de 23 de octubre, FJ 4.a), refrendada por la 176/2015, de 22 de julio, FJ 5].

El Tribunal insiste en la condición de profesión titulada como sustrato de la de «profesión colegiada» al precisar que la reserva de ley contenida en el art. 36 CE implica que es el legislador quien debe determinar «qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados, la incorporación a un Colegio Profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional» [STC 170/2014, en su FJ 4.d), con cita de la previa 194/1998, de 1 de octubre, FJ 5]. Esta jurisprudencia asume, en definitiva, que la ordenación de determinadas profesiones tituladas puede exigir la incorporación a un colegio profesional, con lo que se apuntaría a la colegiación obligatoria como núcleo de la *institución* colegial. Este rasgo capital de la *institución* colegial entendida en su sentido más clásico ha quedado, sin embargo, como sabemos, descartado en la STC 89/1989, de 11 de mayo, con evidentes consecuencias sobre el real alcance de su constitucionalización.

Con todo, en aquella perspectiva insiste la reiteradamente citada STC 189/1989 cuando advierte de que el legislador «al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible, y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22 CE), como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que al afectar la existencia de este los derechos fundamentales mencionados, solo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada la necesidad de servir un interés público» (FJ 5). Y ello en el bien entendido de que **respecto de los Colegios Profesionales —como, en general, en todas las Corporaciones públicas— no**

puede «con toda evidencia [...] predicarse la libertad positiva de asociación, pues su creación no queda a la discreción de los individuos [...] y tampoco les es aplicable la garantía del 22.4 en cuanto a su disolución o supresión, al constituirse como creaciones de los poderes públicos, y sujetas por tanto a la decisión de estos en cuanto a su mantenimiento y configuración» (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6; de forma implícita, STC 5/1996, de 16 de enero, FJ 10). Siendo así que —como recuerda el FJ 10 de la más reciente STC 251/2006—, «en cuanto a los Colegios profesionales, hay que recordar que su existencia no se vincula directamente a los intereses de los ciudadanos, pues no existe «un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen Colegios profesionales (SSTC 89/1989, 131/1989, 139/1989 y 244/1991)», de manera que su creación responde a «la exigencia de cumplimiento de fines públicos relevantes» (STC 194/1998, de 1 de octubre, FF. JJ. 4 y 7)».

Es más, como destaca *a sensu contrario* la STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 5, la llamada al principio democrático en la organización y funcionamiento de los Colegios que el art. 36 CE contiene, supone *per se* una nueva excepción a la libertad de asociación entendida en sentido propio, toda vez que resulta radicalmente contradictoria con la potestad de autorganizzazione que es inherente a aquella.

Obsérvese que, en rigor, todas estas apreciaciones solo casan plenamente con la consideración de la colegiación obligatoria como elemento nuclear de la *institución* colegial. Una vez que la jurisprudencia constitucional rompe esa ecuación Colegio-colegiación obligatoria, concibiendo la posibilidad de colegios de adscripción voluntaria, desvirtúa las *peculiaridades* de los colegios frente a las organizaciones propiamente asociativas, desplazando el escrutinio de proporcionalidad de la opción del legislador al análisis de la exigencia de la colegiación obligatoria y no de la existencia misma del colegio. En esta forma de razonar de nuestro Tribunal pesó muy proba-

blemente el paulatino proceso de desnaturalización experimentado por la institución colegial debido a la extensión de la fórmula a profesiones muy alejadas de su núcleo original, inspiradas por el marchamo de prestigio profesional implícito en la creación del correspondiente colegio: no en vano, en el momento mismo de aprobación del texto constitucional se aprobó la creación del colegio de geólogos como colegio de adscripción voluntaria.

Es de advertir, con todo, que este planteamiento no ha dejado de dulcificar lo que de otro modo podría generar una contradicción frontal entre nuestro texto constitucional y una norma europea, particularmente la Directiva 2006/123/CE, de Servicios, determinante de la excepcionalidad de la exigencia de colegiación obligatoria como requisito previo al ejercicio de profesiones, consideradas como manifestación del ejercicio de la libertad de prestación de servicios.

2. Los límites materiales a la reserva de ley como modulaciones a la libertad de asociación y a la de elección de profesión u oficio

A la luz de lo anterior no ha de extrañar que el Tribunal Constitucional haya identificado «tres criterios mínimos y fundamentales a la hora de determinar si una determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, puede superar un adecuado control de constitucionalidad», en los términos del FJ 8 de la STC 179/1994, que se presenta con afán sistematizador de la jurisprudencia previa sobre las «Corporaciones Públicas» en general, incluyendo las que el propio Tribunal considera incardinables en el art. 52 CE. Sobre esta caracterización vuelve la STC 194/1998, de 1 de octubre.

Por una parte, asume el Tribunal como un límite para el legislador que él mismo califica de externo, la **prohibición de exclusividad**,

en tanto en cuanto, al regular las entidades corporativas, no podrá identificar sus fines ni estas podrán actuar de forma que imposibilite la creación o actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos o de otro tipo. Así, en la STC 123/1987, de 15 de julio, a la que se remite recientemente la STC 167/2017, de 25 de mayo, FJ 3, se declaró expresamente que «la colegiación para quienes ejercen profesiones tituladas no impide que puedan sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes, sin perjuicio de que, en cuanto titulado, sea miembro de una corporación profesional» (FJ 5). A la misma lógica apunta la STC 166/1992, de 26 de octubre (FJ 4).

Y ello en el bien entendido de que, como segundo límite al legislador, el mismo **Tribunal ha asumido que la colegiación puede imponerse de modo obligatorio, sin vulnerar los derechos de referencia (en particular, la libertad de asociación en su vertiente negativa), si bien con carácter excepcional.** Así quedó apuntado en las SSTC 67/1985 y 89/1989 y reiterado en la STC 139/1989, de 20 de julio, de modo que la «limitación de la libertad del individuo afectado consistente en su integración forzosa en una agrupación de base (en términos amplios) «asociativa» solo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que se persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo» (FJ 7). Planteamiento este que, sorprendentemente, condujo al Tribunal, en su STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4 *in fine*, a la conclusión de que tales parámetros concurrían en el supuesto de los profesores de educación física. La STC 76/2003, de 23 de abril, por su parte, sin contradecir el anterior planteamiento, inicia una serie en relación con la obligación de colegiación de los profesionales al servicio de las Administraciones Públicas, reconociendo que «[...] es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito

de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos, como el que motiva el presente recurso de amparo, de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública, sin pretender ejercer privadamente la actividad profesional, con lo cual «viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos» (STC 69/1985, FJ 2); en tal supuesto la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los Colegios Profesionales» (STC 131/1989, FJ4). No contradicen tal conclusión la más reciente STC 3/2013, de 17 de enero, y las que la siguen el mismo año, así como las SSTC 150/2014, de 22 de septiembre, y 229/2015, de 2 de noviembre, que declaran la inconstitucionalidad de las respectivas leyes autonómicas eximentes de la colegiación a los empleados públicos que realicen actividades propias de su profesión por cuenta de las Administraciones Públicas autonómicas, y ello por cuanto tal declaración deriva de razones exclusivamente competenciales que explicaremos en el apartado siguiente.

Dejando esta cuestión por un momento al margen, la consecuencia última de este planteamiento es que las SSTC 113/1994, de 14 de abril, y 179/1994, de 16 de junio, llegan a concluir que **debe considerarse, en último término, excepcional el recurso a la creación *ex lege* de estas entidades corporativas,** pues —en consideración al sacrificio a las libertades que les es consustancial— recurrir a esta fórmula como regla alteraría «el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de la libertad (art. 1.1) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político (art. 10.1 CE)» (FF. JJ. 12 y 8, respectivamente). Aun cuando estas sentencias se refieren específicamente a corporaciones encuadrables en el art. 52 CE, se ofrecen como teoría general ex-

presamente aplicable a los Colegios Profesionales, lo que podría considerarse como un nuevo envite a la teoría de la *garantía institucional*.

Conviene advertir, en todo caso, que **lo anterior no resulta contradicho cuando el propio Tribunal ha excluido del ámbito subjetivo del art. 36 CE, estrictamente considerado, el Colegio Notarial** por la STC 87/1989, de 11 de mayo, y el de **Corredores de Comercio**, por la STC 133/1997, de 16 de julio, por entender que en ambos predominan de forma excepcional los intereses públicos, lo que cualifica su dimensión de entidades públicas, con las consecuencias que veremos inmediatamente desde el punto de vista competencial.

3. Un apunte competencial: alcance de las competencias del Estado en el contexto del art. 36 CE

En todo caso, esa llamada al legislador que encierra el art. 36 CE, ¿cómo debe concretarse en términos competenciales? Desde la STC 20/1988, de 18 de febrero, quedó plenamente confirmada la conclusión que ya apuntara la STC 76/1983, de 5 de agosto, al pronunciarse propiamente sobre «las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos» (FJ 26), y según la cual **también respecto de los Colegios Profesionales debe reconocerse, dentro del título contenido en el art. 149.1.18.^a CE, la potestad del legislador estatal para fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse, en su organización y competencias, los Colegios, en tanto ejercen potestades públicas**, puesto que —en correlación con la caracterización de su naturaleza jurídica— solo en relación con ambos extremos se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios que permite puedan ser equiparados a las Administraciones Territoriales. Las sucesivas SSTC 89/2013, de 22 de abril, y 84/2014, de 29 de mayo, FJ 3, insisten en este planteamiento sin perjuicio de mati-

zar, como hiciera la STC 31/2010, de 28 de junio, en su FJ 7, que la intensidad de las bases estatales al respecto es menor que si se tratara de Administraciones en sentido pleno.

Este planteamiento encuentra, sin embargo, **una excepción, en clave ampliadora de las competencias estatales, en el caso del Colegio Notarial**, en los términos de lo precisado en la ya citada STC 87/1989, de 11 de mayo, que valoró la constitucionalidad del Reglamento Notarial. Para este peculiar supuesto concluyó el Tribunal que, dado el predominio de los intereses públicos que es consustancial a este ente colegial, no solo se reconoce el robustecimiento de la competencia estatal, sino que se advierte que «esta no viene limitada por el art. 149.1.18 CE a las bases de su organización y competencias, sino que se extiende también a la regulación de la función pública estatal que, en su mayor parte, y sin duda la más importante y característica de su profesión, corresponde desempeñar a los Notarios» [FJ 3.b)]. En términos similares se pronuncia la STC 133/1997, de 16 de julio, en relación con el **Colegio de Corredores de Comercio** [FJ 13.b)].

Más recientemente, las SSTC 62 y 67/2017, ambas de 25 de mayo, confirman la competencia estatal para el establecimiento de los principios y reglas básicas de los colegios, precisando que, en particular, solo al legislador estatal corresponde decidir si en un determinado colegio la colegiación es obligatoria o no, tal y como queda reflejado, de hecho, en la vigente redacción del art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de adaptación de diversas leyes estatales a la ya citada Directiva 2006/123/CE, y según la cual los supuestos de colegiación obligatoria deben quedar restringidos a «aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio

profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios», según argumenta la STC 3/2013, de 17 de enero, FJ 7. Esta sentencia es la primera de una larga lista que queda sistematizada en el FJ 4 de la STC 69/2017, apoyándose particularmente en la citada 89/2013 y en argumento reiterado por la 201/2013, según las cuales la competencia estatal al respecto trae causa de la competencia para regular las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la libre elección de profesión garantizado por el art. 35 CE, de acuerdo con lo previsto en la regla 1.ª del art. 149.1 CE, con independencia de la competencia estatal para determinar cuáles sean las profesiones tituladas *ex art. 149.1.30.ª CE* (tal y como, de hecho, apuntara FERNÁNDEZ FARRERES, 1996, 133-144).

III. CONSECUENCIAS DE LA CARACTERIZACIÓN DE LOS COLEGIOS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE CIERTOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Conviene, finalmente, apuntar que el Tribunal Constitucional ha tenido más de una ocasión de desarrollar las consecuencias de **su caracterización «bifronte» de los Colegios Profesionales** —en los términos de la STC 89/1989 (FJ 4), ya apuntados por la STC 123/1987, de 15 de mayo, FJ 3, a la que se remite recientemente la STC 69/2017, de 25 de mayo, FJ 3— al resolver distintos recursos de amparo en los que se le planteó el **juego de determinados derechos fundamentales en la órbita del art. 36 CE**.

Así, en varias sentencias se planteó el alcance del **derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en el ámbito de la potestad disciplinaria ejercida por los Colegios**. Siendo así que la doctrina sentada por la STC 219/1989, de 21 de diciembre, **relativizó el alcance de la reserva de ley respecto de lo que el propio Tribunal califica de «relaciones de especial sujeción» establecidas entre el Colegio y los colegiados** por entender que

el art. 36 CE daría por sí mismo cobertura al ejercicio por el Colegio de esa evidente potestad pública. Planteamiento este que, afortunadamente, fue objeto de matización en las sucesivas SSTC 93/1992, de 11 de junio; 153/1996, de 30 de septiembre, y 188/1996, de 25 de noviembre, en punto a la necesaria publicación de las disposiciones del Colegio a los efectos de entender cumplidas las exigencias del art. 25 CE en caso de sanción por incumplimiento de aquellas. El ATC 141/2004, de 26 de abril, descarta, por su parte, que se haya infringido el principio *ne bis in idem* en relación con una sanción penal precisamente sobre la base de la consideración de la relación del Colegio sobre los colegiados como de especial sujeción.

En otro plano, **el Tribunal descartó** en su temprana STC 23/1984, de 20 de febrero (FJ 5) **que los cargos de los órganos de gobierno de los Colegios entren dentro de la esfera objetiva de la garantía de acceso a los cargos públicos consagrada en el art. 23.2 CE**, si bien evitó volver a pronunciarse al respecto en cuantas ocasiones posteriores se le plantearon (SSTC 73/1989, de 20 de abril, y 132/1989, de 18 de julio). Más recientemente, la STC 34/2011, de 28 de marzo, desestimó el recurso de amparo planteado contra unos estatutos colegiales que reconocen una determinada avocación religiosa al descartar que el principio de neutralidad religiosa exigible a las Administraciones públicas quedara afectado por un reconocimiento que considera simbólico.

Finalmente, la **peculiar caracterización bifronte de los Colegios se tradujo, en la esfera del art. 24.1 CE**, en dos resoluciones interesantes. En el ATC 4/1998, de 12 de enero, se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por un Colegio Profesional contra la resolución del Consejo General correspondiente que anuló una sanción que él había impuesto en aplicación de la consolidada doctrina del Tribunal según la cual el art. 24.1 CE no protege el acceso a la jurisdicción en defensa de potestades públicas. La STC 45/2004, de 23

de marzo, por su parte, reconoció a un Colegio legitimación para recurrir contra un determinado reglamento que pudiera afectar a la *profesión* misma, entendiendo que en tal caso el Colegio ejerce una «función representativa

y de defensa [...] bajo las notas de exclusividad o monopolio» (FJ 5); en lo que insistieron las posteriores 38/2010, de 19 de julio; 57/2010, de 18 de octubre, y, de forma coherente, la 183/2011, de 21 de noviembre.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M.^a J., «Las bases estatales y la colegiación obligatoria de los funcionarios (a propósito de la STC 3/2013)», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013.

ARIÑO ORTIZ, G. y SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.^a, *Constitución y Colegios Profesionales*, Unión Editorial, Madrid, 1984.

CALVO SÁNCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Unión Profesional-Civitas, Madrid, 1998.

CARLÓN RUIZ, C., «El impacto de la Directiva de servicios en la institución colegial a la luz del art. 36 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

FANLO LORA, A., «Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en MARTÍN-RETORTILLO, L. (Coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional-Civitas, Madrid, 1996, págs. 67 y ss.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en MARTÍN-RETORTILLO, L. (Coord.), *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Unión Profesional-Civitas, Madrid, 1996, págs. 125 y ss.

— «La llamada «Ley *Ómnibus*» y la reforma del marco regulatorio de los colegios profesionales», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, 2011.

POMED SÁNCHEZ, L., «Actividades profesionales y Colegios profesionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 12, 2010.

SAINZ MORENO, F., «Art. 36. Colegios Profesionales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, tomo III, págs. 507 y ss.

SÁNCHEZ SAUDINÓS, J. M., *Los Colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, BOE-CEC, Madrid, 1996.

SAZ, S. DEL, *Los Colegios Profesionales*, Colegio de Abogados de Madrid-Marcial Pons, Madrid, 1996.

Artículo 37

1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Sumario general:

El derecho constitucional a la negociación colectiva, por **FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ**

El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, por **JUAN GARCÍA BLASCO**

ARTÍCULO 37.1

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario: I. La estructura del art. 37.1 CE. II. El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional. 1. Introducción. 2. Las bases constitucionales del derecho a la negociación colectiva. A) La eficacia directa del art. 37.1 CE. Y el reconocimiento a la negociación de eficacia limitada de cobertura constitucional. B) La titularidad del derecho a negociar. C) El ámbito objetivo del art. 37.1 CE: la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. D) La fuerza vinculante de los convenios colectivos. E) Los límites a la libertad de estipulación. a) Autonomía individual y negociación colectiva. b) Orden legal y negociación colectiva. c) Orden constitucional y negociación colectiva. La afectación del principio de igualdad a la actividad contractual colectiva. 3. El derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical. A) La doctrina general. B) Legitimación negocia y libertad sindical.

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO *AD HONOREM*
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA ESTRUCTURA DEL ART. 37.1 CE

1. El reconocimiento de la negociación colectiva como un derecho constitucionalmente amparado data de épocas relativamente recientes. En concreto, son las Constituciones europeas pertenecientes a la tercera generación del constitucionalismo del siglo XX, dictadas en la década de los años setenta tras el derrumbamiento de regímenes totalitarios de naturaleza fascista o bonapartista, las que comienzan a incorporar a su articulado la negociación colectiva, concibiéndola como un derecho dotado de sustantividad propia y no solo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asiste a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Siguiendo la senda de la Constitución portuguesa, nuestro texto constitucional (CE) alude de manera expresa y directa a la negociación colectiva en su art. 37.1, a tenor del cual

«la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos». Como tuve ocasión de razonar apenas promulgada la CE, este pasaje instituye, a favor de la autonomía contractual colectiva, una doble garantía, entendida la expresión no solo en un sentido sustantivo, relativo a la dualidad de materias garantizadas, sino, adicionalmente, en un sentido formal: la Constitución garantiza, al tiempo que mandata garantizar a la ley (VALDÉS DAL-RÉ, 1979, 470; ALONSO OLEA, 1982, 120) tanto el derecho a la negociación colectiva como la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Sin entrar a analizar el contenido material de esta doble y cruzada garantía, el art. 37.1 CE adopta la estructura lógico-formal propia de las normas jurídicas: enuncia un derecho, prefigurando algunos de sus elementos. Por su ubicación sistemática, el derecho que

enuncia queda configurado como un derecho cívico y, por lo mismo, se encuentra amparado por los mecanismos de tutela que el texto constitucional brinda a esta modalidad de derechos y libertades (art. 53.1 CE). Pero además de configurarse como un derecho de ciudadanía, la negociación colectiva, cuando se emprende y ejerce por las organizaciones sindicales, se integra en el contenido esencial de la libertad sindical y, bajo la condición de derecho iusfundamental, queda protegido por los privilegiados remedios jurisdiccionales que la CE reserva a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.2). Más adelante habrá ocasión de retornar sobre las conexiones entre ambos derechos, bastando por el momento haber puesto de manifiesto, ya desde un principio, esta doble naturaleza del derecho a la negociación colectiva.

Por su parte, los elementos del derecho que se prefiguran en el mencionado art. 37.1 CE son los tres siguientes: titularidad, contenido y eficacia del resultado de la actividad negocial realizada por los sujetos colectivos. Ahora bien, el pasaje constitucional a examen no instituye, respecto de ninguno de estos tres elementos del sistema de negociación colectiva, una regla de la que pueda deducirse, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, la obligada adopción de una concreta opción política por el legislador ordinario y, por consiguiente, el obligado rechazo de otras posibles opciones políticas que ya no podrían ser tomadas en consideración por el propio legislador. La CE, en suma, no contiene un modelo cerrado sobre ninguno de los elementos del derecho de negociación colectiva objeto de regulación; muy antes al contrario, admite plurales variantes y opciones, correspondiendo al legislador ordinario, en el ejercicio de sus funciones, elegir una de entre ellas [STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7 y, más recientemente, STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 2.f)].

2. La libertad de la que dispone el legislador ordinario en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva no es, sin embargo, una libertad absoluta. O enunciada la idea en tér-

minos menos sumarios, la ausencia de un catálogo de opciones de política de derecho que, de manera definitiva, definan, desde el art. 37.1 CE, algunos de los elementos esenciales del sistema español de negociación colectiva ofrece al legislador ordinario unos anchos márgenes de libertad normativa. Pero no es esta una libertad plena o incondicionada; es, antes al contrario, una libertad que ha observar ciertos límites, que son los que actúan, desde una perspectiva constitucional, como límites a la acción legislativa.

No es mi intención entrar a analizar estos límites (VALDÉS DAL-RÉ, 2006, 53), bastando aquí con efectuar una observación de carácter sustantivo. Ya se ha hecho notar que el art. 37.1 CE formula una doble garantía cuyo objeto material es el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Pero estas garantías se encuentran a su vez dobladas desde el punto de vista de la fuente de protección: la CE es fuente atributiva directa de ciertas garantías, al tiempo que ordena a la ley instituir unas garantías.

De seguro, el objeto de la garantía de ambas fuentes, de la constitucional y de la legal, es el mismo; pero difiere en su alcance. Desde su superioridad, lo que la CE garantiza es, de un lado, el derecho a la negociación colectiva, entendido como un ámbito de libertad de organización y acción, y de otro, la fuerza vinculante del convenio, articulada mediante una especial protección conferida a los efectos del resultado negocial. Pero el mandato formulado en el art. 37.1 CE no queda reducido al reconocimiento de estas garantías sustantivas. Su alcance va más allá, pues aquel pasaje constitucional impone al legislador el deber de adoptar acciones positivas que, en esquemática síntesis, procuren promover de manera activa, real y efectiva la negociación colectiva y sus resultados. Por este lado, el art. 37.1 CE adopta una estructura jurídica compleja o, si se quiere, plural. Por una parte, enuncia una garantía institucional (RODRÍGUEZ-PINERO, 1992, 3). que exige del legislador una intervención encaminada a asegurar la efectividad

y apoyo del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante del convenio; una intervención que la propia Constitución considera como complemento indispensable para garantizar el ejercicio del derecho de libertad que formula (STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3). Por otra, instituye un conjunto de reglas que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y que están dotadas de eficacia normativa directa e inmediata.

II. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. Introducción

3. En su condición de derecho constitucionalmente reconocido, el derecho a la negociación colectiva ha asomado en reiteradas ocasiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dentro del capítulo que puede denominarse como doctrina constitucional sobre la actividad negocial de los grupos sociales organizados, los pronunciamientos dictados por ese Alto Tribunal ocupan, sin embargo y si comparados con otros aspectos de las relaciones laborales colectivas, un lugar modesto [Hasta marzo de 2018, el número de sentencias se situaba en una zona intermedia entre el centenar y medio y los dos centenares, debiendo destacarse el progresivo descenso de procesos constitucionales en la materia durante el curso de la última década. En bastantes de ellas, por otra parte, las referencias a la negociación colectiva resultan periféricas o de tono menor. Depurado este tipo de resoluciones, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que abordan de manera directa algún aspecto relevante del derecho a la negociación colectiva apenas supera el centenar]. Desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, los grandes ejes temáticos de esta jurisprudencia son los dos siguientes: de un lado, las relaciones entre la negociación colectiva y otros derechos laborales de base constitucional, señaladamente el principio de igualdad, la libertad sindical y

el derecho a la tutela judicial, y de otro, las relaciones entre la autonomía negocial y los otros cauces de ordenación y fijación de condiciones de trabajo (autonomía privada y legislación). Este conjunto de resoluciones ha servido, desde luego, para ir elaborando un nada desdeñable cuerpo de doctrina sobre muy variadas cuestiones. No obstante ello, los núcleos fuertes del derecho a la negociación colectiva, aquellos en derredor de los cuales se estructura el art. 37.1 CE (contenido y límites de las garantías constitucionalizadas: derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante del convenio colectivo) siguen sin contar con una jurisprudencia firme y fundamentada, estando algunos de ellos abiertos a interpretaciones resueltamente divergentes. Las recientes SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, dictadas ambas al sustanciar sendos recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Título III del Estatuto de los Trabajadores (ET) reformados por la Ley 3/2012 ilustran de manera ejemplar esta aseveración.

Por lo demás, la inmensa mayoría de los asuntos sobre negociación colectiva, sometidos a enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, se han articulado a través de recursos de amparo, constituyendo minoría las ocasiones en que el Supremo Intérprete de la Constitución ha debido emitir un juicio sobre la conformidad o no de un precepto legal al texto constitucional. Tal vez, este dato puede ofrecer una cierta explicación de la ausencia de doctrina constitucional sobre los elementos vertebradores del art. 37.1 CE.

El propósito de las reflexiones que a continuación siguen se centra en examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en materia de negociación colectiva, a cuyos efectos esta jurisprudencia se va a agrupar en torno a dos grandes capítulos. En el primero, se analizará la doctrina sobre el art. 37.1 CE en sí mismo considerado; en el segundo, en cambio, se abordará el tratamiento de la negociación colectiva en relación con el derecho de libertad sindical.

2. Las bases constitucionales del derecho a la negociación colectiva

A) *La eficacia directa del art. 37.1 CE. Y el reconocimiento a la negociación de eficacia limitada de cobertura constitucional*

4. Uno de los aspectos más discutidos del art. 37.1 CE ha sido el de la eficacia del derecho que enuncia, cuestión esta sobre la que un sector de la doctrina científica viene atribuyendo a dicho precepto la condición de simple mandato al legislador (SAGARDOY BENGOCHEA, 1981, 24; MONTOYA MELGAR, 1984, 58; DURÁN LÓPEZ, 1990, 23; GALLANA MORENO, 2003, 49). No es momento este de entrar en la polémica con esta tesis, a mi juicio carente de toda razonable fundamentación jurídico-constitucional (VALDÉS DAL-RÉ, 2004, 41), bastando con señalar que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de abordar tan relevante cuestión en su etapa fundacional, declarando que **el mandato que el art. 37.1 CE formula a la ley de garantizar el derecho a la negociación colectiva no priva a las garantías contenidas en ese precepto de eficacia inmediata**. «La facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios —diría la STC 58/1985, de 30 de abril— de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional» (FJ 3).

Es esta una doctrina que lleva aparejado un caudal de consecuencias constructivas en la conformación del derecho constitucional a la negociación colectiva. En concreto y en lo que me interesa destacar, la configuración de este derecho como un derecho no necesitado del complemento de una ley para ejercitar eficacia jurídica directa e inmediata priva de fundado soporte tanto a quienes defienden la ilegalidad de los convenios negociados al margen de las previsiones establecidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (MONTOYA MELGAR, 1984, 60) como a quienes,

con mayor moderación, entienden que la única negociación colectiva que goza de amparo constitucional es la desarrollada por el Estatuto de los Trabajadores; esto es, la negociación colectiva de eficacia general o *erga omnes*. La cobertura constitucional de la negociación colectiva de eficacia limitada ha sido reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional.

La STC 73/1984, de 11 de julio, comienza confirmando, aunque de manera implícita, esta doctrina, al hacer notar que «la legítima opción legislativa a favor de un convenio dotado de eficacia general (en todo caso) no agota la virtualidad del precepto constitucional [...]» (FJ 2). Por su parte, la STC 108/1989, de 9 de junio, ya otorga pleno respaldo constitucional a la negociación colectiva de eficacia limitada, al decir que la clasificación de los convenios en estatutarios y extraestatutarios se asienta en una decisión legislativa, «simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regulación del convenio colectivo, al que se otorga en este caso un plus de eficacia» personal (FJ 2). En fin, la STC 121/2001, de 10 de abril, confirma con contundencia ese respaldo, afirmando que los convenios de eficacia limitada, reducida o relativa, ya que «circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias», se encuentran «amparados por el art. 37.1 CE, en cuanto (este precepto) garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios» (FJ 5).

B) *La titularidad del derecho a negociar*

5. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de abordar algunos de los problemas relacionados con la titularidad del derecho a la negociación colectiva. En ese sentido, y de manera ininterrumpida desde los primeros pronunciamientos hasta la actualidad, el Tribunal Constitucional no ha dudado en atri-

buir al **sindicato-asociación** la facultad de negociación, facultad esta perteneciente al contenido esencial de la libertad sindical [entre los pronunciamientos de la primera época, pueden citarse las SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; 118/1983, de 13 de diciembre, o, en fin, 45/1984, de 17 de marzo; entre las resoluciones más modernas, se encuentran las SSTC 121/2001, de 4 de junio; 238/2005, de 26 de septiembre y 8/2015, citada, FJ 2.d)]. Pero la titularidad del derecho a la negociación colectiva no pertenece en exclusiva al sindicato, **no se ejercita por este «en una posición de monopolio»**, pues la CE ha partido «de un amplio reconocimiento de los titulares de los derechos colectivos laborales» (STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4; también SSTC 98/1985, de 29 de junio, FJ 3, y 208/1989, de 14 de diciembre, FJ 3). Quiénes son esos otros titulares es interrogante que, sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha terminado de enunciar, no cerrando sin embargo la facultad de negociar *ex art. 37.1 CE* a otras instancias organizativas distintas de la asociativa (sindicato), a las que la STC 118/1985, últimamente citada, alude bajo la poco expresiva locución de «otras posibilidades».

Aun cuando a poco de promulgarse el texto constitucional defendí una interpretación amplia de la titularidad del derecho constitucional a la negociación colectiva, coincidente con la posición luego sugerida, más que desarrollada, por el propio Tribunal Constitucional (VALDÉS DAL-RE, 1979, 479), una interpretación sistemática de los arts. 28.1 y 37, aps. 1 y 2, CE priva de razonable fundamento a esa interpretación. En la medida, en efecto, en que la única forma de representación de los trabajadores constitucionalmente amparada es el sindicato, es este el único sujeto colectivo que puede ser titular de los derechos de acción colectiva constitucionalmente reconocidos. Desde luego, los comités de empresa y los delegados de personal son titulares, en nuestro sistema de negociación colectiva de eficacia general, de un derecho de negociación; pero al carecer tales representaciones de cobertura

constitucional, este derecho tiene una naturaleza, un desarrollo y una tutela estrictamente legales (LAHERA FORTEZA, 2000, 117).

C) *El ámbito objetivo del art. 37.1 CE: la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos*

6. La doctrina científica española, apenas promulgada la Constitución, vino polemizando acerca de la cobertura constitucional del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. No es cuestión ahora de reproducir los términos de este debate, cuyo interés, de otro lado, ha ido decreciendo a medida que la legislación ordinaria ha procedido a regularlo. No estará de más destacar, no obstante ello, la interpretación dada por la jurisprudencia constitucional a esta cuestión.

La STC 57/1982, de 27 de julio, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el **fundamento constitucional** del derecho de negociación colectiva de **los funcionarios**, descartando que los arts. 28.1 y 37.1 CE otorguen acceso a la tutela del amparo constitucional. Dijo en aquella ocasión el Tribunal Constitucional que: «del derecho de sindicación de los funcionarios, no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía de la Administración con graves consecuencias», pudiendo optar el legislador por diferentes medidas «que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo» (FJ 9).

Valorada críticamente por amplios sectores de la doctrina científica española, el criterio del Tribunal Constitucional de excluir a los

funcionarios públicos del ámbito del art. 37.1 CE no me parece objetable. Como ya he tenido ocasión de razonar en otro lugar (VALDÉS DAL-RÉ, 1990, 81), lo que contempla este pasaje constitucional es la negociación colectiva laboral, expresión esta que ha de ser entendida en su sentido más técnico o, en palabras del propio Tribunal Constitucional, como «un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales» (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 4).

Pero al margen de lo anterior, discutible resulta, sin embargo, la tesis mantenida por el propio Tribunal Constitucional de la desvinculación del derecho de negociación colectiva ejercitado por organizaciones sindicales que agrupan funcionarios públicos del derecho de libertad sindical, máxime a la luz de la propia doctrina constitucional sobre el contenido esencial de la libertad sindical, a tenor de la cual «forma parte del derecho fundamental sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación», vinculación esta que no es sino consecuencia de una consideración sistemática del derecho de libertad sindical enunciado en el art. 28.1 CE, que no solo atiende a su vertiente individual, sino también a su vertiente colectiva; esto es, al conjunto de derechos «de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios» (STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 1).

Elaborada con el designio de preservar «a todo trance la concepción acontractual de la relación de empleo público en la vertiente de teoría estatutaria» (ROQUETA BUI, 1996, 53), la principal consecuencia de esta doctrina constitucional, una vez que el legislador ha procedido a desarrollar la negociación colectiva en la función pública [se hizo, primeramente, con la Ley 9/1987, de 11 de noviembre, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), modificada por la Ley 9/1990, de 19 de julio. En la actualidad, la ne-

gociación colectiva de los funcionarios se regula en los arts. 31-38 del Real Decreto-Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público], es la ubicación del derecho de negociación colectiva de los sindicatos de funcionarios en el contenido adicional, en lugar de en el contenido esencial, de la libertad sindical (SSTC 80/2000 y 222/2005, citadas). Por este lado, el margen que el Tribunal Constitucional confiere al legislador ordinario trasciende la facultad de acomodar el derecho de negociación colectiva en la función pública a las peculiaridades y especialidades de las Administraciones Públicas, comprendiendo el juicio sobre la oportunidad o conveniencia de reconocer o no a los funcionarios públicos procedimientos de participación en sus condiciones de empleo. En la medida en que el derecho de negociación colectiva de los sindicatos que asocian a funcionarios públicos queda fuera del contenido esencial de su derecho de sindicación, integrándose en su contenido adicional, una decisión legislativa que suprima ese derecho de la tabla de derechos sindicales de este tipo de empleados públicos no incurriría en una vulneración del art. 28.1 CE; no sería, en suma, una medida política inconstitucional.

D) *La fuerza vinculante del convenio colectivo*

7. Desde la aprobación del texto constitucional, el tema más debatido en relación con el art. 37.1 ha sido, de seguro, la determinación del alcance y contenido de la segunda de las garantías formuladas en este precepto; esto es, la referente a la «fuerza vinculante» del convenio colectivo. Desde luego, no es este momento apropiado para analizar la cuestión apenas enunciada, de la que me he ocupado en otro lugar con el debido detenimiento (VALDÉS DAL-RÉ, 2004). A los efectos que aquí importan, me bastará señalar que el TC, a pesar de no haber abordado de manera directa y frontal tan relevante cuestión, ha tenido la oportunidad de identificar el ámbito de la

mencionada garantía. En tal sentido, la STC 105/1992, de 1 de julio, señala que el derecho *ex art. 37.1 CE* «presupone por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía colectiva sobre la voluntad individual» [FJ 6; en el mismo sentido, SSTC 225//2001, de 26 de noviembre, FJ 6, y 8/2015, de 22 de marzo, FJ 2.c)]. Con semejante razonamiento, la jurisprudencia constitucional no otra cosa vino a señalar que el contenido esencial de la fuerza vinculante, constitucionalmente garantizada, asegura a las cláusulas de los productos nacidos de la actividad contractual colectiva una vinculabilidad más fuerte y distinta de la que deriva de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual. De ahí, que el TC no haya dudado en declarar, conforme ya se tendrá oportunidad de razonar en próximo epígrafe, la inconstitucionalidad de los pactos individuales o de las declaraciones unilaterales del empresario que modifiquen las cláusulas prevenidas en un convenio colectivo.

En este contexto interpretativo, no deja de sorprender que la STC 8/2015, a pesar de afirmar esta doctrina, haya declarado constitucionalmente ajustado el contenido del art. 41 ET, en la versión regulada por la reforma del ET de 2012, que habilita al empresario a la modificación unilateral, una vez cumplimentado el oportuno procedimiento de consulta, de las condiciones sustanciales de los convenios colectivos extraestatutarios o de los acuerdos de empresa. Si como el propio Tribunal reconoce, la negociación extraestatutaria disfruta de cobertura constitucional y, por consiguiente, de la fuerza vinculante reconocida en el art. 37.1 CE y si, como afirma la doctrina constitucional, el contenido esencial de esta garantía, el que actúa como límite de los límites para el legislador, reside en la intangibilidad de lo negociado mediante pacto individual o decisión unilateral, el art. 41 ET resulta, en el punto controvertido, manifiestamente lesivo de la tan citada garantía; desconoce de manera frontal el contenido esencial de la fuerza vinculante del convenio.

E) *Los límites a la libertad de estipulación*

8. El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE* comporta la libertad de contratación, una de cuyas manifestaciones es la libertad de estipulación, entendida como facultad de las partes de seleccionar las materias que van a ser tratadas durante el proceso de negociación y, en su caso, incorporadas al resultado negociado, al convenio o acuerdo colectivo. Sin embargo, la libertad de estipulación no es una libertad absoluta, sino limitada, afirmación esta que abre la reflexión a una de las cuestiones más delicadas y complejas del derecho a la negociación colectiva, cual es la relativa a determinar su extensión y límites.

Razonando sobre tan relevante problema, la STC 58/1985, citada, manifestó que no corresponde al Tribunal Constitucional elaborar una teoría general sobre la extensión y los límites de la libertad de estipulación, indicando que semejante tarea ha de ser encarada «paulatinamente por doctrina y jurisprudencia laborales a la vista de las concretas experiencias contractuales y de los cambios y vicisitudes de la legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social en que dicha legalidad se desenvuelve» (FJ 5). Pero al margen de esta declaración, probablemente predicable de la mayor parte de los problemas que suscita la actividad contractual colectiva, la propia jurisprudencia constitucional también ha contribuido a esa tarea, colaborando activamente a precisar el sentido de la facultad de estipulación así como a definir su campo de actuación respecto de los tres órdenes con los que la negociación colectiva, dado su complejo encuadramiento constitucional, puede entrar en diálogo. Este diálogo resulta pacífico la mayor parte de las veces; pero en ocasiones puede ser conflictivo. Esos órdenes son el individual, el legal y el constitucional. Dada la muy diversa problemática que cada uno de ellos suscita, su examen ha de acometerse por separado.

a) Autonomía individual y negociación colectiva

9. La tan citada STC 58/1985 es el primer pronunciamiento que aborda las relaciones entre autonomía individual y negociación colectiva, sentando **dos grandes criterios o principios**. De un lado —dirá esa resolución—, **la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual**, de modo que esta, garantía de la libertad personal, ha de contar con los márgenes de actuación necesarios incluso allí donde las exigencias de índole económica, técnica o productiva reclamen una conformación colectiva de condiciones de trabajo. De otro, **la capacidad de la negociación colectiva de incidir en el terreno de los derechos e intereses individuales no puede ser cuestionada**, pues de otro modo se negaría toda virtualidad a la negociación colectiva, «contradiendo el significado del convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen» (FJ 6). Dentro del respeto a estos dos principios básicos, «la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso, valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes» (FJ 6, *in fine*).

Como puede advertirse con facilidad, la anterior es una doctrina muy general y de encomiable prudencia, que no hace otra cosa que tomar nota de las tensiones que anidan y afloran entre la negociación colectiva y la autonomía individual, descartando que estas tensiones puedan resolverse a través de cualquiera de las posiciones más extremadas que conducirían a la negación del espacio vital de desenvolvimiento de estos dos cauces de fijación de condiciones de trabajo enfrentados. Hasta la actualidad y salvo error u omisión por mi parte, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de aplicar en cinco ocasiones la doctrina expuesta, que a la postre apela a la jurisprudencia del caso concreto para solventar los conflictos que se sometan a su conoci-

miento; son ellas las SSTC 102/1992, de 1 de julio (asunto *Catalana de Occidente*); 208/1993, de 28 de junio (asunto *Telefónica de España, S. A.*), 107/2000, de 5 de mayo (asunto *Entretenimiento de Automóviles, S. A., REASA*); 225/2001, de 26 de noviembre (asunto *Renault España Comercial, S. A., RECSA*) y 238/2005, de 26 de septiembre (asunto *Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Madrid*).

El supuesto de hecho de todos estos pronunciamientos es el mismo: un empresario ofrece a una pluralidad de trabajadores a su servicio la aplicación de determinadas condiciones de trabajo, procediendo un buen número de los destinatarios a la aceptación individual de dicha oferta. A lo largo de estas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha procedido a delimitar las fronteras recíprocas de la autonomía individual y de la negociación colectiva o, por expresar la idea con mayor rigor, los espacios de la autonomía individual respecto de la autonomía colectiva, formulando un cuerpo de doctrina que puede ya calificarse como consolidado. De conformidad con el mismo, el margen de actuación de la autonomía individual viene definido tanto por los espacios no ocupados por la negociación colectiva como por aquellos otros afectados por esta, siempre que se respete la configuración y la fuerza vinculante del convenio. En cambio, son contrarios al art. 28.1 CE los pactos individuales o las decisiones unilaterales del empresario que pretendan u ocasionen objetivamente la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro diferente o, en otras palabras, que eludan o soslayan la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíen sustancialmente el contenido efectivo del convenio o acuerdo colectivo (SSTC 208/1993, FJ 3; 107/2000, FJ 10; 225/2001, FJ 7, y 238/2005, FJ 4). Por enunciar la misma idea con las palabras de la STC 238/2005, el empresario, actuando de manera unilateral o en concierto con un grupo de trabajadores individualmente considerados, puede incidir en la disciplina de las relaciones laborales; pero no puede hacerlo frente al derecho a la negociación colectiva del sindica-

to, derecho este que incluye «el respeto al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos» (FJ 7). Por lo demás, los elementos valorativos o factores indiciarios de estas conductas antisindicales pueden ser el impacto general de la medida o, como gusta decir al Tribunal Constitucional, «la trascendencia, importancia y significado» de las medidas de modificación (SSTC 195/1992, FJ 5, y 107/2000, FJ 7).

A efectos de la calificación de la concreta utilización masiva de la autonomía individual como medida compatible o no con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales, la jurisprudencia constitucional considera irrelevantes una serie de aspectos. Por lo pronto, resulta indiferente el carácter peyorativo o más beneficioso de la modificación operada. O en palabras menos sumarias: una vez constatado que la decisión empresarial, aceptada por los trabajadores, produce una sustitución sindical, violentando la posición institucional de los sindicatos y desconociendo la función de regulación laboral que estos tienen reconocida, el efecto favorable o adverso de la actuación empresarial carece de la menor importancia en el juicio de ponderación. Irrelevante resulta, igualmente, que la modificación derive de una decisión unilateral del empresario o nazca de la voluntaria aceptación por parte de los trabajadores de la oferta empresarial, la cual no excluye por sí misma la posible vulneración del art. 28.1 CE, al poder «quebrar la fuerza vinculante del convenio colectivo» (STC 105/1992, FJ 6) y, con ello, el poder de regulación laboral constitucionalmente reconocido a las organizaciones sindicales. En tercer lugar, tampoco ha de atribuirse relevancia jurídica al hecho de que la modificación operada pueda o no considerarse como colectiva *ex* art. 41.4 Estatuto de los Trabajadores, pues el mayor o menor número de trabajadores afectados «en modo alguno altera la naturaleza indudablemente colectiva, en función de su origen», de una condición enunciada en

un convenio colectivo (STC 238/2005, FJ 7). En cuarto lugar, también es indiferente la intencionalidad de la actuación empresarial, pudiendo cobijarse la perturbación lesiva del papel institucional del sindicato tanto en una estrategia destinada a mermar su función reguladora como en una conducta constitutiva de una vulneración objetiva de la libertad sindical, que atienda exclusivamente al resultado para el derecho (SSTC 208/1993, FJ 4, y 225/2002, FJ 4). Finalmente, carece igualmente de relevancia el momento de la alteración de la condición, ya que la vulneración del derecho de libertad sindical puede producirse tanto durante la vigencia de un convenio colectivo como en el curso del proceso de negociación o de renegociación del convenio vencido (tal es el supuesto de hecho de la STC 107/2000).

Por aplicación de esta doctrina, el **Tribunal Constitucional ha estimado atentatorios al derecho de negociación colectiva, entendido como contenido esencial de la libertad sindical**, aquellos pactos individuales o decisiones unilaterales consistentes en el cambio de horario de jornada continuada a jornada partida, previa supresión de la jornada laboral de los sábados y el abono de un plus económico en concepto de dieta de manutención (asunto *Catalana de Occidente*), la fijación de los incrementos retributivos anuales (asunto *EASA*), el establecimiento de unos aumentos salariales, de una medida de flexibilidad de horario y de unas compensaciones por tiempo de trabajo extraordinario (asunto *RECSA*) y, en fin, la introducción de un sistema de jornada partida (asunto *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*). Por el contrario, no se ha calificado como conducta antisindical la decisión de la empresa, seguida de la aceptación voluntaria de los trabajadores, de establecer unas gratificaciones temporales así como un plus de disponibilidad en razón de que dicha decisión no comportó la modificación del convenio colectivo vigente al no estar reguladas en el referido convenio ni aquellas gratificaciones ni este plus (asunto *Telefónica de España, S. A.*).

b) Orden legal y negociación colectiva

10. En su confrontación con el orden legal, el principal problema que la experiencia contractual ha suscitado ha sido, de seguro, la compatibilidad del control imperativo de las rentas salariales por vía presupuestaria con el derecho a la negociación colectiva o, más en concreto, con la libertad contractual. Durante largo tiempo, el problema apenas enunciado quedó imprejuizado en la jurisprudencia constitucional en razón, fundamentalmente, de no haber accedido al debate constitucional a través del cauce procesal adecuado. Hasta fechas relativamente recientes, tantas cuantas veces se promovió recurso de amparo alegando la presunta vulneración del art. 37.1 CE, el Tribunal Constitucional inadmitió por auto el recurso en atención a no ser el derecho reconocido en ese precepto susceptible de protección mediante este específico remedio procesal, no apreciándose, de otro lado, violación de la libertad sindical, ya que, aun cuando la negociación colectiva es función esencial del sindicato, «ello no significa que el convenio colectivo resultado del ejercicio de ese derecho se convierta en fuente única de las condiciones de trabajo o excluya el legítimo ejercicio de su actividad por los restantes poderes normativos constitucionalmente reconocidos» (ATC 217/1984, de 3 de abril, FJ 3).

La STC 62/2001, de 1 de marzo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de 1993, habría de abordar, finalmente, la problemática anteriormente reseñada. En lo que aquí importa reseñar, la sentencia declara que **el establecimiento de unos topes al crecimiento retributivo, impuestos por la ley presupuestaria del Estado, resulta respetuoso y compatible con el derecho a la negociación colectiva garantizado en el art. 37.1 CE**. Sin embargo, resulta reprochable que una declaración semejante no fuera acompañada de la correspondiente argumentación jurídico-constitucional, incurriendo

este pronunciamiento en un razonamiento de tipo apodíctico y de autoridad. Por este lado, puede afirmarse que el problema a examen ha sido formalmente abordado, aunque no lo haya sido materialmente.

Casi una decena de años después, el TC hubo de volver a sustanciar diversos procesos constitucionales, articulados, todos ellos, mediante cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por diversos órganos de la jurisdicción social a resultas de las medidas adoptadas, señaladamente por el art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y que habrían de comportar una minoración de la masa salarial del personal al servicio del sector público y, en razón de ello, una modificación de lo establecido en diferentes convenios colectivos aplicables. El conflicto fue resuelto sistemáticamente mediante el dictado de autos en los que, en lo que ahora importa señalar, el TC descarta la vulneración del art. 37.1 CE por cuanto del mismo no deriva una supuesta inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida, insistiendo en la tesis de que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a las normas de mayor rango jerárquico (entre otros muchos, AATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 8; 115/2011, de 19 de julio, FJ 3; 35/2012, de 24 de febrero, FJ 2; 215/2012, de 30 de octubre, FJ 4, y 246/2012, de 18 de diciembre, FJ 4).

Dentro de este mismo capítulo de relaciones entre orden legal y negociación colectiva, no puede dejar de citarse la doctrina sentada por la STC 210/1990, de 20 de diciembre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el párr. 2.º de la Ley 4/1983, de 29 de junio, a tenor del cual «la puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley (la vigente de 40 horas semanales), no afectará a la ordenación global de la jornada existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, salvo pacto

en contrario». Centrando la atención en un aspecto concreto de las numerosas tachas de presunta inconstitucionalidad avanzadas por el juez promotor de esta cuestión, cual es el relativo a la compatibilidad de la aplicación inmediata de la ley con el derecho a la negociación colectiva, la doctrina sentada por la citada sentencia resulta tan contundente como concisa, formulándose, de otro lado, con un acentuado criterio de generalidad, hasta el punto de poder aplicarse sin violencia alguna a los problemas semejantes que puedan surgir a raíz de las modificaciones en el contenido de un convenio colectivo por obra de una reforma legal sobrevenida (STC, citada, 62/2001, FJ 2). Dicha doctrina se articula a través de una doble declaración. La primera consiste en el pleno dominio que, dentro del respeto a los principios constitucionales, posee el legislador ordinario en fijar el momento de entrada en vigor de las leyes. La segunda declaración, que arma la que puede calificarse como teoría constitucional de las relaciones entre la vigencia de una ley y el derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE*, es la no pertenencia al contenido esencial de este derecho de la intangibilidad de lo convenido frente a modificaciones legislativas sobrevenidas. Este precepto constitucional no puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en las fechas dispuestas por las mismas, ya que de él «no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en la ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia, aun cuando la voluntad de dicha ley sea entrar en vigor inmediatamente» (FJ 3). De la conjunción de ambas declaraciones resulta como corolario el que, si en uso de la libertad de la que dispone, el legislador prevé una determinada fecha de comienzo de vigencia, «la ley habrá de entrar en vigor entonces, aun cuando afecte a convenios colectivos, no debiendo estimarse lesivo del art. 37.1 CE este efecto» (FJ 3). En suma, es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico «y no al contrario, siendo constitucionalmente inacepta-

ble que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador» (FJ 3).

c) Orden constitucional y negociación colectiva. La afectación del principio de igualdad a la actividad contractual colectiva

11. Uno de los problemas más debatidos por el moderno constitucionalismo es el relativo a determinar la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en los textos constitucionales, dilucidando si dicha eficacia actúa exclusivamente frente a los poderes públicos o desarrolla, con mayor amplitud, una eficacia general o *erga omnes*, que incluye a los poderes privados. Sin entrar en el examen de la cuestión enunciada, ni tan siquiera de manera superficial, lo que me importa destacar es que la jurisprudencia constitucional, rectificando las vacilaciones de los primeros pronunciamientos, ha venido aceptando una interpretación amplia, considerando que «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social» (entre otras, SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6, y 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4).

En el ámbito de la negociación colectiva, la eficacia limitada o *erga omnes* de los derechos fundamentales se ha planteado básicamente respecto de los derechos de igualdad y no discriminación. En tal sentido, la muy relevante STC 177/1988, de 10 de octubre, sentará dos criterios a partir de los cuales es dable elaborar los principios generales que informan las relaciones entre el derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE* y los referidos derechos (reiterada, entre otras, por las SSTC 171/1989, de 19 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 27/2004, de 4 de marzo, y 280/2006, de 9 de octubre).

a') La sentencia comentada hará notar, por lo pronto, que **el convenio colectivo no queda excluido del ámbito de aplicación del**

principio de igualdad, que puede erigirse por lo mismo en límite a la libertad contractual colectiva. La vinculación del convenio colectivo se fundamenta, además de en consideraciones de orden general, tales como la configuración de la igualdad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) o la cláusula de la igualdad real del art. 9.12 del propio texto constitucional, en razones particulares. La primera es la relevancia cuasi pública que alcanza el convenio colectivo (RODRÍGUEZ-PINERO 1987, 2), «al menos en la más importante de sus manifestaciones», en razón de ser negociado por sujetos dotados de representación institucional y, por cuanto, una vez pactado, adquiere eficacia normativa y «se incardina en el sistema de fuentes del Derecho» (FJ 5) [también SSTC 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2.b); 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6; 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4, y 280/2006, de 9 de octubre, FJ 4]. La segunda razón reside en el sometimiento del convenio colectivo, «en cuanto tiene valor normativo, a las normas de mayor rango jerárquico» y en el respeto al cuadro de derechos fundamentales formulados en el texto constitucional, señaladamente a «las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación» (FJ 4) (igualmente SSTC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6; 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4; 280/2006, de 9 de octubre, FJ 4, y 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2).

La primera y las posteriores sentencias que inician esta saga de resoluciones alcanzan una solución difícilmente discutible. Pero el razonamiento que fundamenta esa solución adolece, a mi juicio, del defecto de estar elaborado desde criterios de estricta legalidad ordinaria en lugar de acometerse desde un prisma constitucional. Como la STC 177/1988 reconoce paladinamente, el valor «cuasi público» y la eficacia normativa del mismo son rasgos predicables del tipo de convenio colectivo legalmente regulado, no siendo en modo alguno deducibles del tenor constitucional. Ni la Constitución atribuye la titularidad del derecho a la negociación colectiva a sujetos con representación institucional, ya que es esta una opción del legislador con la que se preten-

de garantizar la seriedad del *erga omnes*, ni tampoco confiere al convenio colectivo una eficacia normativa; se limita, lo que no es poco, a garantizarle una «fuerza vinculante», noción esta que, como acredita una interpretación histórico-sistemática, equivale a eficacia real (VALDÉS DAL-RÉ, 2004, 25). Siendo ello así, como me parece que es, la reiterada decisión de la jurisprudencia constitucional de fundamentar la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad en la configuración de aquel como una norma pudo ser en su momento un recurso hábil para sortear los agudos problemas con que tropieza la aplicación de este principio, concebido como un valladar frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, a actos procedentes de sujetos particulares. La invocación de nociones como las utilizadas (valor cuasi público, representación institucional, jerarquía normativa y eficacia normativa) así lo evidencia. Pero al margen de su condición de recurso dialécticamente hábil, es este un argumento alejado del marco constitucional y del que, en una interpretación *a contrario*, la propia jurisprudencia constitucional —y, con ella, la ordinaria— puede deducir con toda razón que el principio de igualdad no opera en el ámbito de aquellos convenios que carecen de la dignidad de normas incorporadas al sistema formal de fuentes del Derecho. Por este lado, y en suma, la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad termina dependiendo no de decisiones constitucionales sino de opciones de política legislativa; esto es, de unas características secundarias de la unitaria noción de convenio colectivo *ex art.* 37.1 CE, huérfanas de todo apoyo constitucional.

b') «La aplicación a los convenios colectivos del **principio de igualdad** —y se entra en el análisis del segundo de los criterios manejados por la STC 177/1988 y reiterados por las posteriores citadas— no es, sin embargo, absoluta sino limitada; **no puede tener en la negociación colectiva el mismo alcance que en otros contextos**» (FJ 4), encontrándose sometida «a importantes matizaciones» (SSTC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2, y 112/2017, de 16

de octubre, FJ 4). A juicio del Tribunal Constitucional, esta particularidad proviene de la necesidad de hacer **compatible** el referido principio con «**otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad** y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica» (FJ 4). La autonomía colectiva comporta, así, una cierta limitación al juego aplicativo del derecho a la igualdad en la medida en que instituye regulaciones diferenciadas en razón de la empresa, del sector productivo, de la rama de actividad, del ámbito territorial o, en fin, de la profesión u oficio. La distinción dentro del convenio no es «*per se* contraria al principio de igualdad», siendo preciso examinar «si la diferencia es o no razonable» (SSTC, ya citadas, 177/1988, FJ 4; 119/2002, FJ 6; 27/2004, FJ 4, y 280/2006, FJ 5).

A la vista de la doctrina expuesta, el principio de igualdad actúa en los convenios colectivos únicamente como un instrumento de interdicción de la arbitrariedad, perdiendo en buena medida su contenido positivo para desplegar otro de tipo negativo (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1988, 26).

12. El Tribunal Constitucional ha tenido numerosas oportunidades de aplicar al caso concreto los criterios generales expuestos sobre la vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad, dato este tal vez explicable por la tendencia de los particulares a buscar en el art. 14 CE la llave de acceso al amparo constitucional. De entre los diversos aspectos relacionados con la actividad contractual colectiva que han sido objeto de atención por la doctrina constitucional, aludiré a dos de ellos: ámbito de aplicación del convenio colectivo y contenidos negociados.

a) Una de las concretas manifestaciones de la libertad de contratación garantizada en el art. 37.1 CE es la elección, por parte de los sujetos que negocian, del nivel negocial y, con ello, de los ámbitos de aplicación; es esta una

libertad que entra de lleno en la esfera de autonomía que ese pasaje constitucional asegura y que, por lo demás, el art. 83.1 ET concreta. La libre determinación del nivel de negociación no es, sin embargo, absoluta; se encuentra limitada, al margen de por reglas o previsiones convencionales, por el orden constitucional, y en particular, y en lo que aquí me importa destacar, por el principio de igualdad.

La doctrina general en punto a la vinculación del derecho a la igualdad sobre la elección del nivel y ámbito aplicativo se formula en la STC 136/1987, de 22 de julio. «El principio de igualdad —razonará este pronunciamiento— no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado». Por este lado, el Tribunal Constitucional reconocerá expresamente que **la exclusión de un grupo de trabajadores no es en sí misma atentatoria al derecho fundamental** a examen, ya que la misma puede estar **fundamentada en causas objetivas y justificadas**, relacionadas con la «ordenación de la negociación colectiva en virtud de la facultad concedida a las partes por el ordenamiento». En tal sentido, resulta objetiva y razonable la exclusión de aquel colectivo de trabajadores que cuenta «con suficiente fuerza negociadora» para pactar por separado sus condiciones de trabajo, atributos estos, los de objetividad y razonabilidad, que no concurren en aquellos otros trabajadores «que con precariedad en el empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo» —o por cualquier otra causa relevante, expresiva de una situación de déficit negocial, puede añadirse— carecen de poder negociador por sí solos (FJ 5). En definitiva, la razonabilidad o no de la fijación del ámbito de aplicación remite a la función más tradicional de la negociación colectiva, que es la procura de mejores condiciones de trabajo. De ahí que, cuando el apartamiento de unos trabajadores de la unidad contractual comporta una vía para la injustificada imposición de unas condiciones de trabajo peyorativas, se introduce en la elección de ese ámbito

una diferenciación que puede resultar contraria a la exigencia de la igualdad. Entonces, la determinación del nivel de negociación es arbitraria y atentatoria al principio de igualdad.

b) En lo que concierne al **contenido negociado**, corresponde igualmente al dominio de las partes acordar los pactos, estipulaciones y cláusulas que estimen convenientes para la defensa de sus intereses, sin que la invocación del principio de igualdad pueda significar un tratamiento uniforme o igual en todos los supuestos. Conforme razona la STC 119/2002, de 20 de mayo, «el sistema normal de fijación de salarios y en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Más un Estado que social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento la justicia y la igualdad (art. 1.1) (...) ha de complementar aquel sistema del salario asegurando los valores de justicia e igualdad (...)» (FJ 6; en el mismo sentido, STC 112/2017, de 16 de octubre, FJ 5). En todo caso, la experiencia contractual demuestra que las diferencias en las condiciones de trabajo forman parte de la fisiología de la propia negociación colectiva. La cuestión se centra en determinar cuándo tales diferenciaciones se encuentran justificadas y responden a un motivo razonable y cuándo, empero, son arbitrarias o resultan discriminatorias.

El test de la razonabilidad vuelve a ser la herramienta técnica manejada por el Tribunal Constitucional a fin de verificar el ajuste o desajuste de los contenidos negociados al orden constitucional. **El principio de igualdad no veda el que, en materia salarial o en cualquier otra condición de trabajo, pueda el convenio colectivo establecer distinciones, expresivas de la existencia de factores o circunstancias objetivas que separan a grupos de trabajadores.** De ahí, por ejemplo, que no pueda reputarse vulneradora del art. 14 CE aquella medida que cumple la finalidad de igualar progresivamente con el resto de traba-

jadores a quienes, teniendo la misma situación laboral de los recurrentes de amparo, «disfrutan de la privilegiada posición de recibir mayores retribuciones» (STC 65/1988, de 13 de abril, FJ 4). Y de ahí, igualmente, que tampoco pueda calificarse como discriminatoria una mayor retribución concedida a un grupo de trabajadores para compensarles de la pérdida de una determinada ventaja (el abono por el empresario de las cargas fiscales; STC 171/1989, de 19 de octubre), una cláusula convencional que establece la jubilación forzosa al cumplimiento de una determinada edad, anudando ese cese a medidas de política de empleo (compromiso de contratación; STC 280/2006, de 9 de octubre) o, en fin, unas diferencias retributivas entre categorías de trabajadores de carácter transitorio, vinculadas no a la fecha de ingreso de los trabajadores, sino a la promoción profesional y económica del conjunto de trabajadores de la empresa (STC 119/2002, de 20 de mayo, asunto *Volkswagen*). En el lado opuesto, la jurisprudencia constitucional ha estimado atentatorias a los derechos de igualdad y no discriminación unas tablas salariales de convenio que introducen diferencias entre las categorías de peones y limpiadoras basadas en la mayor penosidad y esfuerzo físico de aquellos (STC 145/1991, de 1 de julio), unas diferencias en la estructura salarial y en las retribuciones entre grupos de trabajadores basadas exclusivamente en un factor de diferenciación temporal: la fecha de ingreso (STC 27/2004, de 4 de marzo) y, en fin, unas diferencias en el complemento de antigüedad fundamentadas en el establecimiento por convenio colectivo, reproducido en el tiempo de manera automática (STC 112/2017, de 16 de octubre, FJ 6).

3. El derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical

A) La doctrina general

13. La segunda gran área en la que cabe sintetizar la jurisprudencia constitucional es la relativa a las conexiones entre autonomía nego-

cial y libertad sindical. Es aquí donde se encuentra, de seguro, la doctrina más elaborada, no siendo difícil descubrir un cuerpo de criterios orientados y dirigidos a un claro objetivo: la protección negociadora o, si se prefiere, «la tutela del sindicato como agente negociador» (GARCÍA MURCIA, 1985, 152).

De un examen de conjunto de la doctrina constitucional enunciada se advierte de inmediato que la misma es el resultado de un complejo, pausado y articulado proceso de interpretación asentado en **dos ejes** sustantivos: la configuración del derecho a la **negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical** y la consideración del **sindicato como único agente negociador cubierto por la libertad sindical**; y un **eje procesal**: el acceso del derecho a la negociación colectiva a la protección dispensada por el **amparo constitucional**. O por decirlo con la consolidada dicción del propio Tribunal Constitucional: «la libertad sindical comprende inexcusablemente aquellos medios de acción sindical, entre ellos la negociación colectiva, que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado por la CE» (entre otras, SSTC 9/1988, de 25 de enero, FJ 2; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FJ 3; 208/1993, de 28 de junio, FJ 4; 74/1996, de 30 de abril, FJ 4; 107/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 121/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 3). Por enunciar la misma idea de manera más sumaria: «la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la libertad sindical» (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3).

a) La configuración del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical y el acceso de este derecho a la tutela del recurso de amparo son criterios que el Tribunal Constitucional ha ido elaborando de manera progresiva y simultánea.

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia van a estar dominados, más que por las incertidumbres en ins-

tituir esa configuración, por la prudencia en fijar el ensamblaje entre actividad contractual y libertad sindical. El Tribunal Constitucional no desconocerá la pertenencia de la negociación colectiva a la vertiente funcional de la libertad sindical; pero, en un principio, preferirá sugerirlo o apuntarlo más que razonarlo y desarrollarlo. La STC 4/1983, de 28 de enero, ilustra esta orientación al afirmar que «no corresponde, pues, a este Tribunal pronunciarse sobre el sistema de negociación colectiva, sino en la medida en que afecte al derecho de libre sindicación» (FJ 3). Esta misma línea de prudencia se observa, igualmente, en la STC 118/1983, de 13 de diciembre, según la cual «no habrá inconveniente, a los meros efectos dialécticos, en considerar vulnerado el derecho a la negociación colectiva, pero lo que no resulta posible es afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del art. 37.1 CE lo es también del art. 28.1, de forma que aquella fuera siempre objeto del amparo constitucional» (FJ 3).

Estas precisiones adicionales se efectúan en la importante STC 73/1984, de 27 de junio, que, forzando la cita de anteriores pronunciamientos a fin de fortalecer la doctrina que ella misma va a concretar, procede a configurar el derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical: «Este Tribunal ha declarado ya en numerosas ocasiones que forma parte del derecho fundamental sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación [...]. Ello no es sino consecuencia de una consideración del derecho de libertad sindical que atiende no solo al significado individual consagrado en el art. 28.1, que incluye [...], sino a su significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (FJ 1). La consecuencia de esta conexión será muy relevante: toda actividad tendente a entorpecer o impedir la negociación colectiva puede entrañar, al tiempo, una vulneración de la libertad sindical (entre otras muchas, SSTC 98/1985, de 29 de julio,

FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FF. JJ. 2 y 5; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 3; 95/1996, de 29 de mayo, FJ 5; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3; 80/2000, de 27 de mayo, FJ 4, y 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 3).

b) El art. 37.1 CE atribuye la **titularidad** del derecho a la negociación colectiva «a los **representantes de los trabajadores** (y empresarios)», empleando así una expresión comprensiva, al menos en una primera impresión, de sujetos colectivos diferentes. Una vez sentada la conexión entre autonomía negocial y libertad sindical, el Tribunal Constitucional hubo de afrontar una segunda cuestión, consistente en elucidar cuáles, de entre esos sujetos, podían impetrar el amparo constitucional frente a una eventual lesión de la libertad sindical (*recte*: de la negociación colectiva, entendida como contenido esencial de ese derecho fundamental).

La respuesta al interrogante enunciado es bien conocida. A partir de una configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical, en lugar de funcional, el Tribunal Constitucional concluirá entendiendo que **solo el sindicato-asociación**, el sujeto sindical «por excelencia», **es titular de los derechos de libertad sindical ex art. 28.1 CE y solo él puede**, por lo mismo, **utilizar el mecanismo del amparo constitucional** para demandar tutela frente a eventuales violaciones de esos derechos. Los otros sujetos colectivos de naturaleza no asociativa, pese a poder ejercer funciones de tutela de los intereses de los trabajadores, entre otras la autonomía negocial, quedan excluidos de esa titularidad y, por consiguiente, no pueden acceder al amparo constitucional en defensa de sus actividades sindicales.

Esta jurisprudencia, que en su momento fue duramente criticada por un autorizado sector de nuestra doctrina científica (ALONSO OLEA, 1984, 261), no me parece objetable desde una

perspectiva constitucional. De conformidad con las opciones constitucionales, el sindicato no se encuentra en una posición de paridad respecto del resto de organizaciones y representaciones de defensa de intereses laborales; ocupa, antes el contrario, una posición privilegiada, tal y como se deduce de su ubicación entre las instituciones que actúan como pilares del Estado social y democrático de Derecho; esto es, y por decirlo en la afortunada expresión del propio Tribunal Constitucional —de decidida influencia italiana, por cierto—, entre las «instituciones de relevancia constitucional» (en el mismo sentido, SSTC 184/1991, de 30 de septiembre, y 222/2005, de 12 de septiembre). Por el contrario, no hay violación de la libertad sindical cuando se niega a las organizaciones sindicales no firmantes del convenio colectivo la participación en comisiones que carecen de funciones negociadoras (en este mismo sentido, SSTC 9/1986, de 21 de enero; 39/1986, de 31 de marzo, y 213/1991, de 11 de noviembre).

Por lo demás, la doctrina constitucional tan esquemáticamente expuesta cuenta con una notable aplicación al caso concreto. Sirvan de ilustración los criterios sostenidos, entre otras SSTC, por la 73/1984, según la cual se viola la libertad sindical al excluir a un sindicato de la revisión de un convenio colectivo o de la actividad contractual que excede de la mera administración, o por la 187/1987, de 24 de noviembre, a tenor de la cual la asignación a un sindicato de un menor número de representantes en la comisión negociadora, con la consiguiente reducción de su capacidad contractual colectiva, puede vulnerar la libertad sindical.

B) *Legitimación negocial y libertad sindical*

14. En el capítulo de las relaciones entre autonomía negocial y libertad sindical, las reglas de legitimación para negociar convenios de eficacia general han ocupado la atención de la jurisprudencia constitucional; al menos,

durante una primera etapa. En concreto, el problema quedó centrado sobre la conformidad o no a la Constitución de las reglas que, de un lado, delimitan los sujetos legitimados para promover y negociar este tipo de convenios (art. 87.2.4 y 5 ET) y, de otro, regulan la válida conformación de la voluntad negocial (art. 89.3 ET).

Una primera aproximación a la cuestión apenas enunciada se llevará a cabo por la STC 73/1984, en la que el Tribunal Constitucional reflexionará sobre el sentido y la función de las referidas reglas de legitimación legalmente establecidas. En tal sentido, el Tribunal Constitucional dirá que los requisitos de legitimación «traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios» (FJ 2). El criterio expuesto es jurídicamente irreprochable. Desde el momento, en efecto, en que el convenio colectivo estatutario se aplica a todos los trabajadores y empresarios comprendidos en el nivel de negociación, el legislador ordinario no podía dejar de arbitrar aquellas medidas que garantizasen una cualificada representación de los intereses sociales y económicos que aquel pacto aspira a reglamentar y componer. Eficacia general y reglas de legitimación y de adopción de acuerdos son nociones que se combinan y explican recíprocamente, no resultando posible su disociación.

En esta misma STC 73/1984, el Tribunal Constitucional también se referirá a la indisponibilidad de las reglas legales de legitimación contractual. Dijo en aquella ocasión el Tribunal Constitucional que estos requisitos legales «constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente» (FJ 2). Esta tesis, luego reiterada por otros pronunciamientos (SSTC 184/1991, de 30 de septiembre,

FJ 4; 213/1991, de 11 de noviembre, FJ 5, y 80/2000, de 27 de marzo, FJ 8), nuevamente resulta irreprochable. No obstante, la STC 235/1988, de 5 de diciembre, procederá a una aplicación muy relajada del principio de indisponibilidad de las reglas de legitimación, justificando, en un *obiter dictum* muy valorativo, la interpretación flexible del art. 89.3 ET llevada a cabo en el caso a examen por la autoridad laboral. En concreto, y refiriéndose a la regla del precepto legal, esta sentencia dirá: «se trata de unas normas legales que en muchos casos se caracterizan por su rigidez o falta de adecuación a las condiciones reales de nuestro sistema de relaciones laborales y que con cierta frecuencia dificultan, por el juego de las sucesivas mayorías, la consecución de acuerdos de eficacia general» (FJ 4). Sin entrar a discutir los problemas concretos suscitados en el recurso de amparo sustanciado por esta concreta resolución, el cambio de posición del Tribunal Constitucional, aun cuando haya sido transitorio, no me parece razonable ni fundado. Si las reglas del art. 89.3 no pueden ser de libre disposición por los poderes privados, tampoco pueden serlo por los poderes públicos y, menos aún, por la autoridad laboral. En todo caso, en este como en otros pronunciamientos en materia de negociación colectiva la jurisprudencia constitucional adolece del grave defecto de entremezclar y amalgamar en un todo interpretaciones de constitucionalidad con juicios de la más estricta legalidad ordinaria.

En otro orden de consideraciones, la STC 57/1989, de 16 de marzo, dictada al resolver unos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra determinados preceptos de la Ley 32/1984, de 2 de marzo, sobre modificación de determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la oportunidad de declarar la constitucionalidad de los arts. 87.2 y 88.1 ET. La exclusión de la legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa a los sindicatos que no reúnan las condiciones previstas en el art. 87.2 no viola los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE, «habiéndose optado el ET por regular una negocia-

ción colectiva de eficacia general que asegure su valor normativo, significando la legitimación, más que una representación en sentido estricto, un poder *ex lege* de actuar y de afectar las esferas jurídicas de otro» [FJ 2.b)].

Este juicio, de conformidad a la constitución de las reglas de legitimación del Estatuto de los Trabajadores contenido en la STC 57/1989, no es, a la postre, sino el eslabón de cierre de una lenta y constante jurisprudencia que vino considerando, ante distintos supuestos de hecho, la no vulneración por los preceptos legales a examen, señaladamente del art. 87.2, del

art. 28.1 CE. Esta jurisprudencia se inicia con las siguientes SSTC: la 4/1983, de 28 de enero, en la que se rechaza el reproche de violación por el reseñado precepto legal del derecho de libertad sindical en su vertiente negativa; la 12/1983, de 25 de febrero, que establece el criterio de que no vulnera el art. 28.1 CE la inadmisión en el cálculo de la representatividad del cómputo de las representaciones voluntarias efectuadas por representantes independientes a favor de un sindicato falto de la denominada «legitimación inicial» y, en fin, la citada 57/1989, que es la que cierra por el momento la serie jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.

— *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1984.

DURÁN LÓPEZ, F., «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», *Relaciones Laborales (RL)*, núms. 15-16, 1990, págs. 8-38.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos», *RL*, núm. 9, 1988, págs. 18-36.

GALIANA MORENO, J., «La eficacia de los convenios colectivos en el derecho español de trabajo», en *La eficacia de los convenios colectivos*, XIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2003, págs. 35-71.

GARCÍA MURCIA, J., «La tutela del sindicato como agente de negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *RL*, núm. 2, 1985, págs. 253-264.

LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, CES, Madrid, 2000.

MONTOYA MELGAR, A., «Sobre la viabilidad legal de convenios colectivos al margen del estatuto de los Trabajadores», en AA. VV., *Problemas actuales de la negociación colectiva*, Acarl, Madrid, 1984, págs. 49-68.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «El valor cuasi-legal de los convenios colectivos», *RL*, núm. 6, 1987, págs. 1-6.

— «La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional», *RL*, núm. 7, 1992, págs. 1-8.

ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch-Universidad, Valencia, 1996.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, IES, Madrid, 1981.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La negociación colectiva en la Constitución», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 469-498.

- «Aplicación inmediata de Ley y derecho a la negociación colectiva», *RL*, 1991-I, págs. 15-33.
- «La eficacia jurídica de los convenios colectivos», *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, págs. 21-66.
- «El modelo español de negociación colectiva», en PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, J. M. (Coords.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 43-81.

ARTÍCULO 37.2

EL DERECHO A ADOPTAR MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO

Sumario: I. El art. 37.2 CE como precepto constitucional de ordenación ambigua y particular. II. El carácter autónomo del derecho de huelga y el poder de cierre patronal como manifestación del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en la STC 11/1981. III. El art. 37.2 CE y el papel de la ley a cuarenta años de su vigencia. IV. El poder de ordenación y regulación autónoma del conflicto como manifestación del art. 37.2 CE. V. Los medios de solución de los conflictos colectivos y su amparo en el art. 37.2 CE.

JUAN GARCÍA BLASCO

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. EL ART. 37.2 CE COMO PRECEPTO CONSTITUCIONAL DE ORDENACIÓN AMBIGUA Y PARTICULAR

Desde su redacción en 1978, el art. 37.2 CE ha sido y sigue siendo un precepto ambiguo y de contenido ciertamente **equívoco**, como así lo ha puesto de relieve la doctrina científica desde el principio. Y a su entendimiento y comprensión tampoco ha contribuido la escasa jurisprudencia constitucional habida sobre dicho precepto, que se ha ocupado de su contenido y alcance de forma parcial y, a veces, tangencial, por lo que, a diferencia de otros preceptos constitucionales, como por ejemplo el art. 37.1 CE, no existe un tratamiento tan elaborado como el relativo al derecho a la negociación colectiva o al derecho fundamental de huelga (art. 28.1 CE), con los que tiene íntima conexión, pero también autonomía respecto de estos últimos, pues el conflicto colectivo aflora, en muchos casos, con ocasión de la negociación colectiva, si bien puede igualmente suscitarse respecto de otras materias, aspectos o cuestiones relativas a la misma relación laboral.

Las dudas interpretativas sobre el alcance y proyección de dicho precepto, cuya dicción literal reconoce «el derecho de los trabajado-

res y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regula el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad», estuvieron presentes en su elaboración constitucional, de forma que algunos Grupos Parlamentarios votaron a favor porque entendían que con él se reconocía el cierre patronal, mientras que otros lo hicieron por lo contrario. Pues bien, buena parte de esas **dudas** permanecen hoy habiendo pasado cuarenta años desde su promulgación. Lo que sí parece es que el art. 37.2 CE tiene como principal función la de proporcionar cobertura constitucional a las medidas de conflicto colectivo establecidas o admitidas por el legislador, por lo que necesitaría necesariamente desarrollo normativo en una ley y, en su caso, en una norma reglamentaria para aspectos instrumentales de desarrollo de la ley (GARCÍA MURCIA).

Como se verá, **su interpretación constitucional ha sido escasa**, y los pronunciamientos jurisprudenciales constitucionales apenas si ofrecen elementos sólidos de referencia para concluir con precisión qué derecho se

está reconociendo en dicho precepto. Por su parte, los autores que se han ocupado de su análisis y estudio ofrecen planteamientos muy diversos, tributarios, por lo demás, del momento en que han sido abordados. No obstante, la doctrina laboralista ha puesto de relieve cómo la expresión «medidas de conflicto colectivo» puede integrar una gran variedad de contenidos y sentidos desde la perspectiva jurídica. Se afirma así que con ello se puede hacer referencia a «medidas de presión», pero también a «medios de solución pacífica de conflictos colectivos», aunque el art. 37.2 CE no utilice expresamente esta terminología. Se ha imputado, por ello, con razón, al legislador constitucional el **descuido y la defectuosa redacción** de un precepto que solo se puede explicar por una deliberada ambigüedad del constituyente para permitir diversas opciones de política interpretativa (MONEREO PÉREZ).

II. EL CARÁCTER AUTÓNOMO DEL DERECHO DE HUELGA Y EL PODER DE CIERRE PATRONAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A ADOPTAR MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN LA STC 11/1981

Se ha planteado así, en primer lugar, si el reconocimiento constitucional del citado derecho integra el del cierre patronal por parte del empresario y, en consecuencia, su amparo por este precepto.

A esta cuestión se enfrenta la temprana y trascendental **STC 11/1981, de 8 de abril**, al abordar la constitucionalidad del Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (en adelante, DLRT), que es uno de los pronunciamientos más importantes a estos efectos. Lo ha hecho el Tribunal Constitucional poniendo en relación al art. 37.2 con el art. 28.2 de la CE, que reconoce, como se sabe, el derecho fundamental de huelga, manifestación, también, de una medida de conflicto colectivo entre los trabajadores y la empresa.

Entiende, en primer lugar, el Tribunal Constitucional que el art. 37.2 no es un precepto reiterativo del art. 28.2, llegando así a la conclusión de que el constituyente quiso **separar el derecho de huelga del resto de las posibles medidas de conflicto colectivo**. Extrae de ello el Tribunal Constitucional diferentes consecuencias jurídicas en cuanto al régimen de uno y otro, que se concretan en el carácter de derecho fundamental del primero. Por ello, el art. 37.2 CE faculta a los trabajadores para «otras medidas de conflicto distintas de la huelga», de manera que esta última no es la única medida de conflicto colectivo», sin que el art. 28.2 CE ligue necesariamente la huelga con el conflicto colectivo. Repara así el Tribunal Constitucional en que, aunque toda huelga se encuentra muy estrictamente unida a un conflicto colectivo, en la configuración del art. 28.2 CE la huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo, por lo que los límites legales que permite el art. 37.2 son mayores que los que autoriza el art. 28.2.

De acuerdo con estos planteamientos, el derecho a adoptar las medidas de conflicto colectivo se debe situar en un plano distinto al derecho de huelga, lo que conduce a que, en nuestro país, la CE y el propio ordenamiento jurídico no se fundan en el principio de «igualdad de armas» (*Kampfparität*) del Derecho alemán, esto es, en la paridad en la lucha, en la igualdad de trato o en el paralelo entre las medidas del conflicto nacidas del campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial. Refuerza, a continuación, el Tribunal Constitucional que la idea básica del constituyente español ha sido la de reconocer la huelga como un derecho fundamental autónomo en el art. 28, CE, «mientras que ha incluido el cierre patronal entre las medidas generales de conflicto en el art. 37», de forma que, en este último caso, a diferencia del primero, la decisión de cierre empresarial afecta no solo al personal conflictivo, sino también al personal pacífico, cuyos derechos y libertades resultan gravemente lesionados. Esta diferencia entre uno y otro derecho per-

mite negar así una identificación funcional de ambos términos, de forma que el cierre «no es una huelga de patronos, su práctica solo reviste significación colectiva por la pluralidad de trabajadores afectados y en el cierre no hay reivindicación, sino defensa».

Extrae, por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional claras diferencias entre el derecho de huelga del art. 28.2 y el cierre empresarial como expresión del conflicto colectivo, que se proyecta sobre el diferente régimen jurídico de uno y otro, de forma «que no es aceptable constitucionalmente el cierre empresarial que vacía de contenido al derecho de huelga o se alza como barrera que lo impide, pues ello supondría que un simple derecho cívico impide un derecho fundamental». En consecuencia, **el cierre empresarial que ampara el art. 37.2 no puede ser ofensivo**, no puede dirigirse como una medida empresarial en cuya virtud el empresario trata de hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga y volver al trabajo. Sitúa, por tanto, el Tribunal Constitucional la adecuación constitucional del poder de cierre empresarial que ampara el art. 37.2 si este se entiende como una manifestación de un **poder de policía**, por lo que no es contraria a la CE esta potestad «para asegurar la integridad de las personas y de los bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo». Por el contrario, se contraponen con la CE todo tipo de cierre que vacíe su contenido o impida el derecho de huelga. Esta fundamentación jurídica lleva al Tribunal Constitucional a reconocer que la regulación sobre el cierre patronal del DLRT no es inconstitucional si se entiende como ejercicio de un poder de policía del empresario dirigido exclusivamente a preservar aquellos derechos y limitado el tiempo necesario para remover tales causas y asegurar la reanudación de la actividad, que es lo que contiene el propio DLRT.

De la doctrina constitucional incorporada a la STC 11/1981 cabe deducir, pues, que el cierre

patronal regulado en nuestro país en el DLRT expresa una manifestación del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por parte del empresario. También que dicha regulación se ajusta a las exigencias constitucionales si se interpreta en los términos mencionados, lo que hace innecesario, en este caso, establecer garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad. A la postre, no parece, a mi juicio, que el DLRT sea una ley que regule el ejercicio del derecho de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre otras razones porque es anterior a este último reconocimiento constitucional, si bien se trata de una regulación que, en este caso, encuentra amparo en el art. 37.2 CE, debiendo interpretarse en los términos mencionados para que sea conforme con las exigencias constitucionales de confrontación de este último derecho con el derecho fundamental de huelga.

El Tribunal Constitucional constitucionaliza, por tanto, el modelo legal de cierre patronal actualmente vigente, pero imponiéndole unos límites sustanciales para no vaciar de contenido el derecho de huelga. Se trata así de un cierre empresarial de alcance y naturaleza defensiva, por lo que queda fuera de la CE el que se acuerda con una finalidad ofensiva y frente al ejercicio del derecho de huelga, por lo que el modelo constitucional y legal del cierre empresarial se reduce, pues, a ese **poder patronal casualizado** sobre el que insisten también decisiones constitucionales posteriores como las **SSTC 191/1987 y 226/1988**, que, aunque tangenciales, lo sitúan precisamente en este escenario.

III. EL ART. 37.2 CE Y EL PAPEL DE LA LEY A CUARENTA AÑOS DE SU VIGENCIA

Las dudas interpretativas del art. 37.2, así como los pronunciamientos parciales del Tribunal Constitucional sobre su alcance, sitúan al derecho reconocido en dicho precep-

to ante la necesidad de brindar alguna respuesta que proporcione más elementos de claridad a la ambigüedad que se deriva de su interpretación literal, tratando de situarlo en el propio diseño constitucional de otros derechos y de la evolución experimentada por la ordenación y **la transformación en estos últimos cuarenta años** del sistema español de relaciones laborales, todo ello en una operación teleológica anudada a estos elementos que supere esa confusa redacción constitucional.

Estos nuevos elementos son, a mi juicio, por un lado, el papel que debe desempeñar la ley reclamada por el art. 37.2 CE y, por otro, los límites que, en su caso, debe respetar esta última si procede a una regulación del derecho reconocido en dicho precepto.

No parece así que del art. 37.2 CE se deduzca el reconocimiento constitucional de cualquier derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo que socialmente se pueda considerar como manifestación de esa situación, sino únicamente aquel que reconozca expresamente y a estos efectos la ley. En la medida en que la CE no define lo que se entiende por conflicto colectivo, cuyo derecho se reconoce a empresarios y trabajadores, su concreción le corresponde a la ley, en cuyo papel la jurisprudencia constitucional muestra, como se ha visto, elementos útiles de referencia. Es así esta última la que identifica el conflicto colectivo con origen o amparado en el art. 37.2, a la vez que regula su ejercicio. **No existiría, por ello, un genérico derecho a ejercitar cualquier expresión de conflicto colectivo desligado de la legalidad vigente.** Las manifestaciones así de conductas o actuaciones de los trabajadores anudadas al ejercicio del derecho de huelga constituyen, más que medidas de conflicto colectivo del art. 37.2, actos inherentes al contenido sustancial de este derecho fundamental o, si no vienen amparados por su lícito ejercicio, actos abusivos o manifestaciones no amparadas por el citado derecho fundamental. No parecen así que tengan cobijo en el art. 37.2 CE si no existe una ley que los regule y que es-

tablezca, a su vez, limitaciones a su ejercicio e incluya las garantías precisas para asegurar, en tales casos, el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Por eso señalaba anteriormente que el cierre patronal es la medida de conflicto colectivo empresarial contemplada en el art. 37.2 CE, de cuya regulación se ocupa la ley (el DLRT), fijando los límites a su ejercicio para que constituya una manifestación amparada constitucionalmente. Pero no parece que esta regulación exista en nuestro país respecto del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo. No existiría así para estos últimos este derecho, con independencia de la huelga, que permita su ejercicio general al margen del necesario reconocimiento legal que exige el precepto constitucional. **La concreción del derecho del art. 37.2 CE para su materialización y ejercicio requiere, por tanto, una ley que regule su contenido y alcance, así como sus límites y garantías constitucionalmente exigibles.** Estas últimas pueden ordenarse, en su caso, a la vista del tratamiento constitucional y de la interpretación que le ha brindado la STC 11/1981 y posteriores, particularmente en lo que toca al funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad y las garantías que, si quedan afectados por el conflicto, deben adoptarse. Si bien es cierto que esta doctrina constitucional se ha elaborado sobre esta limitación directa al derecho de huelga, no es menos cierto que sería trasladable al ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en los términos legalmente regulados.

Aun cuando no existe en nuestro ordenamiento una ley que regule el ejercicio de este último derecho, ello no impide, como se verá después, que distintas manifestaciones típicas de conflictos colectivos pudieran fundarse, en su caso, en dicho precepto constitucional si existe una norma legal que le otorga regulación expresa. A la postre, el papel de la ley es trascendental para delimitar el contenido, las manifestaciones, el régimen y los

límites al ejercicio del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Desde esta premisa, solo hay manifestaciones expresas del citado derecho reconocido en el art. 37.2 si la ley asume el papel que le atribuye dicho precepto, ocupándose de ordenar y regular su ejercicio, por lo que los actos de alteración del trabajo distintos de la huelga constitucionalmente protegida difícilmente pueden considerarse como expresiones del conflicto colectivo amparadas por el art. 37.2 en ausencia de la norma legal. Su **adecuación constitucional** pasará primero por su encaje legal, a la vista de los límites que el ordenamiento jurídico ofrezca, en cada caso, para su lícito ejercicio.

IV. EL PODER DE ORDENACIÓN Y REGULACIÓN AUTÓNOMA DEL CONFLICTO COMO MANIFESTACIÓN DEL ART. 37.2 CE

Un paso más en la reinterpretación del precepto constitucional que nos ocupa se sitúa ahora en la posibilidad de establecer o promover la **solución de las controversias por medios autónomos**, de forma que el planteamiento de los conflictos colectivos pueda ir anudado a las fórmulas y mecanismos tendentes a su resolución, encontrando, en tales casos, fundamento y amparo igualmente en el art. 37.2 CE. Se trata, por consiguiente, de anudar este precepto y el ejercicio del derecho en él reconocido a sus titulares a otro derecho reconocido en el ap. 1.º del mismo art. 37 CE como es **la negociación colectiva** y la propia autonomía colectiva, aunque, como he dicho, el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo es también autónomo respecto del reconocido en el art. 37.1 CE.

Ha puesto así de relieve la misma jurisprudencia constitucional cómo una intervención particular, en concreto la de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo como trámite previo a la resolución judicial del conflicto, constituye una manifestación del

principio de autonomía colectiva. Con carácter expreso, la **STC 74/1983**, y de manera particular la **STC 217/1991**, han anudado esa intervención al derecho a la negociación colectiva, así como al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo del art. 37.2, entre las que se encuentra **«no solo el planteamiento del conflicto, sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo»**. Reconoce así la jurisprudencia constitucional un poder de regulación y ordenación de la negociación colectiva que, con base en la **STC 58/1985**, se proyecta también para el supuesto del conflicto colectivo. Lo relevante así es que el poder de regulación y ordenación de la autonomía colectiva queda consagrado de igual forma en el art. 37.2 CE, «lo que lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio colectivo».

Es, por consiguiente, en este juego de los dos apartados del art. 37 de la CE donde puede encontrar su mayor sentido y actualidad aplicativa el reconocimiento del derecho de trabajadores y empresarios a la adopción de medidas de conflicto colectivo del art. 37.2 objeto ahora de comentario. Una interpretación y valoración de este último precepto desligada del derecho a la negociación colectiva presentaría, a mi juicio, un pobre balance constitucional a treinta años de la CE, por lo que es en este escenario de autonomía colectiva donde el derecho reconocido en el art. 37.2 presenta su mayor virtualidad, proyección y eficacia. Lo que no le ha dado así la ley expresamente, se lo ha podido proporcionar la negociación colectiva garantizada por la propia ley, de forma que el art. 37.2 CE puede presentar por esta vía un resultado mucho más rico del que se deriva de su ambigua y también confusa redacción.

Tomando como base la **STC 74/1983**, entre los derechos de los trabajadores y empresa-

rios a ejercer medidas de conflicto colectivo se encuentra, por tanto, el propio **planteamiento formal del conflicto**, que halla así sustento constitucional en el art. 37.2 CE. Asume con ello un papel fundamental la negociación colectiva garantizada y promovida por la propia ley, acogiendo la primera fuente, a través del convenio colectivo de eficacia normativa general del **Título III del Estatuto de los Trabajadores**, una función ordenadora y reguladora del conflicto colectivo entre empresarios y trabajadores. Constituye un claro ejemplo a tal efecto el **art. 91** de este último texto legal, que se muestra así como regulación legal habilitadora de la negociación colectiva para establecer procedimientos de solución de las controversias colectivas derivadas de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos. Lo mismo habría que decir de su **art. 85.1** en relación con los procedimientos para resolver las discrepancias relacionadas con materias tan importantes como la movilidad geográfica, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión del contrato por causas objetivas o los despidos colectivos.

Estas manifestaciones así de la negociación colectiva, amparadas legalmente, incorporadas a los convenios colectivos con la finalidad de tratar y resolver el conflicto colectivo se muestran, a mi juicio, como **expresiones directas también del derecho reconocido en el art. 38.2 CE**, pues, por un lado, se ordena y regula el conflicto, y por otro, se fija su ámbito de ejercicio y sus efectos jurídicos. Con ello cabe concluir, pues, que la ordenación convencional sobre el conflicto colectivo entre empresarios y trabajadores prevista en la negociación colectiva cumple o se asimila al papel que la ley debe desempeñar por imperativo del art. 38.2 CE, mostrándose así estas expresiones, procedimientos y fórmulas convencionales como una manifestación directa del mismo derecho constitucional a adoptar por parte de empresarios y trabajadores medidas de conflicto colectivo.

V. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS Y SU AMPARO EN EL ART. 37.2 CE

El reconocimiento legal de mecanismos para la solución de conflictos colectivos bien puede entenderse como una manifestación expresa del derecho a su adopción, que reconoce el art. 37.2 CE. Encontrarían así acomodo, a mi juicio, en el precepto constitucional tanto los procedimientos de solución judicial de los conflictos colectivos, como los que se resuelven por la vía extrajudicial.

En efecto, habría que situar aquí, aunque hoy está en franca decadencia o tenga un carácter residual, el **procedimiento de conflicto colectivo regulado en los arts. 17 y ss. del DLRT**, sobre el que el Tribunal Constitucional ha reconocido su adecuación constitucional en la STC 11/1981, si bien con las correcciones e interpretaciones necesarias para ello. La utilización así del procedimiento de conflicto colectivo regulada en dicha norma, que es voluntaria, amplía «las posibilidades de acción de los trabajadores, sin que ello suponga una afectación al propio derecho de autotutela, que el art. 37 puede reconocer, pero que en el caso de la regulación del DLRT puede tener excepciones». Lo que ya no es constitucional, como así lo reconoce la sentencia citada, es el laudo como solución de conflictos colectivos económicos por parte de la autoridad laboral, que afectaría a esa autonomía, si bien se trata ahora de una materia sobre la que no parece necesario insistir.

Algo parecido cabe señalar de la previsión legal que regula **la modalidad procesal de conflictos colectivos en los arts. 153 y ss. de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social**, que ordena el objeto del proceso, la legitimación para su promoción, el intento de conciliación previa, la tramitación y la sentencia colectiva y sus efectos. En este caso, el legislador ha regulado un mecanismo jurisdiccional para que las partes, empresarios y trabajadores en conflicto, puedan resolver sus controversias colectivas, fijando así una

ordenación legal específica a la que pueden acudir cuando exista el conflicto al que se quiere dar solución.

Se muestra también como una manifestación del art. 37.2 CE la regulación convencional que, con base legal (fundamentalmente los arts. 85 y 91 del Estatuto de los Trabajadores), **crea y regula mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos**. Por ello, a su amparo pueden tener acogida los procedimientos autónomos de solución extrajudicial regulados en los **Acuerdos Interconfederales Estatales y de Comunidades Autónomas** y los convenios colectivos marco u ordinarios.

En efecto, vinculándolo al principio de autonomía colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, la autocomposición de los conflictos colectivos constituye una pieza esencial para los empresarios y trabajadores, **abriendo la puerta a un poder autónomo de autorregulación de sus intereses contrapuestos y para su solución, conectado así específica y directamente al art. 37.2 CE de acuerdo con la jurisprudencia constitucional**. Aun cuando no se ha producido, como se ha dicho, un desarrollo legal unitario de este precepto constitucional, la creación y configuración de procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos ha tenido lugar con intensidad a través de su tratamiento en la ne-

gociación colectiva. A su vez, ha proporcionado contenido a ese derecho constitucional tan ampliamente formulado por el art. 37.2, encontrando esta fórmula autónoma de medidas de conflicto colectivo su propio límite en el respeto a la esfera propia de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Además, en tales casos el intervencionismo público apenas dispone de juego efectivo o, si lo tiene, nunca lo es como fórmula sustitutiva de la autonomía colectiva, garantizando con ello la propia exigencia constitucional del art. 37.2.

Y puede constituir, por último, una expresión más reciente de autocomposición, amparado por el art. 37.2 CE, la regulación prevista en el **art. 45 del Estatuto Básico del Empleado Público** contemplado en la Ley 7/2007, de 12 de abril, que abre la posibilidad de acordar la creación, configuración y desarrollo de **sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos**, fijando distintas fórmulas y ordenando su régimen y efectos jurídicos para los afectados. Precisa esa norma que podrán utilizarse con esa finalidad procedimientos de mediación y arbitraje y que el acuerdo logrado a través de dichos medios «tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación» que los pactos y acuerdos siempre que cumplan los pertinentes requisitos de legitimación. Pero estas previsiones legales no se han desarrollado por el momento.

BIBLIOGRAFÍA

BARREIRO GONZÁLEZ, G., «La huelga y el cierre patronal en el conflicto colectivo», en AA. VV., *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

DEL REY GUANTER, S., *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos extralaborales*, Acarl, Sevilla, 1992.

DIÉGUEZ CUERVO, D., «Para una juridificación del lock-out», en AA. VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «El cierre patronal y otras medidas de conflicto colectivo», en AA. VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTASS, Madrid, 2003.

GARCÍA BLASCO, J., «La dimensión constitucional del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en AA. VV., *Legislación histórica sobre huelga y conflicto colectivo de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M., *El cierre patronal*, Ariel, Barcelona, 1990.

GARCÍA MURCIA, J., «Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm.108, 2014, págs. 275-295.

GARCÍA NINET, I., «El cierre patronal y el art. 37.2 de la Constitución Española de 1978», *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981.

MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982.

MONEREO PÉREZ, J. L., «El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo», en AA. VV., *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

RUIZ CASTILLO, M. M., *El cierre patronal*, MTSS, Madrid, 1990.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «El cierre patronal», en AA. VV., *La Ley de Huelga*, ISE, Madrid, 1993.

VIDA SORIA, J. y GALLEGO MORALES, A., «Art. 37.2 Conflictos colectivos», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Edersa, Madrid, 1996.

Artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos protegen y garantizan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Sumario: I. Introducción. II. El significado de la libertad de empresa como derecho fundamental. 1. Fundamento. 2. Libertad de empresa y grandes empresas. 3. Concepto de empresa. 4. Aplicabilidad de las reglas generales. III. La relación de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales. 1. Libertad de empresa y derecho al trabajo. 2. Derecho de propiedad y libertad de empresa. 3. Derecho de asociación y libertad de empresa. 4. Libertad de empresa, publicidad y libertad de expresión. IV. Estado y mercado en la Constitución: iniciativa pública, libertad de competencia e igualdad. Referencia al Derecho comunitario. V. El contenido esencial de la libertad de empresa. 1. Introducción: la libertad de empresa como derecho fundamental y no como garantía institucional. 2. El problema del contenido esencial del derecho. 3. Un derecho como los demás. 4. La ponderación como método de escrutinio de las decisiones estatales restrictivas de la libertad. 5. La aplicación de la ponderación a la libertad de empresa: la doctrina de la graduación. VI. Aplicación: restricciones de la libertad de empresa constitucionalmente admisibles. 1. Limitación de la libertad de empresa. 2. La inconstitucionalidad de las medidas restrictivas que no sirven a la realización de un interés general. 3. Aplicación del juicio de adecuación. 4. Aplicación del juicio de necesidad de la medida. 5. Consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

CATEDRÁTICOS DE DERECHO MERCANTIL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El art. 38 CE reconoce expresamente «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» y obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». El precepto, que tiene escasos precedentes en el constitucionalismo comparado, **constituye el núcleo de las cláusulas económicas de la Constitución** en cuanto eleva a categoría el modelo de *economía de mercado*, con arreglo al cual

debe modularse la naturaleza y el alcance de las restricciones admisibles por imperativo de la «economía general» y de «la planificación». La red de derechos que forman el tejido necesario de una economía de mercado está compuesta por, además de la libertad de empresa, el derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio (art. 35 CE), el derecho a la propiedad privada y la herencia (art. 33 CE) y la libertad contractual (art. 10 CE). En la medida en que son igualmente indispensables para que la actividad empresarial pueda desarrollarse plenamente, deben

incluirse también el derecho de asociación (art. 22 CE) y la libertad de expresión y comunicación (art. 20 CE). Asimismo, y desde el momento en que ciertos ámbitos de la actividad empresarial están protegidos por algún derecho fundamental específico, han de comprenderse también en la trama la libertad de expresión respecto de las empresas periodísticas o el derecho a la educación respecto de los empresarios titulares de centros docentes (art. 27 CE). Finalmente, es oportuno recordar que la libertad de empresa presenta también una estrecha conexión con las normas que configuran constitucionalmente la intervención del Estado en la actividad económica y, específicamente, con el art. 128 CE, que reconoce expresamente «la iniciativa pública en la actividad económica».

II. EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. Fundamento

La libertad de empresa encuentra su fundamento último en idénticas valoraciones a las que subyacen y sustentan el resto de los derechos fundamentales que tienen la estructura de libertades: **asegurar a los individuos una esfera de actuación libre de injerencias estatales**. Su función específica es —junto a las restantes libertades económicas— garantizar la independencia o autonomía de los ciudadanos permitiéndoles «ganarse la vida» y desplegar su potencial creativo en el ámbito económico de forma autónoma respecto del Estado y hacerlo de la forma menos regulada posible. La relación de la libertad de empresa —al igual que la del derecho al trabajo y al libre ejercicio de una profesión u oficio— con el principio de autodeterminación y de autorrealización del individuo es, pues, estrecha y manifiesta. Es parte de la gran trama institucional establecida para asegurar a los ciudadanos la libre elección de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos.

La **relación** de la libertad de empresa **con la dignidad humana** es igualmente patente, y para advertirlo basta con examinar la concepción del trabajo como derecho y como deber reflejada por el art. 35 CE, que acoge la idea de que una vida digna solo puede concebirse como una vida «ganada» con el trabajo (art. 10 CE). Bien puede afirmarse por todo ello que la libertad económica es *lex specialis* respecto del art. 10.1 CE. En este contexto, dado que la libertad de empresa sirve al libre desarrollo de la personalidad de los individuos en el ámbito económico —a la necesidad de permitir que los ciudadanos decidan libremente cómo ganarse la vida y proyectar su capacidad en la esfera comercial e industrial—, habrá que considerar especialmente intolerables las intromisiones que tengan como efecto trasladar decisiones sobre la propia vida de los individuos al Estado (BRYDE, 1984, 2181-2182).

2. Libertad de empresa y grandes empresas

Bajo esta óptica, podría parecer que, cuando se trata de la creación y dirección de grandes empresas, estaríamos abandonando el ámbito de la libertad de empresa como derecho fundamental de los individuos vinculado al desarrollo de su personalidad, para ingresar en el territorio valorativamente inferior de lo que, a falta de una expresión más idónea, podría calificarse de **iniciativa económica privada**. Pero esta conclusión sería errónea porque, en la medida en que el desarrollo de la empresa constituya la forma de desarrollo personal de algunos de sus accionistas o administradores, no hay ninguna razón para limitar el desarrollo de la personalidad de los individuos a la creación y dirección de pequeñas unidades empresariales de estructura personalista. Sería tanto como afirmar que el libre desarrollo de la personalidad de los individuos es objetivo del sistema jurídico y político solo en la medida en que cada individuo alcance «la media» de desarrollo de su personalidad en relación con el desarrollo de los demás individuos. La medio-

cridad no puede ser el techo de las garantías constitucionales. Mucho menos puede exigirse que la empresa sea el medio de vida del individuo, y no solo porque el desigual reconocimiento del derecho sería inevitable si un empresario es rico por herencia y otro obtiene todos sus ingresos de la explotación empresarial (SCHOLZ, 1981, art. 12, núm. marg. 35), sino también porque se estaría menospreciando el aspecto más sustancial de la protección de la creatividad en el plano económico. Desde el punto de vista positivo, el reconocimiento específico de la libertad de empresa por el art. 38 CE avala la idea de que se otorga tutela constitucional a la realización libre de las actividades económicas sin subordinar tal tutela a la existencia de una conexión personal entre la actividad y el individuo que la realiza. Si no fuera así, hubiera bastado con el reconocimiento de la libertad de profesión y trabajo para conseguir tal resultado (TETTINGER, 1983, 96; BRYDE, 1984, 2179).

3. Concepto de empresa

La libertad constitucionalmente protegida es la libertad de empresa, que incluye **cualquier actividad organizada que tenga por objeto o finalidad ofrecer productos o servicios en el mercado** (STC 71/2008, de 26 de febrero, sobre el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y de hacerlo en libre competencia). No es imprescindible que la actividad esté regida por el **ánimo de lucro** —subjetivo o meramente objetivo— ni tampoco, contra lo que frecuentemente se sostiene (*vid.*, p. ej., CIDONCHA, 2006, 254-255, con más referencias), que se trate de una actividad habitual. Una actividad ocasional puede caer bajo el ámbito de protección del art. 38 CE, siempre y cuando requiera planificación u organización de factores productivos (p. ej., la organización de una fiesta o concierto). De ello se deriva que el juicio relativo a qué actividades es lícito realizar en régimen empresarial constituye un juicio constitucional y, por tanto, que no cabe recortar o expulsar *a priori* del ámbito protegido por la libertad de

empresa una determinada actividad. El juicio acerca de qué actividades deben estar prohibidas ha de realizarse ya en el seno del juicio acerca de la legitimidad de la injerencia estatal en un ámbito, en principio, protegido por la libertad de empresa, que comprende, obviamente, el derecho de los particulares a elegir la actividad que deseen como objeto de su empresa (SCHOLZ, 1981, art. 12, núm. marg. 24). No es difícil, sin embargo, negar la protección constitucional de la libertad de empresa al desarrollo de actividades prohibidas con carácter general, con independencia de que se realicen con carácter empresarial. Normalmente, se trata de actividades dañinas socialmente, por lo que su realización empresarial y su carácter de medio de vida no hacen sino reforzar su contradicción con los valores constitucionales. La protección constitucional abarca **todos los aspectos** o dimensiones de la actividad empresarial. Por tanto, constituyen limitaciones de la libertad de empresa cualesquiera regulaciones que constriñan o restrinjan la libertad para adoptar decisiones en relación a su empresa, desde la publicidad hasta el despido de un trabajador pasando por el traslado de la sede de la empresa (STC 64/1990, de 5 de abril: «entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado»).

4. Aplicabilidad de las reglas generales

Como derecho fundamental, son de aplicación a la libertad de empresa las **reglas generales** aplicables a cualquier derecho fundamental de los recogidos en los arts. 30 y ss. de la Constitución: requieren desarrollo mediante ley que ha de respetar su contenido esencial (art. 53 CE); vinculan a todos los poderes públicos y constituyen un argumento interpretativo de todo el ordenamiento que obliga a Tribunales y Administración a «maximizar» su vigencia y a remover los obstáculos a su vigencia efectiva —art. 9 CE— (CRUZ VILLALÓN 1999, 235-236). De acuerdo con el art. 53.1 CE, el **desarrollo** de los derechos fundamentales y, por ende, de la

libertad de empresa, ha de realizarse **por ley**. Es obvio, sin embargo, que no cualquier regulación que afecte a la libertad de empresa y, en particular, cualquier regulación de una determinada actividad empresarial o profesional ha de hacerse por ley. Solo la **regulación general** de la libertad de empresa está sujeta a reserva de ley [como afirmó el Tribunal Constitucional en su STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 3): «el art. 38 (no) [...] reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los arts. 35.1 o 38»]. La intervención mediante normas administrativas es legítima en la medida en que cumpla los requisitos generales de legitimidad de la regulación administrativa, que impide que la regulación del acceso o del ejercicio de una actividad empresarial se deslegalice completamente. En todo caso, deben contenerse en normas de rango legal los elementos esenciales del régimen que limita la libertad de empresa en un determinado ámbito de actividad. Igualmente son legítimas las delegaciones legales a las **corporaciones profesionales** para la regulación de la actividad de sus miembros, delegación que era la regla general en el Derecho español a través de la Ley de Colegios Profesionales, pero que ha quedado muy reducida tras su reciente reforma, en la que se ha limitado notablemente el contenido posible de las normas corporativas ordenadoras de la profesión y reguladoras de la competencia desleal (art. 2.1. II Ley de Colegios Profesionales).

Nuestros Tribunales han utilizado, a menudo, el principio *pro libertate* para **interpretar restrictivamente cualquier norma limitativa de la libertad de empresa**. Así, por ejemplo, no han considerado justificación suficiente para ordenar el cierre de un establecimiento «la tranquilidad y seguridad en la zona» (STS 8 de junio de 1983); han entendido que imponer la presencia obligatoria de un

guardia jurado en las oficinas bancarias constituye una limitación a la libertad de empresa, de forma que la dispensa prevista en la regulación aplicable no puede ser denegada por la Administración discrecionalmente (STS 5 de marzo de 1996); han estimado que la prohibición impuesta a los buques gallegos de faenar en las aguas costeras los sábados y domingos no debía entenderse en el sentido de que alcanzara al desplazamiento necesario, por ejemplo, para efectuar reparaciones (STS 15 de diciembre de 1999); han rechazado la interpretación amplia de una norma que imponía una moratoria para la apertura de grandes superficies comerciales (STSJ Baleares 8 de enero de 2002); etc.

Como libertad individual es, fundamentalmente, **una libertad frente al Estado y no frente a otros particulares**, que, por lo tanto, no están vinculados por el derecho fundamental del otro empresario. Naturalmente, en la medida en que el derecho se reconoce constitucionalmente, se derivan de él **mandatos de protección** (*Schutzgebote*) para todos los poderes públicos, por lo que el legislador está obligado a configurar el ordenamiento jurídico de manera que se proteja el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan limitarlo o lesionarlo.

Es un **derecho de los españoles**, aunque los Tratados de la Unión Europea equiparan, en este aspecto, a los ciudadanos españoles los ciudadanos de los restantes Estados por la eficacia directa de las libertades fundamentales del Tratado y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

III. LA RELACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Libertad de empresa y derecho al trabajo

Es manifiesta la **conexión** que media entre el **derecho al trabajo**, el derecho a la libre

elección de profesión u oficio y la libertad de empresa. Considerando la actividad económica que un sujeto decida emprender como un medio para el libre desarrollo de su personalidad, sería erróneo sostener, desde el punto de vista de la dignidad de la persona, que es constitucionalmente más valioso el trabajo dependiente que el independiente. Por tanto, en la consideración de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención a los poderes públicos, la actividad empresarial merece exactamente la misma tutela constitucional que la actividad por cuenta ajena. Esto no quiere decir, sin embargo, que ambos derechos planteen las mismas exigencias en cuanto *mandatos de protección*. Es obvio que la Constitución exige un nivel de intervención del Estado para asegurar los derechos de los trabajadores frente al empresario muy superior al que exige para proteger la libertad de empresa. En definitiva, la prohibición de desarrollar determinadas actividades tiene —o debería tener— en principio el mismo ámbito de aplicación con independencia de que dichas actividades se desarrollen en ejercicio del «derecho» al trabajo —o de una libre profesión— o en ejercicio de la libertad de empresa.

2. Derecho de propiedad y libertad de empresa

La libertad de empresa se proyecta sobre la empresa como actividad; el derecho de propiedad, sobre la empresa como resultado, es decir, como organización o, si se prefiere —para decirlo con la expresión clásica de los mercantilistas—, como establecimiento (incluyendo activos intangibles realizables vía cesión en el mercado: p. ej., el *goodwill*). Como se ha dicho con acierto, el art. 33 CE protege lo adquirido, es decir, el resultado de la actividad u ocupación, mientras que el art. 38 protege la adquisición, la ocupación misma. No hay, pues, relación de especialidad entre ambos derechos y, por tanto, pueden aplicarse simultáneamente al examen de una misma injerencia estatal. Solo las intervencio-

nes del Estado que entrañen expropiación determinan el derecho a la indemnización (art. 33 CE); las que se limitan a restringir la libertad de actuación de las empresas o les imponen nuevas obligaciones (*regulatory takings*) no son indemnizables. Ahora bien, podrá calificarse como expropiatoria una medida —y generarse el correspondiente derecho a una indemnización— en el caso de que una actividad que venía desarrollándose como actividad empresarial libre sea «nacionalizada», «**publicada**» o de cualquier forma reservada al Estado (veremos más adelante que el Estado dispone de amplias facultades para reservarse sectores enteros de la actividad económica). Si tales sectores estaban en el sector privado hasta ese momento, la medida puede ser expropiatoria de los empresarios ya presentes, esto es, una ablación del derecho de propiedad en la medida en que se le prive a un propietario de unos bienes. Las **liberalizaciones**, por el contrario, no generarán derecho a indemnización a favor de los empresarios que venían estando protegidos por las restricciones legales o administrativas salvo casos especiales (p. ej., en el supuesto de que fueran concesionarios, en cuyo caso habrá que estar a las normas sobre rescate de las concesiones administrativas).

La conexión más interesante entre libertad de empresa y derecho de propiedad se plantea a propósito del análisis de la **posición jurídica del accionista-inversor** (el paradigma es el accionista que se limita a ser titular de unas pocas acciones de una sociedad o de algunas pocas acciones de muchas sociedades sin participación alguna en la gestión social y sin más interés que el estrictamente financiero). Difícilmente puede afirmarse que este accionista ejercita su libertad de empresa. No ejercita una actividad empresarial ni siquiera a través de la persona jurídica. Lo que ostenta, sobre los activos sociales y de modo colectivo, es un derecho de propiedad *sui generis*. Consecuentemente, la protección constitucional que merece es fundamentalmente la derivada del derecho de propiedad. El accionista-inversor tiene derecho a que el Estado

se abstenga de tomar medidas que menoscaben su patrimonio accionario y tiene derecho a que el Estado configure el Derecho de sociedades que mediatiza su propiedad y regula las relaciones con los restantes «cotitulares» garantizándole protección frente a la posibilidad de actuaciones expropiatorias por parte de los restantes socios. Formalmente, el sujeto de la libertad de empresa es la propia sociedad, pero esta es una forma de hablar, porque materialmente la protección constitucional, de acuerdo con su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad, es dispensada a quienes promueven y dirigen la empresa societaria (los accionistas de referencia e incluso los propios administradores, en el caso de que estos se limiten a idear un proyecto y recabar fondos del público para ponerlo en marcha).

En general, una limitación que resulte aceptable desde el punto de vista de la libertad de empresa constituirá, igualmente, una limitación aceptable constitucionalmente del derecho de propiedad, y viceversa. Tal ocurre especialmente cuando la actividad empresarial consista en la explotación de un bien, de forma que las limitaciones a la actividad sean, en realidad, limitaciones al derecho de propiedad en cuanto restringen, prohíben o imponen al propietario conductas que, en otro caso, serían libres (STC 37/1987, de 26 de marzo).

3. Derecho de asociación y libertad de empresa

Debería ser obvio que *las* agrupaciones de personas constituidas para desarrollar una actividad económica están protegidas por el **derecho de asociación**. Por tanto, estamos ante un caso de concurso ideal entre ambas libertades y de aplicación simultánea de ambos derechos. Desde la otra perspectiva, la libertad de empresa puede ejercitarse colectivamente, de modo que es obligatorio para el Estado (mandato de protección) dictar las normas que permitan la actuación del grupo como tal en el tráfico (básicamente reconocer

personalidad jurídica a las sociedades), pero esta no es una exigencia del art. 38 CE, sino del art. 22 CE. La aproximación a la cuestión que acabamos de resumir da cuenta de la jurisprudencia constitucional recaída sin necesidad de afirmar que las sociedades no están protegidas por el derecho de asociación, lo que, cuando menos, supone una interpretación muy restrictiva —e injustificada— de un derecho fundamental. La cuestión ha sido abordada en el caso *Larios* (STC 23/1987, de 23 de febrero). Se trataba de una modificación estatutaria de una sociedad anónima por la que se atribuían al nudo propietario los derechos políticos de las acciones que, hasta ese momento, se atribuían al usufructuario. En la jurisdicción ordinaria se consideró que el acuerdo era nulo porque se privaba de derechos al usufructuario sin compensación alguna. El recurso de amparo de la sociedad, fundado en la idea de que las distintas sentencias recaídas limitaban su libertad de autoorganización —contenido esencial del derecho de asociación— fue desestimado por el Tribunal Constitucional. Este afirmó que, en principio, «nada se opone a interpretar que el término asociación usado en el [...] art. 22 comprende tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, es decir, las sociedades y, entre ellas, las anónimas [...] porque, si bien es cierto que con nuestra terminología habitual, el término «asociación» designa las uniones de personas con fines no lucrativos, también lo es que un concepto amplio de asociación se encuentra en el Código Civil (arts. 35.2 y 36) al referirse a la «asociación de interés particular», sean civiles, mercantiles o industriales». «Sin embargo, y aun si se admitiese esa apertura de fines del derecho fundamental de asociación, este solo podría invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de dicho derecho. Pero en las sociedades mercantiles y, en particular, en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina, frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que, sin excluir la posibilidad

de que en determinados casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación [...] es necesario plantear en cada caso si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene un carácter preferentemente económico». Dado que, en el caso, se discutía acerca de los derechos económicos de uno de los socios, el Tribunal entendió que el derecho de asociación no se veía afectado. El criterio que parece decisivo es el del objeto de la cuestión litigiosa, es decir, **si el conflicto se refiere a derechos económicos o a derechos «asociativos» o de carácter personal**. Los primeros entran dentro del ámbito de aplicación del derecho de propiedad o, en su caso, de la libertad de empresa. Los segundos pueden entrar en el ámbito del derecho de asociación. Este planteamiento es adecuado en cuanto renuncia a utilizar el tipo societario como criterio de delimitación del ámbito de aplicación del derecho de asociación, lo cual sería incoherente en un sistema como el Derecho español de sociedades, en el que pueden utilizarse las formas de la sociedad anónima o de la sociedad limitada o de la sociedad civil, tanto para actividades económicas con o sin ánimo de lucro como para actividades «ideales» (PAZ-ARES, 1995, 2251 y ss.). *A contrario*, parece razonable afirmar que el ánimo de lucro —que es el criterio tradicional de distinción entre sociedades y asociaciones— es irrelevante. Asociarse para desarrollar programas de ordenador es tan respetable y legítimo como asociarse para jugar al golf, asistir a la ópera o disfrutar de la gastronomía de una región, al menos en lo que se refiere a la protección frente a la injerencia estatal que merecen las relaciones entre los individuos que se asocian, porque en ambos casos se potencia el desarrollo libre de la personalidad de los individuos que forman el grupo (STC 96/1994). Lo discutible del criterio de delimitación que utiliza el Tribunal Constitucional (derechos económicos = libertad de empresa o de propiedad; derechos asociativos = libertad de asociación) aparece cuando se utiliza para establecer el nivel de protección de las decisiones intrasocietarias frente

al escrutinio judicial (derecho de autoorganización de la asociación como contenido esencial del derecho de asociación). En otra sentencia, el Tribunal Constitucional (STC 96/1994, de 21 de marzo) utiliza la distinción expuesta para afirmar que si la expulsión de una asociación produce al expulsado un perjuicio económico significativo, está justificado un control de la decisión societaria más intenso por parte de los jueces (en el caso se trataba de una cooperativa de viviendas, con la pérdida consiguiente de la adjudicación de la vivienda). Como hemos señalado en otro lugar (ALFARO, 1997, 155-186), a nuestro juicio, el único perjuicio relevante es el derivado de la falta de alternativas razonablemente disponibles a la pertenencia a la asociación en cuestión. **El hecho de que alguien sufra un perjuicio grave porque su contraparte resuelve el contrato que les une no altera la legitimidad de la resolución**, la cual dependerá de que se haya realizado en los casos previstos por la ley o pactados por las partes. Los contratantes pueden y deben prever los posibles perjuicios derivados de una eventual resolución y «contratarlos» adecuadamente. El «perjuicio económico» es un criterio poco adecuado para delimitar el ámbito de intervención de los Jueces en los conflictos internos de una asociación aunque puede ser un mandato de protección no permitir la abdicación de derechos individuales —de voto o económicos— si no es en el momento fundacional o sin consentimiento individual o sin prever un mecanismo especial de protección. En la STC de 27 de abril de 2006 (al hilo de la ley catalana de asociaciones) el Constitucional se ocupa indirectamente de la constitucionalidad del requisito de la democracia interna a las asociaciones que impone la Ley Orgánica del Derecho de Asociación. Básicamente, reitera lo dicho en relación con la ley vasca de asociaciones y concluye que solo las Cortes Generales pueden imponer de forma general a las asociaciones una organización interna. Parece afirmar, además, que el art. 2.5 LODA es inconstitucional si no se interpreta conforme a la Constitución y se interpretan ampliamente las excepciones contenidas en

la propia LODA al funcionamiento y organización democráticos (v. también la STS 13 de marzo de 2018).

4. Libertad de empresa, publicidad y libertad de expresión

En lo que se refiere a la **libertad de expresión**, la conexión más estrecha se establece en relación con la **publicidad**. A nuestro juicio, la publicidad queda protegida por la libertad de expresión y comunicación, pero dicha afirmación no implica que los límites a la injerencia de los poderes públicos sean idénticos para la publicidad comercial y para otras manifestaciones de la libertad de expresión. Las restricciones razonables y admisibles de la libertad de empresa son también razonables y admisibles como restricciones a la libertad de publicidad comercial. Como es sabido, el debate se ha desarrollado con gran amplitud en los EE. UU. (*commercial speech*), que, básicamente, ha concluido que también las afirmaciones publicitarias están protegidas por el derecho a la libertad de expresión. En Europa, la Convención Europea de Derechos Humanos contiene una cláusula en su art. 10 que legitima la regulación estatal de la publicidad siempre que el objetivo lo merezca y la intervención sea proporcionada, pero considera la publicidad igualmente como parte del contenido cubierto por la libertad de expresión. Hay muchos casos en los que la publicidad contribuye a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública (cuando las empresas se refieren a cuestiones de interés general para defender posiciones que benefician sus intereses). También nos movemos claramente en el ámbito de la libertad de expresión cuando la publicidad sea vehículo de expresión artística o de difusión de modas o comportamientos sociales que la empresa emisora de la publicidad considera deseables. En definitiva: constituye una restricción inaceptable de la libertad de expresión que se declare prohibida una manifestación

por el simple hecho de que el que la realiza sea una empresa privada en su publicidad cuando no habría ninguna duda de que su contenido estaría protegido por la libertad de expresión si el sujeto que la realizara lo hiciera fuera del marco publicitario. Nuevamente, también, **resulta irrelevante el ánimo de lucro** para negar protección constitucional a la publicidad. Como se ha afirmado con razón, si el ánimo de lucro del que se expresa le priva de protección constitucional, tampoco estarían amparados por el art. 20 CE los autores que publican libros o reportajes a cambio de remuneración, lo que parece inaceptable. Fuera de los supuestos en los que la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse **atendiendo a su función social**. Si, como afirmó el Tribunal Supremo norteamericano, la publicidad libre es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico de libre empresa, es decir, «publicidad libre, para consumidores libres», el legislador puede introducir limitaciones a la publicidad con idénticos fundamentos a los esgrimidos cuando limita la libertad de actuación de las empresas en general. El legislador —y los Jueces en aplicación de las cláusulas generales que prohíben la publicidad desleal o engañosa— ha de realizar una ponderación entre la libertad de expresión del que realiza las manifestaciones y la protección de los bienes jurídicos del afectado por dichas manifestaciones, de manera que la libertad del primero para expresarse como le plazca merecerá tanta más protección cuanto más pueda considerarse expresión del discurso público o cuanto más contribuya a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública. Por el contrario, cuanto mayor conexión tenga la expresión publicitaria con intereses económicos del empresario que la realiza, menos razones habrá para sacrificar intereses económicos del afectado por la publicidad (v. STS 15 de enero de 2010).

IV. ESTADO Y MERCADO EN LA CONSTITUCIÓN: INICIATIVA PÚBLICA, LIBERTAD DE COMPETENCIA E IGUALDAD. REFERENCIA AL DERECHO EUROPEO

Como cualquier otro derecho fundamental, la libertad de empresa garantiza a los particulares, por un lado, un ámbito de actuación libre de injerencia estatal (*Eingriffsverbot*), y por otro, impone al Estado la obligación de establecer las condiciones organizativas e institucionales que aseguren la efectividad del ejercicio del derecho (*Schutzgebot*). Las libertades que, como la de empresa, se ejercitan en el mercado requieren que el Estado constituya el mercado, es decir, **produzca las instituciones que permiten afirmar que una economía es una «economía de mercado»** tal como reza el art. 38 CE. No pueden ejercerse las libertades económicas sin reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción; sin que se garantice la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos; sin el reconocimiento de derechos de propiedad industrial; sin que se pongan a disposición de los particulares los medios jurídicos para constituir sociedades; sin protección frente a la competencia desleal o al abuso de posición dominante. Lo que constituyen los elementos básicos del Derecho privado de la economía entronca así con los derechos fundamentales en cuanto que un «mínimo» de Derecho privado es presupuesto de la existencia del mercado y, por tanto, de la posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa.

Lo verdaderamente peculiar del derecho a la libertad de empresa es que **el Estado**, a través del reconocimiento constitucional de la «iniciativa pública» en la economía, **se convierte en competidor de los particulares** (art. 128 CE), lo que obliga, no solo a determinar si la injerencia estatal que adopta la forma de regulación (prohibiciones, imposición de obligaciones, limitaciones, etc.) constituye restricciones admisibles de la libertad de empresa, sino también si la presencia del Estado

como competidor de los particulares en el ejercicio de una actividad económica constituye una injerencia legitimada por el reconocimiento de la iniciativa económica pública o, por el contrario, constituye una limitación censurable desde el punto de vista del derecho fundamental de los particulares, y si la reserva al Estado de un determinado sector de actividad es legítima o no.

A nuestro juicio, **las cláusulas económicas de la Constitución** pueden ser ordenadas en torno a tres ideas básicas. La primera puede formularse afirmando que la Constitución defiere al legislador la decisión acerca de cuánto mercado deba existir en la economía española, porque el legislador puede reservar al sector público recursos o servicios esenciales, lo que significa tanto como decir que puede sacar del mercado determinadas actividades o sectores (art. 128.2 CE). La segunda pieza consiste en el reconocimiento de la iniciativa pública en la economía, esto es, la plena legitimidad de la participación del Estado como empresario en el mercado. La tercera es la garantía de que la economía española funcionará, en general, de acuerdo con las reglas de la economía de mercado y, por tanto, con respeto a las libertades económicas tanto objetiva como geográficamente en todo el territorio nacional (arts. 38 y 139.2 CE).

En la Constitución Española, la parte correspondiente a los derechos fundamentales enuncia y consagra las libertades económicas imprescindibles para que exista una economía de mercado: la libertad de propiedad y libertad de empresa. En la parte correspondiente a la «Economía y Hacienda», recoge los títulos que atribuye a los poderes públicos para intervenir en el mercado, regularlo y suprimirlo. Así, mientras el art. 33 consagra la libertad de propiedad, el art. 128.1 somete toda la riqueza del país al «interés general»; mientras el art. 38 reconoce y protege la libertad de empresa, el art. 128.2 reconoce el derecho del Estado a desarrollar actividades económicas en competencia con los particulares; su derecho a reservarse sectores enteros de

la economía y a intervenir las empresas privadas cuando el interés general, nuevamente, así lo requiera. De esta ordenación se deducen dos conclusiones claras. La primera es que **los únicos titulares del derecho fundamental a la libertad de empresa son los particulares**. Cuando el Estado ejerce la «iniciativa económica pública» no ejerce ningún derecho fundamental a la libertad de empresa. Los poderes públicos no son titulares ni de este ni de ningún otro derecho fundamental. **Ni siquiera de los del art. 24 ni de otros necesarios para la consecución de sus fines**. Las personas jurídico-públicas tendrán **las facultades que les otorguen las leyes que regulan su creación**, actividad y funcionamiento. Por tanto, queda al arbitrio del legislador decidir cuándo otorga legitimación activa, por ejemplo, para interponer un recurso a una persona jurídico-pública. Y, a falta de previsión legal, habrá que examinar si, como dice el Supremo, para cumplir las funciones para las que fue creada, es necesario reconocerle legitimación activa o derecho a apelar, por ejemplo. Pero ni siquiera en estos casos es correcto decir que la persona jurídica pública ejerce un derecho fundamental. Solo en el caso de que la propia Constitución incluya **una garantía institucional**, podrá apoyarse la institución en dicha garantía si se viera infringida por la actuación de otro poder público. Por ejemplo, la autonomía universitaria, aunque el Constitucional dijera hace muchos años que era un derecho fundamental. Lo que habrá, en estos casos, es un conflicto de competencias (STS 15 de junio de 2016); aún más, los organismos públicos (SSTC 11 de mayo de 1983 y 31 de enero de 1986) —incluyendo las organizaciones controladas por el **Estado**, pero que adoptan formas y se someten al régimen del Derecho privado— **que participan en la actividad económica están vinculados a los derechos fundamentales**, y, consecuentemente, al Estado le está vedado permitir discriminaciones no justificadas a favor de empresas públicas. La segunda conclusión es que la simple colocación en el texto constitucional de unas y otras normas define clara-

mente **la preeminencia de las libertades económicas sobre la intervención estatal**. La reserva de sectores económicos al sector público y la iniciativa económica pública no son, a diferencia de los derechos fundamentales, mandatos de optimización. La Constitución no ordena que, dentro de las constricciones que impone el resto de los mandatos constitucionales, deba maximizarse el sector público. Sin embargo, la libertad de empresa, la libertad de elección de la profesión y la libertad de trabajo, en cuanto derechos fundamentales, obligan a los poderes públicos a **maximizar su vigencia**, nuevamente, dentro de las constricciones que imponen los restantes derechos fundamentales y, en general, los intereses generales. Por tanto, mientras que un sector público minúsculo o la producción privada de cualquier bien o servicio no necesita de justificación, la limitación de la libertad de empresa, profesión o trabajo, sustituyéndola por la actuación estatal, ha de justificarse en la persecución de intereses generales. La consecuencia inmediata de esta afirmación es que, a falta de decisión expresa del legislador, **rige, por defecto, el mercado como mecanismo para la provisión de bienes y servicios y para la asignación de los recursos** (art. 38 CE; STS 16 de diciembre de 1985), vigencia del mercado que es, por otro lado, la conclusión más conforme con un sistema en el que la norma por defecto es la libertad.

Por último, debe recordarse que la amplísima libertad que el constituyente español ha otorgado al legislador para desarrollar políticas económicas muy diversas se ve restringida notablemente como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea. La «Constitución» europea es una Constitución económica que reparte el poder de regulación de la vida económica entre los Estados y la Unión. En los Tratados, la Unión tiene encomendada la función de garantizar las libertades económicas, el mercado interior y el mantenimiento de un sistema económico que funcione con arreglo a criterios de competencia no falseada. En esta tarea, el Derecho europeo preva-

lece sobre los Derechos nacionales, incluidas las respectivas Constituciones.

Las libertades del Tratado no son derechos fundamentales, son libertades de acceso a los mercados. La **diferencia entre libertades de circulación** (de capitales, de trabajadores, de establecimiento y de prestación de servicios) y **derechos fundamentales** se encuentra en su estructura dogmática. Los derechos fundamentales son derechos individuales frente a los poderes públicos **de no interferir** en la esfera de los particulares protegida por el derecho fundamental y **mandatos de protección**, también dirigidos a los poderes públicos para que los protejan frente a las injerencias de otros particulares). Son mandatos de maximización (ALEXY) y se aplican, no mediante un silogismo, sino mediante la ponderación. Las **libertades de circulación**, por el contrario son ladrillos en la construcción del mercado. Un mercado —entendido como el «lugar» donde se cruzan la oferta y la demanda de un producto o servicio— no puede existir si los oferentes de los bienes y servicios no tienen **libertad de acceso**. Las libertades de circulación evitan, pues, que los Estados erijan barreras a los ciudadanos europeos para acceder al mercado europeo. Es difícil distinguirlos prácticamente de los derechos fundamentales porque (i) tienen la misma estructura de mandatos de maximización y se aplican, pues, mediante la ponderación (con los intereses legítimos de los Estados en limitar el acceso a sus consumidores en aras de la protección de su salud o de otros intereses económicos) y porque (ii) también son mandatos dirigidos, no a los particulares, sino a los poderes públicos. Pero sobre todo, porque, **de modo reflejo, generan posiciones jurídicamente protegidas a favor de los ciudadanos** frente a la injerencia estatal o comunitaria en su libertad de actuación en el mercado. Si un ciudadano portugués tiene derecho a vender su mercancía en Francia es porque, por un lado, tiene derecho a la libertad contractual y a la libertad de empresa —derechos

fundamentales— y, por otro, porque tiene derecho a acceder al mercado francés —libertad de circulación de mercancías—. Y, del mismo modo, las libertades de circulación actúan como mandatos de protección —de la libertad de acceso—, obligando a la Unión y a los Estados a hacer efectivas las libertades desmantelando las barreras injustificadas o protegiendo a los ciudadanos frente a las conductas de otros particulares susceptibles de dificultar o impedir el acceso al mercado.

Hemos señalado que la primera pieza permite al Estado **reservar al sector público recursos o servicios esenciales**. Naturalmente, solo puede hacerlo justificándolo desde el interés general y siempre que se trate de recursos esenciales. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, «no cuesta admitir que sería incompatible con [...] (la) garantía institucional (de la libertad de empresa), la genérica y absoluta exclusión legal de tal libertad empresarial —movida por la búsqueda del beneficio— en todo un determinado ámbito de la actividad económica, de no venir dada tal exclusión por lo dispuesto en el segundo inciso del art. 128.2 CE, o en atención a la previa caracterización como ilícito del tráfico o actividad en cuestión» (STC 84/1993, FJ 2). No obstante, la libertad del legislador para reservar al Estado un sector es amplia, como lo demuestra el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya opuesto reparo alguno a la declaración de servicio público de la televisión y la radio con fundamento en su importancia para la información y participación de los ciudadanos y para la formación de la opinión pública (STC 12/1982). Si el Tribunal Constitucional no ha utilizado la referencia al interés general y al carácter esencial de los recursos para limitar la libertad del Estado para monopolizar, no ha ocurrido lo mismo con el Derecho comunitario. El razonamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad afirma que las libertades fundamentales del Tratado obligan al Estado a permitir que empresarios de otros Estados puedan acceder al mercado nacional, por lo que la decisión estatal de mo-

nopolizar un mercado constituye una medida equivalente a una restricción de la libre circulación de mercancías, establecimiento o prestación de servicios. Consiguientemente, la medida solo será válida no ya cuando no sea discriminatoria, sino solo si se trata de una restricción justificada, esto es, exigida por necesidades imperiosas de protección de los consumidores, la salud pública, la seguridad, etc. (arts. 28 y ss. del Tratado). Esta jurisprudencia concreta, pues, el art. 128.2 CE en cuanto que los «intereses generales» que puede alegar el Estado para monopolizar una actividad que, en principio, puede desarrollarse en régimen de libre competencia serán los recogidos en el Tratado y la monopolización quedará sometida al juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto al que queda sometida cualquier limitación de la libertad de empresa (STS, 3.^a, 17 de octubre de 2000; STS 28 de abril de 1987). A esta limitación hay que añadir la prohibición de nuevos monopolios comerciales establecida en el art. 31 del Tratado. Esta prohibición tiene un ámbito de aplicación autónomo respecto al art. 28 (STJCE 23 de octubre de 1997, C-189/1995, rec. pág. 5909).

No puede argumentarse la legitimidad de una limitación de la libertad de empresa afirmando que si el Estado podía haberse reservado esa actividad legítimamente, bien puede limitar su libre ejercicio. La Constitución permite al Estado reservarse sectores económicos esenciales **mediante ley y en la medida en que efectivamente sean esenciales**, es decir, sometiendo dicha reserva a requisitos muy particulares. Si se utilizara el silogismo que acabamos de exponer, se estaría liberando al Estado de la obligación de justificar en cada caso la injerencia en un derecho fundamental. Por eso es correcto afirmar que «no son normas reguladoras de la libertad de empresa aquellas que sustraen de la iniciativa privada determinados sectores de actividad, del mismo modo que no suelen considerarse regulación del derecho de propiedad privada aquellas que definen los bienes de dominio público» (RUBIO LLORENTE,

1995, 440; *contra*, HUERGO, 2001, 157). El Derecho comunitario, en este punto, no altera las conclusiones expuestas. Los Estados miembros se aseguraron tal resultado al incluir el art. 295, que sentaba el principio de neutralidad del Derecho comunitario, afirmando que «el presente tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros» (*vid.* STJCE 30 de abril de 1974, *Sacchi*), aunque sí, y sobremanera, las posibilidades de actuación económica de los Estados.

En un sector abierto a la libre competencia, la Administración no puede regular la actividad de los particulares de cualquier forma que se traduzca en condiciones de competencia más onerosas para los particulares que para la empresa u organismo público. Por otro lado, y como ya se ha señalado, cuando el Estado compite con los particulares que ejercitan un derecho fundamental —la libertad de empresa— no estamos ante un conflicto entre derechos fundamentales. Estamos ante una **injerencia del Estado en un derecho fundamental de los particulares** (*Eingriff durch Konkurrenz*) (SCHOLZ, 1981, art. 12, núm. 104). Por tanto, aunque la actividad económica del Estado no sea subsidiaria de la de los particulares, de modo que el Estado no necesita justificar su entrada en el desarrollo de actividades económicas en la existencia de un «fallo» del mercado que provoca que los particulares no estén en condiciones de atender las necesidades de los consumidores, la injerencia en el derecho fundamental de los particulares obliga al Estado a justificar en concreto **que el desarrollo por el Estado de la actividad económica es necesario, adecuado y proporcional para la consecución de fines determinados de interés general**.

Estos principios han recibido una cierta concreción en el Derecho comunitario, en primer lugar, por la prohibición de monopolios comerciales y, sobre todo, por lo dispuesto en el art. 86 del Tratado de la Unión Europea, del que se deducen tres reglas básicas sobre la

actuación económica del Estado. La primera indica que el Estado que obliga o permite a sus empresas públicas o concesionarias de servicios públicos la realización de conductas contrarias a la libre competencia incumple el Tratado (arts. 81 y ss. Tratado). La segunda establece que, aunque los Estados pueden otorgar derechos especiales o exclusivos a determinadas empresas, al hacerlo están sometidos a las normas de protección de la libre competencia del propio Tratado. Y la última añade que, aun existiendo inmunidad frente a tales normas para los servicios económicos de interés general, tal inmunidad solo opera en la medida en que sea imprescindible para asegurar que las empresas encargadas de aquellos servicios pueden prestarlos. De esta doctrina se derivan importantes limitaciones para la iniciativa económica pública.

El punto de partida ha sido aparentemente inocuo: si un Estado puede monopolizar una actividad y encargar la gestión de ese monopolio a una institución pública o a una empresa privada, resulta claro que no es contraria al Tratado de la Unión Europea la creación por los Estados de empresas con posición de dominio. Ahora bien, la prohibición de abuso de posición de dominio (art. 82 Tratado) se aplica tanto a estas empresas como al resto de ellas. El art. 86 prohíbe a los Estados adoptar medidas que hagan ineficaz la prohibición de abuso de posición dominante contenida en el art. 82. Por tanto, infringe el Tratado un Estado cuando haya atribuido derechos monopolísticos o especiales a una organización económica estatal o privada si, por el solo ejercicio de los derechos atribuidos, la empresa beneficiaria incurre en abuso de posición dominante o cuando la atribución de dichos derechos cree una situación en la que la empresa se vea compelida a cometer tales abusos. A partir de esta prohibición de abuso, la jurisprudencia comunitaria ha ido extendiendo el ámbito de aplicación del art. 86 del Tratado y ha limitado, notablemente, las posibilidades de actuación económica de los Estados. Al someter a las empresas que ostentan dere-

chos especiales o exclusivos otorgados por los Estados a las normas sobre la competencia contenidas en el Tratado, si el Estado está presente en un mercado concreto en ambas formas (como regulador/supervisor y como competidor), «un organismo estatal con poderes reguladores respecto de un mercado determinado debería ser independiente de cualquier empresa que opere en dicho mercado», de manera que se evite la posibilidad de que incurra en conflicto de intereses (opinión del Abogado General Jacobs en el asunto C-475/1999, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, núm. 80, recogiendo la doctrina del TJCE). Y basta, para que pueda afirmarse la existencia de una infracción del art. 86, con que dicho riesgo de conflicto de intereses sea elevado, precisamente porque concurren en un mismo organismo poderes reguladores y actuación empresarial (*vid.*, recientemente, la Decisión de la Comisión Europea en el caso *Lignito griego* de 5 de marzo de 2008 en la que ha considerado contraria al art. 86 la reserva de la producción de lignito de las minas que pertenecen al Estado para la empresa pública de electricidad, siendo así que el lignito procura el combustible más barato para producir dicha energía en Grecia).

Esta conclusión es perfectamente trasladable a la interpretación conjunta de los arts. 128 y 38 de la Constitución. Si el Estado se reserva un determinado sector económico que puede ser atendido, al menos en principio, por empresas privadas justificándolo por la persecución del interés general, tal justificación decae cuando el Estado no está en **condiciones de prestar el servicio con garantías de calidad suficiente**. La limitación anterior se aplica en aquellos casos en los que el Estado se reserva una actividad que, normalmente, podría ser desarrollada por empresas privadas en régimen de competencia. No se aplica ni a las funciones típicamente estatales —que, por otro lado, no están en el art. 128 CE— ni a las actividades reservadas al Estado por razones que podríamos llamar «de orden público» tales como el control del juego, sustancias pe-

ligrosas para la salud, etc. Tampoco se aplica cuando la deficiente prestación del servicio no se debe al propio diseño de la organización para su prestación, sino a la gestión deficiente de la misma.

Un elemento de difícil encaje es la afirmación solemne del art. 128.1 CE declarando **toda la riqueza del país** —pública y privada— **subordinada al interés general**. Parece discutible que aquí el concepto de interés general tenga un sentido semejante al que tiene en otros pasos de la Constitución, es decir, sea una «guía [...] que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, 72). Parece más lógico pensar que lo que quiere significar el constituyente es que la **utilización** de la riqueza del país está subordinada al interés general. Según la doctrina, esta cláusula legitima al Estado para «ordenar y modular» toda la riqueza del país, naturalmente, dentro de las restricciones que implican los derechos fundamentales (propiedad, expropiación con indemnización, reserva al sector público). A nuestro juicio, el precepto carece de misterio si lo encajamos en el juego de declaración de la libertad/legitimación interventora del Estado que parece haber utilizado la Constitución. De acuerdo con esta interpretación, **el precepto concreta la cláusula expropiatoria del art. 33**, de forma que extiende la posibilidad de expropiación a todos los bienes y derechos y la legitima siempre que dicha expropiación permita dedicar los bienes o derechos expropiados al servicio del aumento de la riqueza del país. Además, reitera, para el derecho de propiedad, la prohibición genérica del ejercicio abusivo o antisocial de los derechos.

Por último, el Estado tiene reconocida la posibilidad de *planificar la economía con carácter general* mediante ley (art. 121 CE), es decir, la posibilidad de intervenir mediante planes económicos. No parece que dicha planificación pueda ser imperativa, sino indicativa.

V. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. Introducción: la libertad de empresa como derecho fundamental y no como garantía institucional. Una crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la especialidad de la libertad de empresa como derecho fundamental

La referencia al mercado contenida en el art. 38 CE es redundante. **La libertad de empresa solo puede ejercitarse en el mercado**, y ello porque la libertad de empresa es libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo (STC 112/2006, de 5 de abril, RTC 2006/112, referente a la libertad de contratación, organización e inversión) y un sistema de mercado es un sistema en el que el Estado remite a los particulares la decisión sobre qué producir y cómo hacerlo. El mercado es, así, el **efecto sistemático** que genera el reconocimiento de los derechos individuales de carácter económico. Por causa del reconocimiento de los derechos fundamentales, se produce el efecto de la consagración del mercado como sistema de asignación de los recursos, y no al revés. No se reconoce el derecho a la libertad de empresa para asegurar la existencia de una economía de mercado. En el Derecho comunitario sucede justo lo contrario, las libertades fundamentales (de circulación de capitales y de mercancías, de prestación de servicios, de establecimiento) se reconocen para lograr la finalidad de la Unión Europea, que es, precisamente, la creación de un mercado único que funcione con arreglo a criterios de competencia. Esta observación no es irrelevante. Si el objetivo del reconocimiento de las libertades económicas es eliminar las trabas y riesgos que impidan el funcionamiento del mercado interior, cualquier medida estatal limitadora habrá de valorarse desde su capacidad para afectar a dicho objetivo. Por el contrario, si, como sucede con la libertad de empresa en la Constitución, predomina el carácter de derecho individual, el escrutinio de las decisiones estatales habrá de realizarse

examinando si limitan injustificadamente la libertad de actuación de los titulares del derecho con independencia de que produzcan o no efectos significativos sobre el mercado del que se trate: «mientras que el orden institucional no se pone en cuestión por medidas estatales concretas, la libertad de comportamiento individual puede verse afectada por comportamientos singulares del Estado. La consecuencia es que, cuando se analiza la protección del derecho de individual, el listón de «afectación» ha de colocarse mucho más bajo que cuando el criterio orientador es el de la garantía institucional» (KLUTH, 1997, 576). La doctrina española, en buena medida, y algunas sentencias del Tribunal Constitucional, por el contrario, parecen degradar la libertad de empresa y consideran que «la constitucionalidad de las **normas legales restrictivas de la libertad de empresa**» debe medirse utilizando no el test de la proporcionalidad —que, como veremos, es el test que se utiliza, en general para medir la constitucionalidad de las interferencias públicas en la actividad de los particulares—, sino un test mucho menos exigente como es el de la «**razonabilidad**» (v., por ejemplo, BAÑO, 2016, 295; QUADRA-SALCEDO, 2009, 46 y ss.; QUADRA-SALCEDO, 2011, 257 y ss.);

Aunque no faltan pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido que aquí se propone (v. STC 112/2006, **de 6 de abril, que dice que de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor**), los pronunciamientos más recientes van en una línea diferente y con efectos para

la protección de las libertades económicas en España. El «inicio» de esta tendencia de nuestro Tribunal Constitucional puede situarse en la STC 53/2014, de 10 de abril, que se ocupó de un impuesto asturiano a las grandes superficies. La cuestión de su constitucionalidad en relación con la libertad de empresa la liquida el TC con unas afirmaciones abstractas sobre que no hay derechos ilimitados y el siguiente párrafo: *Para determinar, por tanto, la conformidad del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales con el art. 38 CE procede examinar si constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política.* Esta afirmación puede aceptarse en el marco del análisis de la constitucionalidad **de un impuesto** (v. la STJUE 26 de abril de 2018, que ha considerado conforme con la libertad de establecimiento el impuesto sobre grandes superficies comerciales de algunas regiones españolas). Pero generalizarla, como ha hecho el TC, a cualquier restricción de los poderes públicos en el derecho de los particulares a ganarse la vida como tengan por conveniente, resulta inaceptable. Y es, precisamente, lo que ha ocurrido con las sentencias posteriores, que citan este párrafo sin tener en cuenta el contexto en que la afirmación se produjo. Es obvio que, para someter a gravamen fiscal o extrafiscal una actividad económica, el poder público no necesita justificar que es la medida menos gravosa entre las disponibles para conseguir el fin pretendido, esto es, recaudar ingresos para subvenir a las necesidades públicas. Es más, es que el juicio de proporcionalidad no puede aplicarse al examen de constitucionalidad de un impuesto. La cuestión, en el caso del impuesto sobre grandes superficies, es si es discriminatorio porque grava solo a los grandes establecimientos comerciales.

Pero la generalización del criterio a cualquier restricción del ejercicio de la libertad de empresa parece discutible. Así, por ejemplo

ocurre en la Sentencia 35/2016, de 3 de marzo, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo sobre la norma legal que obliga a las televisiones a dedicar el 5% de sus ingresos a promover la producción de películas de cine españolas. Dedicar el 5% de los **ingresos** de un empresario a una actividad ajena a la propia no puede imponerse si no es con muy buenas razones y habiéndose descartado medidas menos gravosas para los particulares para promover la producción de películas de cine. Lo normal es que la promoción de una actividad se realice por los poderes públicos mediante subvenciones o ayudas fiscales, no imponiendo a otros particulares obligaciones de invertir. Se trata, pues, de una interferencia en la esfera de actividad de los particulares muy onerosa en su carácter y en su extensión. En fin, en la STC 79/2017, de 22 de junio, sobre la Ley de Unidad de Mercado, se lee que *el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica... supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 CE, pues, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma... el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal... permite verificar si esas medidas son constitucionalmente adecuadas, esto es, si la medida cuestionada constituye una medida adecuada para la consecución de un fin consti-*

tucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política. De nuevo, el TC ha hecho prevalecer la capacidad de los poderes públicos —en este caso autonómicos— para regular la actividad económica de los particulares sobre el derecho de los particulares a no verse innecesariamente obligados a cumplir con la regulación de más de una Comunidad Autónoma en la que actúan (v. una crítica de la sentencia en ALFARO, 2017, *passim*, y un análisis más favorable, basado en la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA. y entre estas entre sí, en ORTEGA, 2017, *passim*).

Esta doctrina debería abandonarse, además, porque la distinción entre normas que afectan al «acceso» y normas que afectan al «ejercicio» de una actividad empresarial carece de justificación en términos de dogmática de los derechos fundamentales. Como se expondrá más adelante, que la restricción se refiera al **acceso a una actividad** solo obliga a revisar con mayor intensidad la justificación que ha dado el poder público para limitar el acceso, porque impedir el acceso a una actividad puede afectar a principios muy valiosos como es el libre desarrollo de la personalidad, pero no justifica que cualquier restricción del ejercicio que sea adecuada para lograr un fin de interés general esté justificada. Además, a menudo es muy difícil distinguir si una medida restringe el acceso o el ejercicio (por ejemplo, cuando alguien que desarrolla una actividad pretende ejercer otra complementaria de la primera).

A estos efectos, que la libertad de empresa sea un derecho fundamental y no una libertad de circulación —libertad de establecimiento— debería ser irrelevante, ya que, como hemos explicado más arriba, tal diferencia dogmática no afecta a la utilización de la ponderación para determinar si la restricción estatal es legítima o no (v., por todas, STJUE 24 de marzo de 2011).

En fin, y sobre todo, no se entiende que el Tribunal Constitucional degrade un derecho fundamental en cuanto a su protección frente a la injerencia por parte de los poderes públicos sin justificar por qué no puede aplicarse el mismo canon de constitucionalidad a las actividades empresariales de los particulares que se aplica a **cualquier otra actividad de los particulares**, esto es, verificar que la restricción a la libertad de ejercicio de una actividad empresarial es, al menos, no solo adecuada, sino **necesaria** para la eficaz consecución del fin de interés general que justifica la restricción. El Tribunal Constitucional **hace de «peor derecho» las actividades económicas de los particulares** respecto de las actividades de cualquier otra clase, incluyendo las de mero ocio o diversión, lo que constituye una contradicción de valoración si se examina a la luz del art. 10.1 CE y se recuerda la estrecha relación con la dignidad humana que tiene poder ganarse «libremente» la vida según hemos expuesto más arriba. La inaplicación del canon de «necesidad» de la restricción es imprescindible para que pueda afirmarse que, en España, se garantiza el derecho a la libertad de empresa.

Se comprende así fácilmente la importancia que reviste la **calificación de la libertad de empresa como genuino derecho fundamental** frente a voces muy autorizadas que insisten en su consideración como garantía institucional (STC 227/1993, de 9 de julio). La referencia al mercado como límite a la actuación económica del Estado es útil solo cuando se trata de controlar las regulaciones generales. En este sentido, la garantía del mercado establecida en el art. 38 CE impide al Estado eliminar el mercado como mecanismo de asignación de los recursos sin que se cumplan los presupuestos del art. 128 CE. Pero cuando se trata de determinar si una actuación de los poderes públicos limita indebidamente la libertad de inicio y desarrollo de una actividad económica por un particular, la consideración de la libertad de empresa como una garantía institucional llevaría a legitimar *a priori* cualquier injerencia del Estado en la

medida en que no fuese suficientemente potente como para poner en riesgo la existencia o la imagen del instituto (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 46/1983, de 27 de mayo, y 118/1983, de 13 de diciembre).

2. El problema del contenido esencial del derecho

El problema fundamental que se suscita en esta materia consiste en delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. La cuestión ha sido planteada por el Profesor RUBIO LORENTE: «¿Cómo aplicar la noción de contenido esencial a una institución como la de la libertad de empresa con la que no es incompatible en absoluto la exigencia de diferentes grados de libertad para las diferentes empresas o los distintos tipos de empresa?» (RUBIO, 1995, 441). Efectivamente, parece inútil esforzarse en aislar un «reducto mínimo de libertad absoluta para iniciar y proseguir actividades empresariales» en el que sea ilegítima cualquier intervención pública, pues, en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima (*vid.*, también, en la misma línea, STC 83/1984, de 24 de julio). De acuerdo con este planteamiento, el contenido esencial del derecho vendría determinado «en cuanto al acceso [...] (por la) no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono [...] (por la) no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el empresario ha de gozar de un mínimo [...] reducto [...] de autonomía en la dirección de la empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública» (ARAGÓN, 1995, 32). Las conclusiones así obtenidas, sin embargo, distan mucho de ser satisfactorias. Por un lado, porque contradicen la posibilidad establecida en el art. 128 CE de reservar al Estado un entero sector económico, pues en ese caso el acceso de los particulares estaría completamente vedado. Por otro, porque no justifican debidamente la razón de la constitucionalidad de las prohibiciones absolutas de desarrollar económicamente determinadas actividades (p. ej., el co-

mercio de órganos humanos o la mediación en el mercado laboral). Y, en fin, porque acaban —o acabarían— por legitimar un intervencionismo público de alcance muy superior al previsto por el propio constituyente (es claro, p. ej., que el reducto de autonomía en la dirección de la empresa que el Estado está obligado a respetar es mucho más amplio en una empresa de alquiler de automóviles que en una empresa bancaria). En definitiva, el efecto de una delimitación del contenido esencial como la planteada puede ser el contrario al pretendido: no se garantiza el espacio individual inmune a la injerencia estatal, sino que se legitiman injerencias injustificadas. No estará de más recordar que, por otra parte, la propuesta es escasamente útil en cuanto que no proporciona criterios de enjuiciamiento de la legitimidad de la intromisión de los poderes públicos en la actividad económica privada [un ejemplo de cómo este tipo de argumentación no permite obtener resultados convincentes lo ofrece la STC 225/1993, de 8 de julio (FJ 3. B), en la que se enjuiciaba (con desenlace negativo) si la libertad para fijar el horario de apertura de una tienda forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa].

3. Un derecho como los demás

Para plantear rectamente la cuestión, parece oportuno volver a la discusión dogmática general acerca de si procede seguir una **concepción absoluta o relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Como es sabido, con arreglo a la concepción absoluta, el «contenido esencial» actúa como un «límite de los límites» de los derechos fundamentales, esto es, como una barrera que el legislador de los derechos fundamentales, cuando los limita, no puede traspasar sin incurrir en infracción de la Constitución. Por el contrario, la concepción relativa parte de la consideración de que el contenido esencial del derecho es elástico, con lo que en última instancia se confunde con el principio de proporcionalidad. La teoría absoluta conduce a

reducir el contenido del derecho (porque las facultades que puedan ser restringidas por el legislador no forman parte del contenido esencial) y a calificar todas las colisiones entre derechos como seudocolisiones (como un problema de delimitación adecuada de los ámbitos de los dos derechos en presunto conflicto).

En nuestra doctrina y jurisprudencia prevalece la concepción relativa del contenido esencial, que lleva a afirmar que el contenido esencial es lo que queda tras la ponderación. De esta forma, la libertad de empresa entendida como derecho fundamental se incardina limpiamente en la dogmática general de los derechos fundamentales. No hace falta decir que compartimos este planteamiento, y ello porque —como certeramente señala ALEXY— si se afirma que no hay ninguna razón basada en la protección de otro derecho fundamental o en cualquier bien o interés constitucional que justifique la restricción del derecho dentro del núcleo del contenido esencial, en realidad se está realizando una **ponderación** entre dicho contenido y las razones de protección del otro derecho en colisión y afirmando que dichas razones no son suficientes para restringir el derecho. Es mucho más «honesto y convincente» no otorgar protección constitucional argumentando que hay derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que exigen rechazar dicha protección que afirmar que no se protege la conducta de que se trate porque no forma parte del derecho.

4. La ponderación como método de escrutinio de las decisiones estatales restrictivas de la libertad

Partiendo de la premisa de que existen intereses públicos que justifican la adopción de medidas restrictivas de la libertad de empresa, todo el problema se sustancia en la debida aplicación del **juicio de proporcionalidad**, que conducirá a rechazar la medida como inconstitucional cuando se verifique que no era

adecuada, necesaria y/o proporcionada (*vid.*, fundamentalmente, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 66/1991, de 22 de marzo, y 75/1983, de 1 de marzo). El método de la ponderación y el juicio de proporcionalidad constituyen una exigencia derivada de la unidad de la Constitución, que reclama «salvaguardar al máximo la eficacia de los bienes constitucionales que se contraponen»; en el caso que nos ocupa, los fines de interés general perseguidos y la libertad de empresa. Si no se enjuiciara la actuación del legislador en su proporcionalidad, no habría forma de garantizar que «la vinculación del legislador a los derechos no va a resultar orillada mediante el sencillo refugio de seleccionar libérrimamente los medios» (MEDINA, 1996, 118).

La condición de adecuación exige **una evaluación comparativa entre medios y fines**: una medida es **adecuada** cuando es idónea para alcanzar el fin perseguido, lo que determina la inconstitucionalidad de aquellas medidas restrictivas que pretendan justificarse en función de un interés público que, razonablemente, no puede alcanzarse por esa vía. La condición de **necesidad** exige una evaluación comparativa entre medios: una medida es necesaria solo cuando no hay disponible otra menos restrictiva para alcanzar el fin perseguido con la misma eficacia (*vid.*, por todas, STC 66/1995, de 8 de mayo). La condición de proporcionalidad en sentido estricto se sustancia, en última instancia, en **una evaluación comparativa entre fines**: una medida es proporcionada solo cuando el fin perseguido con la restricción es más valioso constitucionalmente que el fin sacrificado, que es el protegido por la libertad de empresa. En otras palabras, este tercer filtro se superará cuando la relación entre la restricción de la libertad que la norma entraña y la protección del fin perseguido (y el valor de este) resulta aceptable, lo que significa que cuanto más intensa sea la restricción, mayor tendrá que ser el valor del interés que se pretende proteger y más intensa la necesidad y adecuación de la norma (*vid.* STS 2 de abril de 2002, LA LEY, 4441, sobre el ámbito de la libertad

de empresa). La ponderación o juicio de proporcionalidad se lleva a cabo mediante un ejercicio complejo de deliberación en el que se sopesan pros y contras o, si se prefiere, mediante análisis coste-beneficio de una determinada medida que, a falta de evidencia empírica y de una métrica cardinal que permita cuantificar los costes y beneficios, se realiza mediante una estimación cualitativa y ordinal. Decimos que el ejercicio es complejo porque exige un ir y venir de un nivel del juicio a otro.

La diferencia que se advierte entre la libertad de empresa y otros derechos fundamentales en este ámbito no es cualitativa, sino cuantitativa, y ello porque **las justificaciones que puede alegar el Estado para limitar la libertad de empresa son muy amplias**: prácticamente la totalidad de las tareas que justifiquen la calificación del Estado como «social» otorgan títulos de intervención en la actividad económica de los particulares (RUBIO, 1995, 442), incluyendo, por ejemplo, el mantenimiento del pluralismo en la prensa (asunto *Laura*, STJCE 26 de junio de 1997) o el mantenimiento del equilibrio financiero de un sistema de seguridad social (*vid.* asunto *Decaer*, STJCE 28 de abril de 1998).

5. La aplicación de la ponderación a la libertad de empresa: la doctrina de la graduación

Para la aplicación de la ponderación al escrutinio de las limitaciones estatales a la libertad de empresa es útil recordar la doctrina de la graduación o de los grados (*Stufentheorie*) formulada por el Tribunal Constitucional alemán en su famosa sentencia sobre las farmacias de 11 de junio de 1958. El punto de partida de su razonamiento estriba en la distinción entre **limitaciones** públicas que afectan al **ejercicio** de una actividad profesional o empresarial y **limitaciones** públicas que afectan a la libertad de **elección** de una profesión o empresa. Respecto de las primeras, el Tribunal Constitucional alemán afirmó que son le-

gítimas «siempre que consideraciones fundadas en el bien común lo hagan conveniente; la protección del derecho fundamental se limita a impedir que se impongan condiciones que deban considerarse inconstitucionales porque sean *desproporcionadamente gravosas e irrazonables*». Por el contrario, las limitaciones públicas que afecten a la libertad de elección de profesión o de empresa están sometidas a un grado de escrutinio más intenso. La libertad de elección solo puede ser limitada en la medida en que sea imprescindible para proteger intereses generales especialmente importantes. Si la injerencia en la libre elección se produce imponiendo requisitos para el acceso a una profesión o actividad empresarial, hay que distinguir entre requisitos subjetivos y objetivos. La legitimidad de los requisitos subjetivos (titulación, experiencia previa, «honorabilidad comercial», etc.) se supedita a que guarden proporción con el objetivo de asegurar que la actividad profesional o empresarial se desarrolla ordenadamente, que es lo que se pretende con ellos. Respecto de los requisitos objetivos de acceso a una actividad, «solo pueden justificarse cuando sean imprescindibles para evitar daños a intereses generales del más alto valor, daños verificables y cuya actualización sea muy probable».

Como se ha adelantado, la *Stufentheorie* no es sino una concreción del procedimiento de ponderación. No obstante, reviste un interés especial por su insistencia en el punto crítico de la ponderación: para que una regulación pública de la actividad empresarial privada sea legítima no basta con que sea adecuada y necesaria; es necesario, además, que los fines perseguidos por el poder público con dicha regulación tengan un **valor constitucional suficiente como para justificar la intromisión** (SSTC 11/1981, FJ 7; 22/1981, FJ 9; 66/1991, FJ 2; 3/1983, FJ 4). El fin perseguido debe ser digno de la limitación del derecho fundamental o, en palabras de ALEXY, debe tratarse de «intereses abstractamente del mismo rango» o, como suele decir el TJUE, debe tratarse de un «interés general que pueda preva-

lecer sobre las exigencias» de la libertad de empresa. En sentido contrario, parafraseando al Tribunal Constitucional alemán, puede afirmarse que no ha de procederse a la ponderación, cuando la restricción pretenda fundarse en un interés frente al cual la libertad de empresa merezca sin más la precedencia o prioridad. Por lo demás, el Tribunal Constitucional alemán concretó un criterio útil para la ponderación al distinguir entre limitaciones al ejercicio de la profesión y limitaciones al acceso. Aunque la distinción entre ambos conceptos no es siempre nítida, la experiencia muestra que normalmente constituye una injerencia más agresiva del derecho a la libre empresa una norma que limite subjetiva u objetivamente el acceso a una actividad económica que una norma que limite el ejercicio de la actividad.

VI. APLICACIÓN: RESTRICCIONES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES

1. Limitación de la libertad de empresa

Debe considerarse limitación a la libertad de empresa cualquier regulación que obligue a una persona a desarrollar una actividad; que le impida desarrollarla (p. ej., prestar o adquirir un servicio o producir, comercializar o adquirir un bien); que someta dichas actividades a la obtención de un permiso, licencia, autorización o concesión; que establezca las condiciones en que puede adquirirse o comercializarse el producto o servicio; que sujete la producción o prestación de servicios al cumplimiento de requisitos de cualificación personal y, en general, cualquier limitación de la libre competencia. Como hemos dicho más arriba, las **medidas liberalizadoras no pueden considerarse nunca contrarias a la libertad de empresa**, aunque, en casos extremos, puedan implicar una expropiación de los empresarios presentes en el sector y, por tanto, una injerencia en el derecho de propiedad (STS 2 de febrero de 1995, en relación

con una norma que reducía las distancias mínimas entre gasolineras). No es suficiente un juicio formal sobre el contenido de la norma, sino un **juicio material sobre los efectos que produce su aplicación**. Si la limitación efectiva es consecuencia de una aplicación de la norma basada en una determinada interpretación, será la interpretación (administrativa o judicial) la que merecerá, en su caso, el reproche de inconstitucionalidad. A lo anterior debe añadirse que la libertad de empresa se ejercita por cada uno *en competencia* con los demás, igualmente titulares del derecho a la libertad de empresa. Por tanto, una norma que proteja a competidores determinados es una norma que limita la libertad de empresa de los sujetos excluidos, lo que impone una justificación adecuada para su validez constitucional.

2. La inconstitucionalidad de las medidas restrictivas que no sirven a la realización de un interés general

En segundo lugar, hay que examinar si el legislador está persiguiendo un **fin legítimo** con la regulación en cuestión. La presencia de un mandato de optimización concurrente con la libertad de empresa es un requisito de legitimidad de la limitación. Por tanto, cuando las razones, declaradas o deducibles, de la restricción no puedan apoyarse en un derecho fundamental o en un interés general en el sentido del art. 128 CE, las medidas restrictivas serán inconstitucionales. Por eso son inconstitucionales las medidas restrictivas que tienen como finalidad proteger, en perjuicio de los competidores y/o de los consumidores, a determinados empresarios. Una medida que sacrifica la libertad de empresa en aras de la **protección de los empresarios** está injustificada constitucionalmente porque la protección de los empresarios de un sector no constituye, no ya un valor de rango comparable a la libertad de empresa, sino un valor que pueda perseguirse por el Estado (STS 31 de enero de

2001: nulidad de una norma contenida en la ordenanza municipal del mercado de abastos que prohibía la apertura de supermercados y tiendas de alimentación a menos de 200 metros del mercado; *vid.*, también, STSJ Cataluña 21 de diciembre de 2000, nulidad de la ordenanza municipal que reserva la instalación de carteles publicitarios al Ayuntamiento o a sus concesionarios; restricción en el acceso al turno de oficio a los abogados con despacho abierto en la provincia). Tampoco son admisibles constitucionalmente las medidas que **trasladan a los particulares las decisiones que corresponden a la autoridad pública** en cuanto generan, necesariamente, una posición de desigualdad entre la empresa pública y las privadas. Asimismo, son inconstitucionales las medidas que hacen recaer sobre un **empresario los «costes» de la actividad de otro** (STS 15 de julio de 1996). En tales casos, es probable que el interés general alegado para justificar la restricción de la libertad de empresa no sea más que encubrimiento del interés particular de los empresarios, temerosos de la entrada de nuevos competidores en su mercado. Tampoco son constitucionalmente legítimas las limitaciones a la libertad de empresa que se pretendan justificar en **intereses no generales**, como los de un sector de la economía (STC 109/2003, de 5 de junio) o el de los empresarios en general. Este fue el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad (en relación, eso sí, con el derecho de asociación) de la **adscripción** preconstitucional obligatoria de los empresarios a las Cámaras de Comercio y el deber subsiguiente de contribuir económicamente a su sostenimiento (*vid.* SSTC 179/1994, de 16 de junio; 139/1989, de 20 de julio; 132/1989, de 18 de julio; 113/1994, de 14 de abril; para la equivocada sentencia, a nuestro juicio, que legitima la constitucionalidad de la adscripción obligatoria, *vid.* la STC 107/1996, de 12 de junio). En nuestra opinión, la adscripción obligatoria de todos los empresarios a las Cámaras de Comercio no resiste un juicio de necesidad a la luz de las tareas de interés público asignadas a las Cámaras.

3. Aplicación del juicio de adecuación

Comprobado que el fin que se persigue es legítimo, debe llevarse a cabo el juicio de proporcionalidad. El enjuiciamiento constitucional de una regulación restrictiva de la libertad de empresa ha de comenzar por el juicio de adecuación de la norma, es decir, por comprobar que la medida restrictiva es **útil para el fin pretendido**. Resultan inconstitucionales por ser inadecuadas todas aquellas medidas restrictivas que, atendiendo a la experiencia y a las leyes económicas, no puedan lograr razonablemente y desde una perspectiva *ex ante* el objetivo pretendido y, especialmente, cuando la medida perjudica al interés o valor cuya realización se alega (*vid.* STC 109/2003, de 5 de junio; STJCE 17 de julio de 2008). Se comprenderá que, en general, queden descalificadas constitucionalmente las prohibiciones infundadas de estrategias competitivas, que a menudo aparecen disfrazadas de normas protectoras de intereses constitucionales (salud, seguridad pública, protección de los consumidores), pero que encierran la protección de intereses particulares en forma de ventajas competitivas aseguradas a unos pocos. Dado que el Estado no puede reconocer que la regulación se dicta para proteger a un determinado grupo de empresarios frente a la competencia, lo habitual es que se «vista» la regulación con indicaciones sobre la necesidad de proteger a los consumidores o la lealtad en la lucha concurrencial (*vid.* STJCE 17 de mayo de 2001, caso C-340/1999, *TNT Traco SpA*). También ocurre frecuentemente con las medidas que **limitan la libertad de empresa geográficamente**, bien prohibiendo el ejercicio de una profesión o una actividad empresarial en más de un establecimiento, o bien imponiendo deberes de residencia o presencia estable del empresario en el lugar donde presta sus servicios (*vid.* STJCE 16 de junio de 1992, rec. 13975; STC alemán de 13 de diciembre de 2000, *JZ* 2001). Estas medidas no resisten el juicio de adecuación porque no se ve en qué medida limitar la posibilidad de tener dos o más establecimientos puede salvaguardar el interés alegado («adecuada

atención a los clientes»). Del mismo modo, debe considerarse no superado el juicio de adecuación cuando el interés alegado como justificación de la medida restrictiva no resulta afectado por la conducta que se prohíbe (*vid.* conclusiones del Abogado General Geelhoed en el caso C-387/1999 y C-155/00, en donde se discutía la legitimidad de una normativa alemana que calificaba como medicamentos los complejos de vitaminas y minerales, con lo que estos quedaban sometidos a una regulación mucho más estricta que los productos en general; *vid.*, en relación con la obligación de solicitar una autorización para poder adquirir una participación significativa en una empresa energética, que se considera un medio desproporcionado para el fin aducido —garantizar el suministro energético—, la STCE 17 de julio de 2008 *Comisión c. España*: ni la adquisición de una participación significativa en una empresa pone en peligro, por sí sola, la seguridad del suministro, ni se puede garantizar el suministro exigiendo una autorización previa para estas adquisiciones, lo que demostraría que las razones aducidas por el legislador español para limitar la libertad de empresa —de inversión, en este caso— era, simplemente, falsa; si puede demostrarse que tales justificaciones son falsas, la inconstitucionalidad de la restricción está servida) o cuando el legislador se haya comportado de forma «incoherente» (caso *Debus*, C-13/1991, rec. I 3617, y la STJCE 25 de enero de 2007, asunto C-370/05): una norma danesa sujeta la adquisición de predios rústicos a la previa obtención de autorización administrativa, con la particularidad de que el otorgamiento de la autorización está vinculado al compromiso de residir en los terrenos adquiridos por tiempo indefinido. La norma no supera el estándar de adecuación, porque la medida restrictiva no sirve para garantizar el objetivo perseguido, toda vez que la obligación se limita a la residencia, y no alcanza a la explotación personal y directa de los terrenos agrícolas. Además, el objetivo de mantener la población tampoco se satisface en aquellos casos en los que el adquirente ya reside en ese ámbito rural y gestiona una explotación agrícola, ya

que, según hemos visto, la relación con el principio de igualdad es la más básica al enjuiciar la legitimidad de una limitación. Así, es inconstitucional, por ejemplo, prohibir la publicidad de determinadas actuaciones médicas en las cadenas de televisión nacional (alegando la protección de los consumidores) si se permite en las cadenas locales (*vid.* STJCE de 17 de julio de 2008, *Corporación Dermoes-tética*). Lógicamente, el respeto debido al legislador impide que los Tribunales puedan calificar de inadecuada una medida restrictiva por el hecho de que, a juicio del Tribunal, el Estado no haya logrado probar plenamente que la medida permite lograr la satisfacción del interés general. La presunción de constitucionalidad obliga a declarar inconstitucionales únicamente las restricciones en las que *pueda argumentarse de forma plausible que la norma es inidónea para conseguir dichos objetivos*.

4. Aplicación del juicio de necesidad de la medida

Es innecesaria una medida cuando existen opciones alternativas no restrictivas o menos restrictivas a disposición del poder público. Especialmente difíciles de justificar desde el criterio de la necesidad son las restricciones que otorgan a las Administraciones Públicas el derecho a decidir cuántas empresas puede haber en un sector determinado, ya que constituyen una restricción al acceso al ejercicio de la libertad de empresa. Cuando dichas limitaciones se deben, por ejemplo, a lo limitado del espacio radioeléctrico, la justificación es evidente. También pueden estar justificadas las **restricciones al número de empresas** como instrumento para garantizar un servicio público de modo universal (por ejemplo, cuando se limita el número de taxis en un municipio o cuando se organiza el transporte de personas a través de concesionarios de líneas regulares). No hay tal justificación, sin embargo, cuando la limitación del número de empresarios no resulta imprescindible para lograr los objetivos de protección de los con-

sumidores que, habitualmente, justifican la regulación de la actividad (*vid.* STS 15 de junio de 1992). En estos casos, una regulación de la competencia en el sector puede ser una medida menos restrictiva. También son discutibles las normas que **limitan el tamaño de las empresas** dedicadas a una determinada actividad, toda vez que difícilmente puede encontrarse un interés público que justifique que un determinado producto o servicio sea prestado por pequeñas empresas. La utilización, por ejemplo, del sistema de estancos como medio de distribución del tabaco es difícilmente compatible con una economía de mercado.

Igualmente inconstitucionales son las normas que imponen a todos los empresarios la **adscripción obligatoria** a una corporación (la Cámara de Comercio) según hemos visto. No lo ha considerado así el Tribunal Constitucional, que ha estimado legítima constitucionalmente la Ley 3/1993, que «modernizaba» la Cámaras de Comercio (*vid.* STC 107/1996, de 12 de junio). No se cumple el requisito de la necesidad porque el Estado dispone de formas menos gravosas de garantizar la realización de las funciones de interés público que se atribuyen a las Cámaras. Si el Estado considera que las funciones que hoy realizan las Cámaras de Comercio tienen carácter o interés público, se justificará la subvención pública de sus gastos, pero su financiación a través de la pertenencia impuesta a todos los empresarios constituye una medida innecesaria, en el sentido de que hay alternativas disponibles para el legislador menos gravosas para el derecho fundamental que la adscripción obligatoria. En relación con las **prácticas comerciales agresivas** que, a menudo, son criticables y dignas de ser reguladas porque afectan a la libertad de decisión del consumidor, a su intimidad personal y familiar, el juicio de necesidad conduce, normalmente a considerar inconstitucionales las prohibiciones genéricas y a salvar de tal juicio las regulaciones limitativas. Si el mercado dispone de los mecanismos suficientes para evitar el daño al otro interés constitucional porque, normalmente, al desarrollarse espontáneamente, el meca-

nismo de mercado no correrá el peligro de ser calificado de desproporcionado en sentido amplio. Así, si la gente se siente molesta con la publicidad por teléfono por lo que tiene de intrusiva, es probable que no adquiera productos o contrate servicios publicitados por esta vía, de forma que el productor «internaliza» los costes en forma de menos ventas. Una regulación que prohíba las llamadas a los números de teléfono cuyos titulares hayan expresado su rechazo por tal tipo de publicidad es una medida menos restrictiva que la prohibición sin más de cualquier publicidad telefónica. Sobre la «necesidad» de una medida que impone un capital mínimo elevado a las empresas de un sector, v. STJUE 10 de mayo de 2012.

5. Consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

Ha de argumentarse, por fin, que la medida no es desproporcionada en sentido estricto, es decir, que el sacrificio que impone a la libertad de empresa no es excesivo en relación con el beneficio que se obtiene para la mejor consecución del interés general que se pretende proteger con la norma restrictiva. Como dice BARAK, se trata de comparar el beneficio marginal para el objetivo perseguido con la restricción (la seguridad del Estado) y el daño marginal para el derecho fundamental restringido (la libertad de residencia, por ejemplo). Ha de tenerse en cuenta que la restricción desproporcionada puede ser imputable a la Administración o al órgano judicial que aplica la ley y no a la propia ley. Así, la valoración desproporcionada puede resultar del uso que hace la Administración o el legislador autonómico de una atribución de competencias realizada por el legislador nacional o de la interpretación administrativa de la norma legal que limita la libertad de empresa (*vid.* STS 13 de mayo de 1998). La desproporción puede derivarse, igualmente, no de la obligación impuesta para el ejercicio de una actividad, sino de las consecuencias (desproporcionadas) del incumplimiento de tal obligación (nulidad del contrato por omisión de un

requisito de forma). Por el contrario, la consideración de las circunstancias específicas del caso puede hacer proporcionada en particular una medida que no lo sería en general [*vid.* caso *Aher-Waggon*, C-389/1996 (1998), rec. I 4473]. En general, no son desproporcionadas las normas que imponen a las empresas una **forma jurídica** determinada, como ocurre, por ejemplo, con la forma sociedad anónima para las compañías de seguro o los bancos. También pueden soportar el juicio de proporcionalidad **las limitaciones u obligaciones de inversión o desinversión**. De este tipo se encuentran, por ejemplo, en las normas sobre control de concentraciones de la Ley de Defensa de la Competencia, que permiten al gobierno prohibir operaciones de concentración —limitando la inversión— y autorizarlas solo si se prometen determinadas desinversiones, por ejemplo, por parte del comprador (arts. 15 y ss. LDC), pero cada una de estas imposiciones está sometida, en concreto, al juicio de proporcionalidad, por lo que el Consejo de Ministros no puede imponer a las empresas que se concentran una medida más onerosa (prohibir la subida de precios) que la propuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia (notificar al TDC la subida) sin «demostrar» motivadamente que la propuesta por el TDC es insuficiente para lograr el mantenimiento de la libre competencia en el mercado (*vid.* STS 2 de abril de 2002, LA LEY 4441), ya que, por su consustancialidad con la libertad de mercado, las medidas que limitan la libertad de precios son, frecuentemente, desproporcionadas (STS 2 de abril de 2002, LA LEY 4441). Las **limitaciones subjetivas para el ejercicio de una actividad empresarial** existen, sobre todo, en relación con las actividades profesionales cuyo análisis corresponde al derecho a la libre elección de profesión u oficio. Existen, no obstante, muchas limitaciones en el ámbito de las actividades empresariales. Por ejemplo, en el ámbito bancario. La protección de los depositantes y de la estabilidad del sistema financiero justifican suficientemente este tipo de regulación que incluye limitaciones que van desde la utilización obligatoria de la forma sociedad anónima has-

ta requisitos de honorabilidad para los administradores (Directiva 2000/12/CE y RD 1245/1995, de 14 de julio). Sin embargo, la **reserva de actividad** a determinadas empresas puede ser desproporcionada si se extiende a la realización **no habitual** de dichas actividades (art. 7 RD 867/2001, de 20 de julio; BOE 7 de agosto). También requieren un escrutinio muy intenso las normas que **limitan objetivamente el acceso a la actividad empresarial** porque conduce, normalmente, a la inconstitucionalidad de aquellas medidas restrictivas que tienen como efecto la atribución de rentas monopolísticas a un pequeño número de empresarios a costa de excluir del mercado a la práctica totalidad de los ciudadanos. Si estas medidas superan el juicio de igualdad (las rentas monopolísticas se distribuyen con arreglo a criterios no discriminatorios), el juicio de adecuación (reservar el mercado a unos pocos viene exigido por los intereses generales) y el juicio de necesidad (no puede lograrse la protección eficaz de dichos intereses generales «abriendo» más el mercado), todavía serán inconstitucionales si la protección del interés general se hace a costa de privar del acceso a una actividad a toda la población y no se trata de un interés general absolutamente prevalente, lo que es especialmente grave cuando dicha actividad es la principal ocupación de un determinado tipo de profesional. Tanto en la jurisprudencia nacional como comunitaria, el argumento que ha salvado este tipo de medidas se encuentra, precisamente, en el razonamiento que está detrás de preceptos como el art. 86.2 del Tratado de la Unión Europea: **asegurar la viabilidad económica de las em-**

presas que prestan el servicio proporcionándoles rentas monopolísticas a cambio de que asuman la prestación del servicio, también, cuando resulta ineconómico hacerlo, con lo que el problema se traslada al juicio de necesidad en el sentido de determinar si no existe una forma menos restrictiva de asegurar la prestación del servicio a toda la población.

Una medida restrictiva de la libertad de empresa puede ser inconstitucional si afecta de forma sensiblemente diferente a unos y otros empresarios que participan en el mismo mercado. La violación del art. 14 CE es suficiente para justificar la inconstitucionalidad de tales medidas. Lo que sucede es que, a menudo, el efecto de tales medidas es muy diferente sobre los empresarios que **ya están en el mercado y los que pretenden acceder a él**. Así, por ejemplo, una prohibición de publicidad es más lesiva para los abogados que entran en el mercado —y necesitan darse a conocer— que para los que ya están presentes en él. La prohibición de vender conjuntamente dos tipos de servicios o productos perjudica especialmente a las empresas que se han especializado en la producción de ambos servicios, etc. Las consecuencias indemnizatorias de las restricciones de la libertad de empresa no pueden descartarse, de modo que si, por ejemplo, se impide el ejercicio de su actividad a un empresario por razones de interés nacional (cierre de la frontera por motivos políticos), el empresario afectado individualmente podrá exigir la indemnización correspondiente de la Administración (*vid.* STS 20 de mayo de 2003, LA LEY 2514).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., Madrid, 1993.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado», *ADC*, 1997-I, págs. 155-186.

— «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *RDM*, núm. 233, 1999, pág. 959.

- «La organización y funcionamiento democráticos de las asociaciones», *Derecho Mercantil*, 2012/18, disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/07/la-organizacion-y-funcionamiento.html>
- «Las personas jurídico-públicas no son titulares del derecho al honor (ni de ningún derecho fundamental)», *Derecho Mercantil*, 2016, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2016/06/las-personas-juridico-publicas-no-son.html>
- «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado», *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en <http://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-la-ley-unidad-mercado/>

ARAGÓN, M., «Constitución económica y libertad de empresa», en *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, págs. 1 y ss.

BAÑO, J. M.^a, «La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público», *RAP*, núm. 200, 2016, págs. 295 y ss.

BARAK, A., «Proportionality and Principled Balancing», *Law and Ethics of Human Rights*, 4 (1):1-16, 2010.

BRYDE, B. O., «Artikel 12 Grundgesetz -Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit», *NJW*, 1984, págs. 1277 y ss.

CANARIS, K. W., *Verfassungs-und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, Fs. P. Lerche, Munich, 1993, págs. 873 y ss.

CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Madrid, 2006.

CRUZ VILLALÓN, P., «Derechos fundamentales y legislación», en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1999.

FREIXES, J., «Libertad de expresión y publicidad comercial en los Estados Unidos de América», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, 1994, págs. 53 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, núm. 89, 1996, pág. 72.

HUERGO LORA, A., «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones con empresas públicas», *RAP*, núm. 154, 2001, págs. 129 y ss.

KLUTH, W., «Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages», *AöR*, 122, 1997.

KRÖGER, D., «La propiedad privada como derecho fundamental en la Unión Europea», en BARNÉS, J. (Coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad: la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado: Unión Europea, Convenio europeo de derechos humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, 1996, págs. 89-123.

KUMM, M., «What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», en ALEXY, R., PAULSEN, G., PAVLAKOS (Eds.), *Law, Ri-*

ghts, *Discourse: Themes Of The Work*, Hart, 2007, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952034>

- «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, 4(2), 2010.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», en AA. VV., *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, págs. 45 y ss.

MÖLLER, K., «Proportionality and Rights Inflation» (June 1, 2013), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2272979>

- «Dworkin's Theory of Rights in the Age of Proportionality», *Law & Ethics of Human Rights*, 12, 2017, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2981003>

ORTEGA, J., «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Unidad de Mercado», en *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en <http://almacenderecho.org/comentario-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-la-ley-unidad-mercado/>

OSSENBÜHL, F., «Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz», *AöR*, 115, 1990, págs. 1 y ss., esp. pág. 6 (existe traducción española en la *REDC*, 1991, págs. 9-44).

PAZ-ARES, C., «Voz "Derecho de sociedades"», *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid, 1995, págs. 2251 y ss.

PAZ-ARES, C. y ALFARO, J., «Ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje a L. Díez-Picazo*, vol. IV, Madrid, 2003, págs. 5971 y ss.

PRIETO SANCHÍS, L., «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *Derecho y Proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, págs. 201 y ss.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «La Directiva de servicios y la libertad de empresa», *El Cronista*, núm. 7, 2009, págs. 46 y ss.

- «La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿Garantía de la libertad económica o proscripción del proteccionismo?», *REDE*, núm. 35, 2010, págs. 365-408.
- «*Mercado interior y Directiva de servicios*», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 42, 2011, págs. 257 a 293.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, 2000.

RUBIO LORENTE, F., «La libertad de empresa en la Constitución», en *Estudios Menéndez*, Madrid, 1995, I, págs. 431 y ss.

SCHOLZ, R., en MAUNZ/DURIG, *Grundgesetz Kommentar*, II, Munich, 1981, art. 12.

TETTINGER, P. J., «Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht», *AöR*, 108, 1987.

— «Wettbewerb in den freien Berufen- berufsgrundrechtliche Aspekte», *NJW*, 1987, pág. 294.

ZÖLLNER, W., *Die Privatrechtsgesellschaft im gesetztes- und Richterstaat*, Colonia, 1996.

**DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL
Y ECONÓMICA [ARTS. 39 A 52]**

Artículo 39

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

Sumario: I. Protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1). 1. Concepto de familia y diversos tipos de convivencia. 2. Familia y diferentes tipos de convivencia. 3. Paridad de trato: las familias de hecho no matrimoniales. 4. Los modos de protección de las familias. 5. Protección jurídica de la familia. II. Protección integral de los hijos, igualdad de estos ante la ley, con independencia de su filiación (art. 39.2). 1. Igualdad de los hijos ante la ley. 2. Adopción. 3. Sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución. 4. Concurrencia de hijos no matrimoniales no reconocidos y adoptivos. III. Protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39.2). 1. Permisos por maternidad/paternidad. IV. Deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda (art. 39.3). 1. Horarios laborales. 2. Relaciones paterno-filiales. Secuestro de menores. 3. Circunstancias que impiden el ejercicio de las obligaciones paterno-filiales. V. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4). El interés del menor. 1. Interés del menor en general. 2. El interés del menor en el derecho de visitas. 3. Interés del menor en relación con situaciones conflictivas de los progenitores. 4. Interés del menor y cumplimiento del Convenio de La Haya: devolución de menores al progenitor a quien corresponde la guardia y custodia.

ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS
MAGISTRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
MAGISTRADA JUBILADA DEL TRIBUNAL SUPREMO
CATEDRÁTICA JUBILADA DE DERECHO CIVIL

El art. 39 CE no está protegido por el recurso de amparo. Sin embargo, las reglas que establece esta disposición señalan los principios constitucionales por los que debe regirse no solo la legislación, sino también la actuación de los Tribunales, que deben utilizarlos para la resolución de los conflictos en Derecho de familia.

No son pocas las novedades que se han producido desde la última edición de estos comentarios. Las más importantes se refieren a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuyo encaje debe situarse en el comentario del art. 32 CE, pero que es conveniente recoger aquí también. Por otra parte, la cada vez mayor necesidad de establecer normas protectoras de la maternidad, y protectoras de la infancia a través de la necesidad de definir el interés del menor, ha desplazado muchos de los conflictos constitucionales referidos a filiación, investigación de la paternidad, etc., que se han resuelto ya, y las sentencias capitales se recogen en la edición anterior, a la que debe dirigirse el lector para completar el panorama de la constitucionalidad de las normas reguladoras de las situaciones familiares y las sentencias que resuelven los conflictos.

Debe ponerse de relieve que algunos problemas relacionados con principios reconocidos en el art. 39 CE se han planteado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en sus diferentes aspectos, o bien por vulneración del art. 14 CE, del derecho a la igualdad, que aparece también repetido como principio rector del sistema constitucional de la familia en el propio art. 39 CE. Es cierto que el conjunto de elementos protectores de la familia, o lo que puede considerarse que constituye el derecho constitucional de familia, se halla disperso en diversas disposiciones, que incluyen aspectos distintos que vienen a completarse mutuamente. Así, desde el propio art. 14 CE, hay que citar el art. 15 CE, protector del derecho a la vida y la integridad física y moral, que incluye la protección contra la violencia en-

tre familiares; el art. 18.1 CE, que garantiza la protección del «derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»; el art. 32 CE, que reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y así hasta llegar al art. 39 CE.

I. PROTECCIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LA FAMILIA (ART. 39.1)

1. Concepto de familia y diversos tipos de convivencia

La sentencia más importante de este período es la STC 198/2012, de 6 de noviembre, relativa a la constitucionalidad de la reforma del Código Civil, producida en 2005, que admite la validez del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Los argumentos que ahora interesan por referirse al art. 39 CE, niegan la equiparación entre matrimonio y familia cuando dice que «debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente». Porque si bien el Tribunal no ha definido nunca el concepto de familia que se utiliza a nivel constitucional, «ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen».

En un sentido parecido y a los efectos de definir lo que desde el punto de vista fiscal debe entenderse como «unidad familiar», la STC 19/2012, de 15 de febrero, considera que a los efectos de la protección de la familia «la convivencia es y ha sido, no solo el elemento definidor del concepto de “unidad familiar” (cónyuges con hijos menores que no vivan independientes de los padres, y padre o madre y los hijos menores que convivan con uno u otro), sino el elemento determinante para ajustar la tributación (vía deducción en cuota o vía reducción en base)»; sin embargo, esta

concepción no es la que parece mantener la sentencia, porque señala que «De la misma manera que el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de la familia a la que tiene su origen en el matrimonio [...], ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia [...], es evidente que la familia a la que manda proteger el art. 39.1 CE nada tiene que ver con el hecho físico de la convivencia entre los miembros que la integran, de modo que no es posible admitir que el progenitor que no vive con sus descendientes, pero que mantiene, por imposición legal o judicial, la obligación de prestarles asistencia de todo orden, quede excluido por esta circunstancia del ámbito de protección que exige aquel precepto constitucional».

2. Familia y diferentes tipos de convivencia

Debemos volver a la STC 198/2012. En su FJ 5 dice que «son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992) y sobre todos, los hijos, a los que debe protegerse con independencia de que hayan sido o no concebidos en el matrimonio, de que se haya producido cualquier caso de extinción de la relación matrimonial o hasta incluso cuando se haya privado de la patria potestad al progenitor». En este mismo sentido, la STC 41/2013, de 14 de febrero, que se examina más adelante.

Una sentencia importante relativa a la regulación de las parejas de hecho la constituye la STC 93/2013, de 23 de abril. En ella se declara la inconstitucionalidad de la Ley foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estable. En ella se confirma la diferencia entre matrimonio y convivencia extramatrimonial, que históricamente ha encontrado en cada caso, «el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida». Las diferen-

cias relativas a la formalización solemne del matrimonio «impiden su equiparación conceptual», de donde se deduce la competencia del Parlamento de Navarra para regularlas. A continuación, en el FJ8 la STC 93/2013 destaca los diferentes tipos de familias de hecho, entre las que incluye las convivencias estables *more uxorio* e incluye aquellas que históricamente se encontraban con impedimentos legales para contraer matrimonio, ya fueran por no poder disolver la anterior unión, ya sea por tratarse de personas del mismo sexo. En la actualidad, la decisión de constituir uno u otro tipo de unión está ligada al libre desarrollo de la personalidad, por lo que el legislador no puede imponer ninguna opción.

3. Paridad de trato: las familias de hecho no matrimoniales

La problemática relativa a la paridad de trato entre diferentes tipos de familias se centra en el reconocimiento y obtención de la pensión de viudedad por parte de parejas no casadas, a la que se añade ahora las parejas de hecho del mismo sexo que no pudieron obtener dicha pensión porque no tenían acceso al matrimonio. Por ello debemos distinguir diferentes supuestos:

A) *Parejas de hecho que no habían contraído matrimonio en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, es decir, el causante de la pensión.* Es conocida la doctrina de este Tribunal que, a partir de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, declaró que el matrimonio y la convivencia de hecho no eran realidades equivalentes y que, en consecuencia, el legislador podía negar la pensión de viudedad. Sin embargo, la Ley 40/2007, que modificó dichas pensiones y acordó reconocerlas no solo al cónyuge, sino también al conviviente de hecho, introdujo la disposición adicional 3.^a, que permite reclamar la pensión que no ha sido reconocida en el momento del fallecimiento del cónyuge causante por impedirlo la ley; estableció un periodo de tiempo durante el cual podían reclamarse, así

como los requisitos para ello. Los requisitos eran: (i) que el causante, que debía reunir los requisitos de alta y cotización, no hubiera podido causar derecho a la pensión de viudedad; (ii) convivencia ininterrumpida como pareja de hecho durante seis años como mínimo antes del fallecimiento; (iii) que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes, y (iv) que el beneficiario no tuviera reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. En estas circunstancias, se presenta una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la interpretación del tercero de los requisitos, referido a la existencia de hijos comunes, por si pudiera ser discriminatorio. A esta conclusión llega la STC 41/2013, porque entiende que la Ley 40/2007 «no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho como factor determinante del excepcional acceso retroactivo a la pensión, sino la existencia o inexistencia de descendencia común, biológica o adoptiva» y ello porque «se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus compañeros sean de distinto o del mismo sexo», y ello al margen [...] de que el requisito sea o no de imposible cumplimiento, muy especialmente para las parejas de personas del mismo sexo. En consecuencia, considera inconstitucional la cuestionada disposición adicional 3.^a de la Ley 40/2007 por vulnerar el principio de igualdad, porque por una parte «no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión», sino que, además, conduce a un resultado desproporcionado porque impide a determinados supérstites de parejas de hecho acceder a la protección dispensada con dicha pensión, «por ser de imposible cumplimiento la exigencia de haber tenido hijos comunes». Aplican esta doctrina, entre otros, la STC 81/2016, de 25 de abril, y el ATC 11/2016, de 19 de enero.

Otro de los problemas sobre igualdad que derivan de la reforma de la Ley General de la Seguridad Social de 2007 es el relativo a la exigencia de la inscripción en un registro de las parejas que no han contraído matrimonio

para poder acreditar su existencia a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad. La cuestión arranca en la STC 40/2014, de 11 de marzo, en la que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 174.3 LGSS, porque «introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las Comunidades Autónomas». Por tanto, se deben cumplir los requisitos establecidos en el art. 174.4 LGSS, con independencia de la legislación civil que regule las relaciones entre los convivientes. En el mismo sentido se pronuncia la STC 51/2014, de 7 de abril.

B) *Parejas de hecho que no podían casarse en el momento del fallecimiento de uno de los convivientes.* La STC 92/2014, de 10 de junio, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad interna sobre el art. 174.1 LGSS; los convivientes fallecieron antes de la entrada en vigor de la ley que permitió el matrimonio de personas del mismo sexo, por lo que no pudieron obtener la pensión de viudedad. Alegaron entonces que se había producido una discriminación por razón de orientación sexual y alegaron que, dada la prohibición legal de contraer matrimonio, los convivientes *more uxorio* homosexuales no podían adquirir la condición de cónyuges. El Tribunal aplica la doctrina de la STC 92/2014 en otros supuestos, como ocurre en el ATC 129/2016, de 21 de junio.

C) *Los divorciados y la pensión compensatoria.* El art. 174.2 LGSS establece que «el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil,

esta quedara extinguida por fallecimiento del causante». En el caso de la STC 79/2015, de 30 de abril, se planteó un caso en el que había acordado entre los cónyuges una «pensión de alimentos»; sin embargo, el TC considera que, al tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad, el juez proponente no había identificado el precepto del que dependiera el fallo. Por ello se inadmitió.

4. Los modos de protección de las familias

El primer párrafo del art. 39 establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. En este sentido las últimas sentencias se han ocupado de algunos temas relacionados con los dos últimos aspectos de la protección.

A) *Protección económica.* La STC 19/2012, de 15 de febrero, se pronunció sobre la constitucionalidad de la exigencia del requisito de la convivencia entre el progenitor obligado al pago de los alimentos y los hijos a cargo, para poder gozar de la reducción por el mínimo familiar por descendientes en el IRPF. Después de fijar que el hecho de la convivencia física no tiene que ver con la familia, a la que manda proteger el art. 39.1 CE, señala que «no es posible admitir que el progenitor que no vive con sus descendientes pero que mantiene, por imposición legal o judicial, la obligación de prestarles asistencia de todo orden [...] quede excluido del ámbito de protección que exige aquel precepto constitucional». En consecuencia, aunque son posibles diferentes formas de organizar la protección económica, debe considerarse que no es constitucional permitir la reducción del IRPF solamente a aquel progenitor que convive con el descendiente, porque deja fuera del ámbito de protección a aquellos contribuyentes que «prestan asistencia económica a sus descendientes», solo por el hecho de no convivir con ellos.

Del mismo modo, la STC 77/2015, de 27 de abril, consideró que se había vulnerado el de-

recho a la igualdad en el deber de contribuir, en conexión con el principio de protección económica de la familia. Se trataba de unos contribuyentes que tenían la condición de familia numerosa, pero que habían obtenido el título que les acreditaba como tales posteriormente a la adquisición de la finca, si bien cumplían los requisitos en el momento de la compra. Al pedir que se les aplicaran los beneficios fiscales correspondientes a su condición de familia numerosa, se les negaron por no estar en posesión del título acreditativo. La STC 77/2015, en su FJ 3, dice que «Los poderes públicos vienen obligados a asegurar la protección económica de la familia (art. 39.1 CE), y, aunque, desde el punto de vista constitucional, tan válida es la opción legislativa dirigida a garantizar su protección a través de medidas de naturaleza tributaria como de cualquier otra naturaleza, sin embargo, si el legislador opta por garantizar la protección económica de la familia previendo la aplicación de un tipo reducido por la adquisición de la vivienda habitual de la familia numerosa, debe hacerlo “sin establecer discriminaciones injustificadas entre sus potenciales destinatarios, al tratarse a fin de cuentas, de la igualdad de todos ante una exigencia constitucional —el deber de contribuir o la solidaridad en el levantamiento de las cargas públicas—” (SSTC 57/2015, de 14 de marzo, FJ 4, y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5)». En consecuencia, el Tribunal ampara a estos contribuyentes por haber «impedido servir a la finalidad constitucional de asegurar la protección económica de la familia (art. 39.1 CE), en este caso, de la familia numerosa».

5. Protección jurídica de la familia

Aparte de las sentencias ya citadas, que en realidad incluyen también criterios jurídicos de protección, en el aspecto concreto de la protección jurídica hay que destacar que esta finalidad se obtiene aplicando los arts. 14 y 24 CE, es decir, por medio del reconocimiento de la lesión del derecho a la igualdad y de la tutela judicial efectiva. En este sentido pue-

den resultar interesantes las SSTC 118/2014, de 8 de julio, y 128/2014, de 21 de julio, ambas pronunciadas en recursos de amparo en que se reclamaba la lesión de dicho derecho a los efectos de obtener la justicia gratuita. El art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia gratuita, exige que no se supere el límite establecido para el salario mínimo interprofesional de la unidad familiar, no de cada uno de sus miembros. Las sentencias rechazan que se haya producido ninguna de las vulneraciones alegadas en relación al derecho a la igualdad, porque, aplicando la jurisprudencia del mismo TC, «el criterio objetivo y general de fijar el límite de la gratuidad plena en el doble del salario mínimo interprofesional resulta plenamente razonable y proporcional al fin perseguido», lo que permite litigar a quienes no llegan a dicho límite y se supone que permite a los demás afrontar los gastos que ocasiona el litigio.

II. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS HIJOS, IGUALES ESTOS ANTE LA LEY, CON INDEPENDENCIA DE SU FILIACIÓN (ART. 39.2)

Superada la polémica sobre la problemática relativa a la investigación de la paternidad y la interpretación de la negativa a la realización de la prueba biológica (aunque STC 177/2007, de 23 de julio), en este periodo han surgido conflictos relacionados con la aplicación del Convenio de La Haya en relación con el secuestro internacional de menores. Se hace, sin embargo, un resumen de las sentencias más importantes.

1. Igualdad de los hijos ante la ley

Aparte de los temas relacionados con el Derecho sucesorio, de los que me ocupo en un apartado distinto, resulta interesante la STC 271/2015, de 17 de diciembre, que declara constitucional un precepto de la Ley valenciana 6/2009, que a los efectos de la admisión en plazas de centros docentes públicos no uni-

versitarios, computa al *nasciturus*. Se trata de una sentencia fundamentalmente competencial y el TC señala que el precepto que se cuestiona «no introduce una regla general y abstracta sobre el modo de contar los miembros que componen una familia, que venga a modificar los requisitos para tener la condición de familia numerosa», sino solo una regla particular en los procesos de petición de plazas escolares.

2. Adopción

La cuestión más importante planteada ante el Tribunal se refiere a la constitucionalidad de la modificación del Código Civil en 2005 (Ley 26/2005, de 28 de julio), que admitió en el art. 175.4 la adopción conjunta por ambos cónyuges y por parejas no casadas; al haber admitido la validez del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, la consecuencia era que la interpretación de dicho artículo permitía la adopción por cónyuges o miembros de una pareja de hecho del mismo sexo. Impugnado este artículo, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, en aplicación del interés del menor, considera que «el mandato de protección de la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE) [...] no queda incumplido por la opción que realiza en este caso el legislador [...]». La más importante afirmación de esta sentencia consiste en la negación de que el ordenamiento reconozca un derecho a adoptar y además, la necesidad de proteger el interés del menor en los procedimientos de adopción, que nada tiene que ver con la orientación sexual de los progenitores y que permite al juez denegar la adopción cuando no sea conveniente para el interés del adoptando. Estas razones centran los argumentos que llevan al TC a estimar constitucional el mencionado art. 175.4 CC.

En relación con la necesidad de que concurren todos los consentimientos requeridos para la validez de la adopción, la STC 58/2008, de 28 de abril, estimó un recurso de amparo interpuesto por la madre biológica por la si-

tuación de indefensión que le produjo no haber sido oída en el procedimiento de adopción de su hijo, a pesar de haber manifestado su no asentimiento a la adopción.

3. Sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución. Concurrencia de hijos no matrimoniales no reconocidos y adoptivos

En este apartado deben considerarse dos tipos de cuestiones planteadas ante el Tribunal, todas ellas con fundamento en la proclamada igualdad de los hijos ante la ley, establecida en los arts. 14 y 39.2 CE. La primera se refiere al tratamiento desigual, a juicio del Tribunal, que el art. 123.3 de la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, del Derecho civil de Galicia, da a los alimentos debidos a los hijos de matrimonios anteriores del causante, al regular el usufructo voluntario de viudedad. La STC 171/2012, de 4 de octubre, concluye que resulta discriminatoria «la diferencia de trato que el mencionado precepto establece, en cuanto al eventual derecho a percibir alimentos con cargo al usufructo y el correlativo deber de prestarlos que pesa sobre el usufructuario, entre los descendientes que lo fueren solamente del fallecido y los que el precepto denomina comunes, esto es, del causante y del cónyuge superviviente beneficiario del usufructo, pues excluye a aquellos del mencionado derecho reconoce únicamente a los segundos». Se produce, en consecuencia, un tratamiento distinto a los descendientes del causante, cuya única diferencia se encuentra en la relación de ambos grupos con el usufructuario.

El otro ámbito se encuentra en el reconocimiento de derechos hereditarios a quienes han llegado a tener la categoría de hijos con posterioridad a la apertura de la sucesión, producida esta antes de la entrada en vigor de la Constitución. Se trata del recurso de amparo resuelto en la STC 105/2017, de 18 de septiembre. La recurrente fue declarada hija no matrimonial años después de la muerte de su

padre, producida en enero de 1978, es decir, antes de la entrada en vigor de la CE. La sentencia niega que se haya producido una discriminación y negó la inconstitucionalidad de la disposición transitoria del Código Civil, introducida con la reforma de 1981, que ordena aplicar la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión. En un sentido algo diferente, la STC 9/2010, de 27 de abril, aplicando la doctrina del caso *Pla Puncernau c. Andorra* del TEDH, consideró discriminatoria la interpretación efectuada por el juez de una cláusula testamentaria que estableció una sustitución fideicomisaria excluyendo a los hijos adoptivos. Acordó la referida STC 9/2010 que «al fundar la desestimación de la pretensión de las recurrentes en su condición de hijas adoptivas, les ha dispensado un tratamiento discriminatorio contrario al art. 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 39.2 CE».

III. PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS MADRES, CUALQUIERA QUE SEA SU ESTADO CIVIL (ART. 39.2)

La exigencia de la protección a las madres se ha seguido manifestando en el ámbito laboral. En las sentencias que se resumen a continuación se han tratado los temas de la baja laboral por maternidad, a la que se han unido las reclamaciones de los padres y los horarios de trabajo, para ajustarlos a la necesidad de conciliación laboral.

1. Permisos por maternidad/paternidad

Las dos sentencias pronunciadas en este periodo sobre la baja por maternidad se refieren a la discriminación que aparentemente sufrirían los hombres al no poder acceder al permiso de paternidad en las mismas condiciones que las mujeres.

La STC 75/2011, de 19 de mayo, se pronuncia sobre la constitucional del art. 48.4 del Texto

Refundido del Estatuto de los Trabajadores, después de la redacción dada por la Ley 39/1999, especialmente en lo referente al ap. 2.º, que permite a la madre ceder al padre una parte del periodo de descanso post parto, siempre que ambos, padre y madre, trabajen. Para resolver la cuestión, la sentencia utiliza diversos argumentos: (i) el primero se refiere a la naturaleza de la baja por maternidad (FJ 8), que conecta con la necesidad de «preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una incorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales»; (ii) dicho precepto no es contrario al art. 14 CE, porque tanto «el embarazo como el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE», por lo que las ventajas constituyen una discriminación positiva y no pueden considerarse discriminatorias para el hombre, como antes habían dicho ya otras sentencias del Tribunal, de donde, (iii) no puede afirmarse que todas las ventajas otorgadas a la mujer sean discriminatorias por el hecho de no dejar participar al hombre.

Sin embargo, nada impide al legislador que el padre se incorpore, porque siendo un derecho de la mujer, puede ceder el periodo «voluntario» de descanso, si lo considera oportuno, al padre, siempre que este sea también trabajador, sometido a la Seguridad Social. Lo que no puede hacerse si ella no es trabajadora por cuenta ajena. Por este motivo, el antiguo art. 48.4 LET, vigente en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, no era contrario ni al art. 14, ni al art. 39, ambos de la Constitución.

La misma doctrina se repite en la STC 152/2011, de 29 de septiembre, que cuestiona una disposición de la Ley gallega 4/1988, de función pública de Galicia, que cita la STC 75/2011.

IV. DEBER DE LOS PADRES DE PRESTAR ASISTENCIA DE TODO ORDEN A LOS HIJOS HABIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO, DURANTE SU MINORÍA DE EDAD Y EN LOS CASOS EN QUE LEGALMENTE PROCEDA (ART. 39.3)

1. Horarios laborales

De manera independiente a la petición de los permisos de maternidad/paternidad, algunos progenitores plantean reclamaciones relacionadas con cambios de turno en el horario laboral, alegando la necesidad de cuidar a los hijos. La serie empieza con la STC 3/2007, ya comentada en la anterior edición. Después de esta sentencia se pronuncian las SSTC 24/2011, de 14 de marzo, y 26/2011, de 14 de marzo, resolviendo recursos de amparo. En el primero, una trabajadora pedía ser adscrita permanentemente al turno de mañana y aducía que, al denegárselo, se había vulnerado, por su condición de mujer, el disfrute de un derecho íntimamente ligado a la conciliación de la vida familiar y laboral. En la segunda, un trabajador reclamaba por la lesión de sus derechos a la no discriminación por razón de sexo y a la tutela judicial efectiva, por habersele negado la petición de realizar horario nocturno durante un curso académico, para atender a sus hijos. En el primer caso, el TC niega el amparo por entender que no se han vulnerado los derechos alegados ni se puede aplicar la doctrina establecida en la STC 3/2007 por tratarse de situaciones diversas.

En cambio, en la STC 26/2011 se estimó el recurso del trabajador, aplicando la doctrina de la STC 3/2007, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: (i) la no discriminación por razón de sexo y «el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39) ha de prevalecer» y, además, servir de orientación en los casos de duda; (ii) no existe ponderación en las sentencias recurridas, porque no se ha valorado si la negativa de asignarle un trabajo nocturno constituía un obstáculo para la

compatibilidad de la vida familiar y laboral. En consecuencia, se resuelve el amparo a la vista de la ponderación de las circunstancias personales y familiares.

2. Relaciones paterno-filiales. Secuestro de menores

El TC ha tenido que resolver problemas nuevos, relacionados con el cumplimiento de los deberes de los progenitores, en aquellos casos en que uno de ellos impide que el otro pueda cumplir con sus obligaciones. Se trata, por regla general, de casos en los que como consecuencia de una situación de crisis matrimonial, uno de los progenitores incumple las medidas acordadas judicialmente, reteniendo al hijo menor en su residencia.

La STC 127/2013, de 3 de junio, alega la vulneración del art. 39.1, 2 y 4 CE, porque en un caso de progenitores residentes en España y Bélgica, respectivamente, se discutía sobre quién debía ostentar la guarda y custodia de la menor y el régimen de visitas. Baste decir aquí que se deniega la existencia de secuestro internacional.

La STC 16/2016, de 1 de febrero, es un caso de secuestro internacional de menores, ya que la madre, residente en España, no cumplió con la obligación de entregar la hija al padre, residente en Suiza, después de unas vacaciones. Después de analizar el interés de la menor, que se examinará en el apartado siguiente, se entra en el Convenio de La Haya, de 1980 y examina las excepciones que en dicho Convenio se establecen respecto a la devolución de los menores y se centra en la falta de ponderación en las sentencias recurridas sobre la llamada «integración del menor en su nuevo medio», criterio que considera relevante y que lleva a la estimación del recurso de amparo, porque «la situación de integración de la menor, por exigencia del principio del interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase en conjunto de las circunstancias

como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada».

3. Circunstancias que impiden el ejercicio de las obligaciones paterno filiales

La situación penal o de irregularidad del progenitor puede producir la imposibilidad de ejercer correctamente las obligaciones paterno filiales. Ello es lo que puede ocurrir con el cumplimiento de la pena de alejamiento (STC 79/2010, de 26 de octubre, por ejemplo). También resulta un argumento utilizado en cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con dicha pena (SSTC 81/2010, de 3 de noviembre; 82/2010, de 3 de noviembre; 83/2010, de 3 de noviembre, y 84/2010, de 3 de noviembre).

Mayor interés tiene la STC 186/2013, de 4 de noviembre. Se había acordado la expulsión de España de una mujer argentina, que tenía una hija menor de edad. Se declaró que es jurisprudencia reiterada que en España no está en vigor el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH. Se dice que «es jurisprudencia constitucional reiterada [...] que “el derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex* art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna [...]». De este modo, «los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su voluntad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx., verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue [...]».

Otro de los temas importantes en este punto se refiere a la negativa a la renovación de permisos de residencia de extranjeros, que puede afectar a menores de edad. En la STC 46/2014, de 17 de abril, se exige que en la denegación de los citados permisos se ponderen las circunstancias excepcionales que concurren en cada caso, entre ellas, la protección social, económica y jurídica de la familia, de modo que hay que tener en cuenta «el arraigo familiar».

V. LOS NIÑOS GOZARÁN DE LA PROTECCIÓN PREVISTA EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES QUE VELAN POR SUS DERECHOS (ART. 39.4). EL INTERÉS DEL MENOR

Como se afirmaba en la anterior edición de estos comentarios, la entrada en vigor de los acuerdos internacionales relativos a la protección de los menores y su ratificación por España ha comportado que el principio del interés del menor sea utilizado de forma natural en las decisiones que deben adoptarse relacionadas con menores de edad. Cosa distinta es el concepto que el Tribunal tiene de lo que debe ser el contenido del «interés del menor». La STC 127/2013, de 3 de junio, se refiere a dicho principio, aunque sin definirlo, diciendo que es «un principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales». Un intento de definir el interés del menor se encuentra en la STC 16/2016, de 1 de febrero, que obliga a tener en cuenta circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual [...] y la escolarización.

Aquí se recogen aquellas sentencias que utilizan este principio.

1. Interés del menor en general

La primera sentencia de este periodo se refiere al carácter vinculante del informe del

Ministerio Fiscal en atribución de la guarda y custodia compartida no pedida por ambos progenitores. En la STC 185/2012, de 17 de octubre, se declaró la nulidad parcial del art. 92.8 CC que supeditaba al informe favorable del Ministerio Fiscal la adopción del régimen de guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad. Allí se afirma que «el interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional [...]», por lo que «[...] la previsión normativa que exige el informe del Ministerio Fiscal *ex art.* 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida».

La STC 198/2012, de 6 de noviembre, en relación a la constitucionalidad de la adopción de menores de edad por parejas de personas del mismo sexo, señala que el interés del menor debe ser preservado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39.4 CE. No habiendo un derecho fundamental a adoptar, el ordenamiento jurídico prevé mecanismos para la preservación del interés del menor en el proceso de adopción, «garantía contemplada también en el art. 21 de la Convención de los derechos del niño [...]», por lo que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional configura como prevalente el interés superior del menor en los procedimientos de adopción. Señala, en consecuencia, que si la legislación no hubiera adoptado este interés como prevalente, sería contraria a la Constitución la legislación que permite la adopción. Pero «el juez que conoce del procedimiento de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor, sea cual sea el motivo y después de una correcta valo-

ración, que se realiza en el procedimiento reglado pertinente».

2. El interés del menor en el derecho de visitas

La STC 127/2013, de 3 de junio, plantea un caso complejo relacionado con la competencia internacional, en el que era de aplicación el Reglamento 2201/2003; la interpretación que el TC efectúa del interés del menor en el Convenio de La Haya lleva a la declaración de licitud de la retención de la hija menor en España. Aquí se planteaba un problema de ponderación de los intereses del menor con los del progenitor en el contraste entre la sentencia española sobre los derechos de visita del padre y los del menor. Siendo este un caso muy puntual, la sentencia difícilmente puede considerarse adecuada para formar jurisprudencia.

El principio del interés del menor se utiliza también en la STC 138/2014, de 8 de septiembre, en que se reconoció a los abuelos el derecho a relacionarse con sus nietos. En el FJ 3 y «examinada desde el canon de razonabilidad [...] reforzado con el principio del interés del menor», la sentencia que se recurre en amparo se considera falta de la adecuada ponderación al trasladar el mismo régimen de visitas para los progenitores no custodios a los abuelos, «sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores», por lo que la STC 138/2014 declara que esta absoluta falta de ponderación «torna a la resolución dictada en infundada».

3. Interés del menor en relación con situaciones conflictivas de los progenitores

La STC 46/2014, de 7 de abril, fue dictada en un caso de denegación de un permiso de revocación de trabajo y residencia en España a un padre extranjero con antecedentes penales; en el recurso contra la denegación, el in-

teresado alegó que tenía a dos hijos menores de edad bajo su guarda y custodia. La STC 46/2014 consideró que existían elementos excepcionales en el caso que hubieran debido ser tenidos en cuenta por la Administración, «al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas» sobre derechos del niño. Aquí se tienen en cuenta para otorgar el amparo, además de determinadas circunstancias del propio interesado, «el arraigo familiar [...] y que atañen, en fin, a dos menores (uno de los cuales es español, ambos son de corta edad, pues nacieron en 2002 y 2003, por lo que tenían 5 y 6 años en el momento de la solicitud, y están parcialmente bajo su custodia, dependiendo además económicamente de su pensión de alimentos)». En este sentido, la STC 186/2013, ya reportada, contiene una solución distinta.

4. Interés del menor y cumplimiento del Convenio de La Haya: devolución de menores al progenitor a quien corresponde la guarda y custodia

La STC 16/2016, de 1 de febrero, ya reportada, plantea una interesante situación relativa a la aplicación del principio del interés del menor en relación a la retención ilegal en España de una menor por parte de su madre después de acabado el periodo de vacaciones. En el FJ 6, la sentencia proclama que el criterio a tener en cuenta en cada caso consiste en «[...] el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable» (téngase en cuenta que este es el criterio establecido en el art. 2.4 de la LO 1/1996, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio). La STC 16/2016 resuelve la cuestión principal, relativa a la denuncia de la vulneración del art. 24.1 CE, por falta de motivación de la sentencia que pro-

dujo el mencionado vicio, según el recurrente y concluye los siguientes argumentos: (i) que la finalidad del procedimiento establecido en el Convenio de La Haya sobre restitución del menor no prejuzga los derechos de custodia del mismo, que deben discutirse en otro procedimiento y por el Tribunal competente; (ii) que pueden existir factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño, que deben ser tenidos en cuenta por el Tribunal; (iii) estos factores deben ser evaluados conforme al art. 8 CEDH, y (iv) entre estos factores hay que tener en cuenta «la integración del menor», que constituye «un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin

del Convenio y de conformidad con sus previsiones», de acuerdo con lo que establece expresamente el art. 12 del Convenio de La Haya. De este modo, en el caso resuelto por la STC 16/2016, el TC concluye que «la situación de integración del menor, por exigencia del principio del interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual [...] y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España», lo que lleva a la insuficiencia de motivación. Por lo que el Tribunal debe examinar todas las causas alegadas como excepción al retorno del menor.

Artículo 40

1. *Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.*

2. *Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.*

Sumario: I. Economía, pleno empleo y política social. II. Los objetivos generales de la política económica. III. La política de empleo. IV. La formación y readaptación profesionales. V. La seguridad e higiene en el trabajo. VI. La limitación de la jornada laboral. VII. Las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

IGNACIO MATÍA PRIM

INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
PRESIDENTA EMÉRITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

I. ECONOMÍA, PLENO EMPLEO Y POLÍTICA SOCIAL

1. El ap. 1 del art. 40 CE encomienda a los poderes públicos promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica, así como

realizar, de manera especial, una política orientada al pleno empleo. Este precepto forma parte de lo que el Tribunal ha denominado «**Constitución económica**», expresión que recoge el voto particular a la STC 37/1981, de 16 de noviembre, señalando que «el concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, di-

cho de otro modo, para el orden del proceso económico», añadiendo más adelante que «la Constitución económica contenida en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y solo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos». Más tarde, el Tribunal Constitucional ha resaltado cómo «en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”, y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional (arts. 40.1, 130.1, 131.1, 138.1)» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1).

La jurisprudencia constitucional insistirá en «la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado» (SSTC 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3; 64/1990, de 5 de abril, FFJJ. 2 y 3; 133/1997, de 16 de julio, FJ 4; 108/2014, de 26 de junio, FJ 5).

2. El último de los enunciados del ap. 1 del art. 40 CE encomienda a los poderes públicos realizar «de manera especial» una política

orientada al pleno empleo. Con ello el constituyente conecta los principios de política económica del ap. 1 con los principios estrictamente socio-laborales del ap. 2, entre los que figuraba este de la política de empleo en el art. 35 del Anteproyecto constitucional, sirviendo así de enlace entre la Constitución económica y la **Constitución social**. En realidad el objetivo del pleno empleo puede entenderse como una concreción del mandato dirigido al logro de una distribución más equitativa de la renta, dado que la desigualdad más esencial en nuestras sociedades es la que se produce entre quienes tienen un empleo y quienes carecen de él. La inclusión final de este objetivo en el ap. 1 del art. 40 CE refleja, en todo caso, la vinculación existente entre la política de empleo y la política económica, aunque es también claro que el diseño constitucional de la política de empleo no se manifiesta solo en esta conexión, sino, también, en la que establece el ap. 2 con la exigencia de formación y readaptación profesionales, o en las que contemplan la atención a grupos con dificultades específicas de colocación, como los discapacitados, a los que se refiere el art. 49 CE, exigiendo de los poderes públicos que les amparen especialmente en el disfrute de los derechos que la CE otorga a todos los ciudadanos, entre ellos, evidentemente, el derecho al trabajo, o los jóvenes, respecto de los que el art. 48 CE demanda a los poderes públicos que promuevan las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social y económico y cultural (MARTÍN VALVERDE, 1980).

3. La Constitución ha asumido como fundamento del **Derecho del trabajo** la situación de desequilibrio del trabajador en el mercado y en el contrato de trabajo y la necesidad de su corrección o reequilibrio mediante una combinación de instrumentos reguladores públicos (RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, 2003, 533). Como recordó el Tribunal Constitucional, la especificidad del Derecho del trabajo «se asienta sobre una **desigualdad originaria entre trabajador y empresario** que tiene su fundamento no solo en la distinta

condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación», constituyéndose así «como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales» (STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3).

La amplitud de los contenidos laborales de la Constitución, aparte de poner de manifiesto su modernidad, descubre la relevante posición que el Derecho del trabajo ocupa en la norma constitucional. Fruto de ello es, sin duda, tanto la frecuencia del planteamiento ante el Tribunal Constitucional de cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho del trabajo, como el hecho de que el Tribunal haya elaborado algunas de sus más relevantes construcciones constitucionales al hilo de estas cuestiones, determinando una suerte de proceso de «**laboralización del Derecho constitucional**» subsiguiente al proceso de constitucionalización histórica del Derecho del trabajo, hasta el punto de haberse podido afirmar que el Tribunal Constitucional es, en amplia medida, «un Tribunal Constitucional del Trabajo» (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 2006, 832).

La Constitución ha supuesto también una cierta redefinición del **papel de las Administraciones Públicas en las relaciones laborales**. El reconocimiento de la libertad de empresa y de un amplio catálogo de derechos individuales y colectivos de los trabajadores, algunos de ellos con el carácter de fundamentales, ha propiciado un claro retroceso de la tradicional tutela administrativa en las relaciones laborales, adquiriendo, por el contrario, mayor relevancia las intervenciones conectadas con la satisfacción de objetivos como los recogidos en el art. 40 CE: la política de empleo, la formación profesional y la prevención de riesgos laborales. Junto a la

Seguridad Social (art. 41 CE), estas actuaciones constituyen hoy en día el campo de acción básico de las Administraciones Públicas en las relaciones laborales (MARTÍN JIMÉNEZ y CHARRO BAENA, 2003).

4. Se ha resaltado que los principios rectores de la política social y económica integran el **nivel mínimo de la tutela constitucional**, en la medida en que su protección queda diferida al momento de promulgación de las leyes de desarrollo y a sus propios términos (PALOMEQUE LÓPEZ, 1991, 96). Se caracterizan, así, tales principios porque solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, si bien su reconocimiento, respeto y protección deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, según establece el art. 53.3 de la Constitución, precepto «que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6). O, en otros términos, «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE» (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11; 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2; 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5).

Los principios rectores carecen, así, de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracterizan a los derechos fundamentales, aunque tienen el valor constitucional expresado, orientando la acción de los poderes públicos, «todos ellos sin distinción», al proyectarse también con el alcance señalado sobre las competencias de las Comunidades Autónomas (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13). Sin embargo, para valorar su verdadero alcance no puede olvidarse que la Constitución, desde el primero de los artículos hasta su disposición final, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento

hasta que no sean objeto de desarrollo, 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» (STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; en el mismo sentido, STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1). No en vano tales principios constituyen **manifestación del Estado social y democrático de Derecho** del art. 1.1 CE, al igual que el mandato del art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6).

No obstante, como ha recordado también el Tribunal Constitucional, los principios rectores tienen una naturaleza muy diversa, de acuerdo con su propio enunciado constitucional (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13). En el caso del art. 40 CE, la propia heterogeneidad de los contenidos cubiertos dificulta una valoración uniforme de su grado de eficacia. Así, algunos de sus mandatos, en particular los recogidos en el ap. 1, poseen un contenido muy genérico y abstracto, por lo que su exigibilidad jurídica resulta problemática. Pero, junto a ello, el precepto enuncia una serie de objetivos vinculados a la consecución del pleno empleo y a la mejora de las condiciones de trabajo que pueden desplegar una mayor eficacia, tanto por la forma en que se hallan tipificados, que garantiza unos contenidos relativamente precisos, como por el hecho de constituir la concreción de exigencias que se derivan del reconocimiento de otros derechos (derecho al trabajo y a la promoción a través del trabajo, derecho a la vida y a la integridad física). Al menos respecto de aquel núcleo de su contenido que viene prefigurado por el reconocimiento constitucional de otros derechos, la tipificación como principios rectores de tales objetivos (la formación y readaptación profesionales, la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, el res-

peto al descanso necesario), más que restarles eficacia como derechos, les añade la exigencia a los poderes públicos de orientar su actividad hacia realizaciones más ambiciosas que las estrictamente requeridas para la garantía del derecho subyacente (URIASTE TORREALDAY, 2004, 43-80). El propio Tribunal Constitucional ha reconocido esta **conexión entre principios rectores y derechos fundamentales** al señalar que, aun cuando la naturaleza de estos principios hace improbable que una norma legal pueda ser considerada inconstitucional por omisión, «no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cfr., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida» (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4).

En cuanto normas dirigidas especialmente al legislador los principios rectores son **preceptivos o vinculantes** bajo un doble aspecto: imponen la emanación de las disposiciones legislativas necesarias para alcanzar los fines perseguidos por el precepto constitucional de referencia (aspecto impositivo) y prohíben legislar en sentido contrario a sus propios términos (aspecto impeditivo), quedando abierta la vía del recurso de inconstitucionalidad (PALOMEQUE LÓPEZ, 1991, 97). Los poderes públicos «deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores» (STC 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10), aunque su naturaleza «hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender aisladamente considerada el mandato a los poderes públicos, y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios en especial se concreta» (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Y, desde el punto de vista de la práctica judicial, el Tribunal ha reiterado

que el desconocimiento por las resoluciones judiciales dictadas en aplicación de las leyes de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que consagran los principios rectores les hace incurrir en la falta de fundamentación en Derecho y en la ausencia de justificación y razonabilidad vulneradora del art. 24.1 CE (SSTC 126/1994, de 25 de abril, FJ 5; 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 203/2000, de 24 de julio, FJ 4; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7).

Los principios rectores también presentan una **conexión directa con las reglas de reparto competencial** entre el Estado y las Comunidades Autónomas: en concreto, los recogidos en los arts. 49 y 50 CE con la competencia del Estado de 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 (art. 149.1.1.^ª) para el fomento de políticas de asistencia social por parte del Estado que tengan conexión directa con la promoción de la igualdad, así sobre personas con discapacidad (SSTC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4; 18/2016, de 4 de febrero, FJ 7; 18/2017, de 2 de febrero, FJ 4).

II. LOS OBJETIVOS GENERALES DE LA POLÍTICA ECONÓMICA

1. Junto a una llamada a la promoción del progreso económico y social, que por su abstracción carece de excesivas connotaciones prácticas, el ap. 1 del art. 40 CE enuncia los dos referentes básicos de la política económica a desarrollar por los poderes públicos: el objetivo de la **redistribución de la renta**, tanto con carácter general como territorial, y el objetivo del **pleno empleo**. La exigencia de una distribución más equitativa de la renta implica, de una parte, que el constituyente estima que la distribución actual es injusta o, al menos, no lo suficientemente equitativa; de otra, que corresponde a los poderes públicos una función de intervención dirigida a influir en la asignación de la riqueza. Por ello, este

objetivo no constituye en realidad sino una manifestación concreta de la definición social del Estado y del principio de igualdad sustancial consagrado en el 9.2 CE (URIARTE TORREALDAY, 2004).

Se recoge con ello un **mandato de intervención** de los poderes públicos en la actividad económica que, junto a otros contenidos en la Constitución (la racional utilización de los recursos del art. 45; la promoción del bienestar mediante un sistema de servicios sociales del art. 50; la regulación del comercio del art. 51; la modernización y el desarrollo de los distintos sectores económicos con el objetivo de la equiparación del nivel de vida del art. 130; la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución del art. 131; la exigencia de realización efectiva del principio de solidaridad y la necesidad de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio nacional del art. 138; la necesidad de medidas específicas de corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales del art. 158), delimitan y matizan el régimen constitucional de la propiedad privada y la libertad de empresa de los arts. 33 y 38 CE, excluyendo, mediante la definición constitucional de determinados objetivos de carácter económico y social a los que debe orientarse la acción de los poderes públicos, una actitud de abstención y desentendimiento del Estado por la marcha de la economía, que abandone su gobierno a la mano invisible del mercado (ALBERTÍ ROVIRA, 2004).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, «la Constitución reconoce un derecho a la **propiedad privada** que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes

objeto de dominio esté llamada a cumplir», de suerte que «la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido», debiéndose recordar que «el art. 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, “en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad”, al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa”, así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen “por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”; o que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la “modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería.”. Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2). Mientras que el principio de **libertad de empresa** se garantiza y protege en el art. 38 CE «de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 5).

2. El art. 40.1 CE constituye así uno de los pilares básicos en la definición por la Constitución de la **dimensión social del Estado** (PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, 2003). Su importancia ha sido reconocida por el Tribunal en numerosos pronunciamientos referidos a ámbitos muy diversos de la acción de los po-

deres públicos. Así, como manifestación de la unidad del orden económico en función de la existencia de objetivos fijados en la propia Constitución que requieren de la adopción de medidas aplicables con carácter general en todo el territorio [SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 11/1984, de 2 de febrero, FJ 5; 96/1984, de 19 de octubre, FJ 3; 64/1990, de 5 de abril, FJ 3; 135/1992, de 5 de octubre, FJ 5; 133/1997, de 16 de julio, FJ 4.B), y 96/2002, de 25 de abril, FJ 11]. Como principios —de igualdad material y solidaridad— que no suponen por sí mismos la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas, pero que vinculan a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias, y no solo al Estado (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 11, y 13/2007, de 18 de enero, FJ 7), sin que este pueda desentenderse de tales deberes, pues, aunque las Comunidades Autónomas están también obligadas a velar por su propio equilibrio territorial y por la realización del principio de solidaridad, corresponde al Estado garantizar el equilibrio económico mediante una política económica general (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8). En relación con la competencia estatal para el establecimiento de incentivos económicos regionales, como plasmación del principio de solidaridad del art. 2 CE (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1), teniendo en cuenta que el art. 40.1 CE, si bien no es una norma atributiva de competencias, sí introduce, en su generalidad («los poderes públicos»), un primer elemento de legitimidad del legislador estatal, lo que no excluye, sin embargo, por el mismo fundamento y obligación de los poderes públicos recogidos en el art. 40 CE, toda intervención económica de las Comunidades Autónomas mediante subvenciones u otro género de ayudas que repercutan de algún modo en la circulación de industrias por el territorio nacional, que resultarían legítimas en base al principio de solidaridad y a la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso económico y social (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5), siempre que se pondere en cada caso su compatibilidad con la unidad del mer-

cado. En relación con la red estatal de carreteras, como instrumento de equilibrio interterritorial (STC 65/1998, de 18 de marzo, FJ 7). En referencia a la regulación del precio de venta del carbón a las centrales térmicas, como instrumento de estabilización sectorial y de fomento del empleo (STC 25/1989, de 3 de febrero, FJ 3). Legitimando la limitación del incremento de las pensiones de cuantía más elevada, como manifestación del principio de solidaridad «una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados» y en atención al deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa teniendo en cuenta la limitación de los recursos (SSTC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5, y 100/1990, de 30 de mayo, FJ 2). Como consideración necesaria a la hora de delimitar el contenido esencial del derecho de propiedad, en razón de su función social (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 8, y 89/1994, de 17 de marzo, FJ 4). Como exigencia en la distribución del Fondo de Compensación Interterritorial, teniendo en cuenta el deber de los poderes públicos de lograr una distribución más equitativa de la renta regional y personal (STC 250/1988, de 20 de diciembre, FJ 3), pero sin que la determinación de los porcentajes a aplicar sea susceptible de valoración por el Tribunal salvo en caso de que su distribución fuese manifiestamente incompatible con la finalidad señalada (SSTC 250/1988, de 20 de diciembre, y 13/2007, de 18 de enero, FJ 5). Como referencia necesaria a la hora de fijar los criterios de subvención de los centros docentes, teniendo en cuenta, entre otras, la exigencia de una distribución más equitativa de la renta regional y personal y la limitación de los recursos disponibles (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11). Como criterios y circunstancias económicas a valorar en la articulación de las medidas del sistema de Seguridad Social en orden a la protección de estados de necesidad (SSTC 65, 66 y 67/1990, de 5 de abril, FJ 9, y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 5). Como objetivo de estabilidad

que puede justificar el establecimiento por el Estado de topes vinculantes para las Comunidades Autónomas en el incremento retributivo del personal del sector público (SSTC 24/2002, de 31 de enero, FJ 5; 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4; 171/1996, de 30 de octubre, FJ 2; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11). Como enunciación de «fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados» cuya consecución legitima el establecimiento de impuestos y medidas extrafiscales, para la consecución de ciertos fines constitucionalmente protegibles (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, y 186/1993, de 7 de junio).

3. Sin llegar a recoger de forma expresa la tesis de la **neutralidad económica**, de esta línea jurisprudencial se deduce en todo caso que la Constitución no ha consagrado un determinado modelo que pueda convertirse por sí mismo en parámetro de valoración de la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos. La mayor parte de los derechos, principios y declaraciones que conforman la Constitución económica están redactados con un amplio propósito de flexibilidad y de indeterminación, quedando así configurada una «**Constitución económica abierta**» (BASSOLS COMA, 1992), no predictiva de modelos económicos fijos. Ello no significa, sin embargo, que dentro de la Constitución quepa cualquier modelo económico, por lo que la actuación económica de los poderes públicos deberá valorarse, desde una perspectiva jurídico-constitucional, por referencia a las diversas y concretas normas que en la materia contiene la Constitución, entre ellas las normas finalistas que bajo la forma de mandatos contempla el capítulo de principios rectores de la política social y económica y, entre ellos, los del art. 40 CE (ALBERTÍ ROVIRA, 2000).

III. LA POLÍTICA DE EMPLEO

1. La obligación de los poderes públicos de desarrollar una política orientada al pleno empleo constituye la formulación constitu-

cional por la que pasa la satisfacción del derecho al trabajo del art. 35.1 CE en una economía de mercado (MARTÍN VALVERDE, 1980). En palabras del Tribunal Constitucional, «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un **doble aspecto: individual y colectivo**, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8).

2. Se ha resaltado que la declaración contenida en el art. 40.1 CE presenta numerosas **limitaciones**, que solo parcialmente pueden superarse mediante una labor sistemática e integradora del texto constitucional, como la que efectúa el Tribunal Constitucional en la STC 22/1981 ya citada. De una parte, las limitaciones derivadas de su propia ubicación sistemática, que lo configura más como una norma programática y orientadora que fundamentadora de un auténtico derecho subjetivo. Aun cuando no se trate de una delegación en blanco al legislador ordinario (MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, 2002), es lo cierto que este, aunque vinculado por la doble dimensión impositiva e impositiva propia de los principios rectores, cuenta dentro de dichos parámetros con un gran margen de actuación para dotar de contenido específico a dicho mandato. En segundo lugar, las que se deducen del análisis de su estructura normativa, cuya redacción carece de la concreción necesaria para identificar un compromiso de desarrollo preciso y jurídicamente exigible y

en la que la utilización de la expresión indeterminada «una» presupone la posibilidad de elección por el legislador entre varias políticas de empleo posibles, lo que, si bien resulta coherente con el respeto al pluralismo político como valor superior del ordenamiento, hace difícil imaginar una política de empleo que pueda ser considerada contraria al mandato constitucional, como la jurisprudencia constitucional ha demostrado. En última instancia es claro que, en una economía de mercado que reconoce la libertad de empresa y en la que la oferta de trabajo reside básicamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es libre y no viene determinada, aunque pueda ser impulsada y fomentada, por los poderes públicos, el objetivo del pleno empleo no deja de ser un «desiderátum escurridizo e inasequible» (PALOMEQUE LOPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 2007, 109), según reconoce el propio texto constitucional al identificar de manera inmediata la situación de desempleo como el estado de necesidad más cualificado al que debe ofrecer protección el régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE). Desde luego, es objetivo prioritario de «**toda política de empleo**» que el trabajador despedido pueda acceder, lo antes posible, a un nuevo puesto de trabajo (STC 6/2011, de 14 de febrero, FJ 4).

3. Pese a ello no puede dejar de destacarse el indudable protagonismo político y el gran desarrollo legislativo alcanzado en estos cuarenta años por la política de empleo, hasta llegar a confirmar el nacimiento y consolidación de una nueva rama del Derecho social, «el **Derecho del empleo**». Sin embargo, como en otros ámbitos a los que aludiremos posteriormente, este desarrollo no responde solo —ni quizá principalmente— al propósito de avanzar en el cumplimiento del mandato constitucional, sino también a los compromisos adquiridos en el seno de la Unión Europea y, más en concreto, a la necesidad de aprovechar adecuadamente los recursos del Fondo Social Europeo. La culminación hasta la fecha de este proceso se ha producido con la aprobación de la Ley de Empleo (texto re-

fundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), que constituye el eje fundamental vertebrador de la acción de los poderes públicos requerida en el art. 40.1 CE.

4. A pesar de la referencia expresa a los poderes públicos en el art. 40.1 CE no puede considerarse, sin embargo, que sean exclusivamente estos los llamados a desarrollar de una política orientada al pleno empleo. Como en el terreno de la formación profesional al que aludiremos en seguida, los **interlocutores sociales** ocupan aquí una posición privilegiada, reconocida constitucionalmente (art. 37.1 CE), contando con una amplia habilitación para ocuparse de cuestiones relacionadas con el empleo, tanto en lo que se refiere a su creación como a su mantenimiento, con capacidad de afectar, incluso, al contenido del derecho al trabajo y a la libertad empresarial de contratación. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales» (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 5).

En la jurisprudencia constitucional, la manifestación más reiteradamente analizada de este poder de la negociación colectiva para incidir en las relaciones individuales de trabajo desde criterios de política de empleo ha sido, precisamente, el de las **cláusulas de jubilación forzosa** (SSTC 22/1981, de 2 de julio; 58/1985, de 30 de abril; 95/1985, de 29 de julio; 111/1985, de 11 de octubre; 280/2006, de 9 de octubre, y 341/2006, de 11 de diciembre), que no han constituido propiamente para el Tribunal Constitucional instrumentos de una política de pleno empleo, sino de «reparto o redistribución de trabajo» (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 9). Esta facultad de la negociación colectiva no deriva, en palabras del Tribunal, de una habilitación expresa del legislador a los agentes sociales, sino que constituye «una expresión o manifestación propia derivada

del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE)» (STC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6). No se trata, sin embargo, de una facultad incondicionada. Como recuerda la STC 280/2006, las condiciones que el Tribunal Constitucional ha definido para considerar justificado, sin afectación de los arts. 14 y 35 CE, el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado son, básicamente, que la medida esté vinculada a un objetivo de política de empleo, dirigido a garantizar una oportunidad de empleo a la población en paro y sin suponer, en ningún caso, una amortización del puesto de trabajo, y que quede asegurada la cobertura social del trabajador afectado con su acceso a la pensión de jubilación, a fin de que «no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado» (STC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6).

El Tribunal Constitucional, que había considerado constitucionalmente legítima una política de empleo basada, con condiciones, en la jubilación forzosa ha entendido que también lo es «**otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo** de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia, de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios», política que «encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales», entre los que se encuentra el de «garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del sistema nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose “el incremento de los déficits públicos, como consecuencia de los mayores pagos de prestaciones y en especial de las pensiones por jubilación” (Pacto de Toledo)». La Ley 3/2012, de 6 de julio, reformadora de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que había declarado «nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios co-

lectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y el alcance de dichas cláusulas», recibió su conformidad con la Constitución de la STC 8/2015, de 22 de enero, al «quedar justificada sobradamente la incidencia que supone en la libertad de estipulación de las partes» colectivas, sin vulnerar, por ello, los arts. 37.1 y 28.1 CE [FJ 10.a)]. La ley puede limitar el poder de autorregulación colectiva excluyendo de su ámbito de actuación la jubilación forzosa, pues «la determinación tanto de la edad como de los efectos de la jubilación en orden a la eventual extinción de la relación laboral es una materia que, en principio, pertenece al ámbito propio de la ley, por estar en juego el ejercicio del derecho al trabajo (art. 35.1 CE)», que impone también que «el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socio-económicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador» (*ibid.*).

5. La posible **afectación o limitación de derechos fundamentales individuales**, de la vertiente individual del derecho al trabajo y otros, **y del derecho a la negociación colectiva laboral y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1) con base en criterios de política de empleo**, de la dimensión colectiva del derecho al trabajo, o, en general, de política económica, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional con carácter general [SSTC 22/1981, FF.JJ. 8 y 9; 119/2014, de 16 de julio, FJ 3.A.c)] y en ámbitos muy diferentes, exigiendo que esa limitación sea justificada y proporcionada a su fin constitucionalmente legítimo, que lo proporciona el mandato del constituyente a los poderes públicos de realizar una política dirigida al pleno empleo (art. 40.1), por sí solo o en relación con otros preceptos constitucionales «económicos» y, señaladamente, con el

art. 35.1 en su dimensión colectiva. Así, para justificar la legislación sobre incompatibilidades en el sector público, ámbito en el que ha reconocido que tratar de lograr una mejor distribución del empleo público con el consiguiente efecto final favorable para quienes se hallen en una posición menos ventajosa en el mercado de trabajo no solo no es contrario a la Constitución, sino ajustado a esta, aunque puedan derivarse restricciones para quienes disfrutan, o pudieran hipotéticamente disfrutar, de más de un empleo (SSTC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3; 42/1990, de 15 de marzo, FJ 4, y otras posteriores). O para conectar con la vertiente colectiva del derecho al empleo la regulación legal de las decisiones empresariales de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de reducción de jornada, o las medidas sociales de acompañamiento a los procesos de reestructuración y ajuste empresarial (STC 213/2005, de 21 de julio, FF.JJ. 6 y 9). O para convalidar una norma autonómica que impide a los farmacéuticos ser titulares de más de una oficina, lo que satisface la dimensión colectiva del derecho al trabajo al permitir el acceso al trabajo de otros farmacéuticos (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 16), efecto de acceso al empleo de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad que, en cambio, no resulta de la prohibición por norma autonómica de la participación en los procedimientos de adjudicación de autorización de una nueva oficina de farmacia a los farmacéuticos que tuvieran más de sesenta y cinco años (STC 63/2011, de 16 de mayo, FF.JJ. 4 y 5, y numerosas ulteriores). O para justificar las condiciones de concesión de licencias municipales para la instalación de quioscos de prensa que excluyen a las sociedades a fin de facilitar la ocupación laboral en régimen de autonomía, lo que resulta razonable desde objetivos de fomento del empleo (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 5). Para declarar la legitimidad constitucional de medidas de congelación salarial de los funcionarios públicos (SSTC 222/2006, de 6 de julio, y 178/2006, de 6 de junio) o el establecimiento de límites retributivos en el sector público (SSTC 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24

de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 171/1996, de 30 de octubre; 103/1997, de 22 de mayo, y 62/2001, de 1 de marzo). En fin, para legitimar distintas medidas introducidas por la Ley reformadora laboral 3/2012: la duración del periodo de prueba de un año «en todo caso», en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, regla legal de derecho necesario absoluto y por ello indisponible por la negociación colectiva, que «pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 40.1 CE» [SSTC 119/2014, FJ 3.A).f); 8/2015, FJ 3.b); 140/2015, de 22 de junio, FJ 2]; la intervención arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o de a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, para la solución de los conflictos sobre la inaplicación de los convenios colectivos a la empresa o «descuelgue», instada unilateralmente por cualquiera de las partes, «ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España» y de «garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE) mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE)» [SSTC 119/2014, FJ 5.A).a); 8/2015, FJ 5.b)]; la imposición legal de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales en relación con determinadas materias y la declaración de indisponibilidad dicha prioridad para los acuerdos interprofesionales, justificada igualmente en la satisfacción del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40.1 CE) [SSTC 119/2014, FJ 6.a); 8/2015, FJ 6.a)]; o la modificación sustancial por el empresario de las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos «extraestatutarios», limitación del derecho constitucional a la negociación colectiva

que «persigue el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado» para procurar el mantenimiento del empleo, «atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)» [STC 8/2015, FJ 4.a)].

Por el contrario, el Tribunal se ha mostrado muy reticente a la hora de admitir la legitimidad constitucional de pactos colectivos de diferenciación salarial en función de criterios de empleo (la denominada «**doble escala salarial**»). Sin descartar por completo que puedan concurrir en algún supuesto factores diferenciadores justificativos de una diferencia de trato salarial de este tipo, el Tribunal ha declarado que, por sí sola, la distinta fecha de ingreso no puede justificarlo, «puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo» (STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 6). La posterior STC 36/2011, de 28 de marzo, marcaría la diferencia con la doctrina expuesta al provenir la diferenciación salarial, en el caso de autos, de una decisión del empresario adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad —para adecuar el régimen retributivo a la situación económica de la empresa y a la necesidad de optar por nuevas modalidades de contratación—, no de la ley ni de un convenio colectivo de eficacia normativa, lo que desplaza el canon del enjuiciamiento constitucional desde el derecho general a la igualdad ante la ley sin disparidades arbitrarias a la prohibición de discriminación por causas «odiosas» o «sospecho-

sas» (art. 14), sin que la fecha de contratación merezca la consideración de causa de discriminación. Para un supuesto de doble escala salarial resultante del establecimiento por convenio colectivo de un diferente sistema de cómputo de la antigüedad en función del momento de ingreso en la empresa la SCT 112/2017, de 16 de octubre, reitera la doctrina de la STC 27/2004.

6. Pese a su trascendencia y a sus pretendidas urgencias permanentes, el empleo no constituye en sí mismo un motivo que permita eludir el procedimiento legislativo ordinario mediante el recurso a la **legislación de urgencia**. En su STC 68/2007, el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por ausencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE, señalando que «es claro que la realidad misma sobre la que actúan las disposiciones reguladoras del mercado de trabajo exige una acción de permanente adaptación a la evolución de las circunstancias que la conforman; o [...] de respuesta a la cambiante situación de la economía internacional, a la evolución de la situación del mercado de trabajo y a la aparición de nuevas oportunidades de empleo. Pero tal necesidad de adaptación no es coyuntural, sino estructural, y salvo en situaciones especialmente calificadas por notas de gravedad, imprevisibilidad o relevancia, no alcanza por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno. Lo contrario supondría excluir prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes» (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10). Inconstitucionales fueron declarados también preceptos del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la pro-

tección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, por la STC 27/2015, de 19 de febrero, por falta de acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante para abordar la reforma urgente de algunas de las obligaciones de los beneficiarios de las prestaciones por desempleo y de la competencia para sancionar el incumplimiento del deber de mantener la inscripción como demandantes de empleo. Igual fallo de inconstitucionalidad alcanzó la STC 199/2015, de 24 de septiembre, por igual causa, respecto de preceptos del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, relativos a las empresas de trabajo temporal y agencias de colocación.

7. El Tribunal Constitucional ha considerado discriminatoria por razón de sexo la práctica de los servicios de empleo de suspender la demanda de empleo de las trabajadoras en situación de **descanso por maternidad**, señalando que «el INEM, como el resto de las Administraciones, está obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos (art. 9.2 CE); en este caso, debe garantizar el derecho al acceso al empleo de las mujeres en baja maternal, presentando sus candidaturas si aparecen aptas para la actividad profesional en cuestión, pues deben ser las empresas —también vinculadas por el principio de no discriminación— quienes decidirán sobre la contratación de dichas trabajadoras, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquellas» (STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 9). En el empleo público, las negativas administrativas y judiciales a retrotraer los derechos profesionales y económicos de mujeres funcionarias (funcionaria judicial y magistrada) a la fecha en que hubieran debido incorporarse y tomar posesión de un nuevo destino y no pudieron hacerlo por causa de parto o de baja por embarazo de riesgo y de maternidad vulneraron sus derechos a no

ser discriminadas por razón de sexo femenino (SSTC 66/2014, de 5 de mayo, y 162/2016, de 3 de octubre).

8. La **política de empleo no es legislación laboral** a efectos del reparto constitucional y estatutario de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Es, por tanto, competencia de estas últimas, comprendida en sus competencias estatutarias económicas, si bien, «dada su relevancia para los diversos sectores económicos» y la movilización para su realización de recursos financieros, puede ser objeto de la competencia del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a), título competencial que no recae sobre aspectos tangenciales o secundarios de la **política de empleo**, sino sobre «medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado» y «decisiones básicas» «como pudieran ser las subvenciones o subsidios a las prejubilaciones en sectores productivos objeto de reconversión industrial, o las medidas dirigidas a la “recolocación” de determinados colectivos de trabajadores en razón de situaciones de crisis afectantes a ciertas empresas o sectores, entre otras» (SSTC 95/2002, de 25 de abril, FF.JJ. 7 y 11; 111/2012, de 24 de mayo, FJ 4; 244/2012, de 18 de diciembre, FJ 4; 179/2016, de 20 de octubre, FJ 2; 100/2017, de 20 de julio, FJ 5; 153/2017, de 21 de diciembre, FJ 3). La jurisprudencia constitucional más reciente ha precisado que reconoce las competencias autonómicas sobre la política de empleo siempre que «no se opongan o contradigan a las políticas activas estatales», debiendo «ser conformes con el plan nacional de acción para el empleo», de acuerdo con la normativa vigente (SSTC 22/2014, de 13 de febrero, FF.JJ. 5 y 6; 112/2014, de 7 de julio, FJ 5), sin que resulten vulneradas por el establecimiento por el Estado de órganos de colaboración, coordinación y cooperación para el ejercicio de las respectivas competencias de este y de las Administraciones autonómicas [STC 123/2014, de 21 de julio, FJ 8.a)].

IV. LA FORMACIÓN Y READAPTACIÓN PROFESIONALES

1. El ap. 2 del art. 40 CE se dedica íntegramente al enunciado de principios de actuación de los poderes públicos en relación con el trabajo (VALDÉS DAL-RÉ, 1997). En primer lugar, encomienda a los poderes públicos fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales. En el tiempo transcurrido desde la promulgación de este mandato constitucional las cuestiones relacionadas con la formación profesional han adquirido un creciente protagonismo en la realidad socio-laboral española, en buena medida como consecuencia del propio impulso aportado por la Unión Europea, haciendo posible una «**revalorización** de la función económica y social» de la formación profesional (VALDÉS DAL-RÉ, 1994, 13). Esta revalorización se ha materializado no solo a través de una densa actividad normativa, sino, también, mediante la celebración de acuerdos, generales y sectoriales, entre los **interlocutores sociales** y entre estos y el Gobierno, lo que ha permitido a estos asumir, en muy buena medida, el protagonismo de la gestión y organización de las acciones de formación profesional continua (PEDRAJAS MORENO, 1999).

La formación profesional, «como concepto unitario, trata de la capacitación para el desempeño de una profesión y el acceso al mercado laboral» (STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 3) y presenta varios perfiles, susceptibles de clasificación en dos grandes áreas temáticas: la **formación profesional reglada**, integrada en el sistema educativo, y la **formación profesional ocupacional**, entendida en sentido amplio y comprensiva, tanto de la formación de los desempleados dirigida a lograr su inserción o reinserción en el mercado de trabajo, como de la formación continua de los ya empleados: formación para el empleo y en el empleo.

2. La formación profesional a la que se refiere el art. 40.2 CE es, con toda evidencia, la desarrollada en el ámbito laboral, y no la inicial

o reglada, integrada en el sistema educativo, que estaría incluida en el ámbito del derecho a la educación del art. 28 CE. Así se deduce de las sentencias del Tribunal en las que declara que la formación profesional reglada se incluye en el sistema educativo «en el que los saberes o cualificación con base en aptitudes específicas se imparten y están dirigidos, previa estratificación en niveles y grados, a la obtención de títulos académicos o profesionales que habilitan para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios», mientras que, la formación ocupacional y la continua están relacionadas con la inserción de los trabajadores y el mantenimiento a lo largo de la vida laboral de las aptitudes y cualificaciones alcanzadas y que capacitaron para acceder al puesto de trabajo (SSTC 95/2002, de 25 de abril, FJ 6; 111/2012, de 24 de mayo, FJ 3; 194/2012, de 28 de noviembre, FJ 4, y 244/2012, de 18 de diciembre, FJ 3).

Se trata, en definitiva, de la actualmente denominada «**formación profesional para el empleo**», en la terminología del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, denominación que permite resaltar la íntima relación existente entre la formación profesional y la política de empleo, que igualmente se deduce de la ubicación sistemática del precepto constitucional, inmediatamente a continuación de la llamada a los poderes públicos para el desarrollo de «una política orientada al pleno empleo» (art. 40.1 CE). Resaltando esta conexión, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, configura los programas de formación ocupacional y continua como elementos integrantes de las «políticas activas de empleo», definidas como «el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el em-

pleo de los trabajadores [...]» (art. 36.1), adoptando «un enfoque preventivo frente al desempleo y de anticipación del cambio a través de acciones formativas que faciliten al trabajador el mantenimiento y la mejora de su cualificación profesional, empleabilidad y, en su caso, recalificación y adaptación de sus competencias profesionales a los requerimientos del mercado de trabajo» [art. 2.c), párr. 2.º].

En dicho enfoque, el aprendizaje o formación a lo largo de la vida no se conciben ya como un elemento patológico de respuesta ante situaciones de riesgo de pérdida del empleo, sino como un elemento fisiológico que conecta con la denominada «**empleabilidad**», entendida como la disponibilidad de una mano de obra con la cualificación y adaptabilidad que exigen el dinamismo del mercado de trabajo y del sistema de empresas (RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, 2001).

Al contemplar la acción de los poderes públicos en materia de formación profesional como uno de los principios rectores de la política social y económica se hace prevalecer su **dimensión colectiva** (VALDÉS DAL-RÉ, 1997), conectada a los aspectos fundamentales de la política socioeconómica, y se difumina su vertiente individual, como derecho o garantía subjetiva del trabajador (MIRÓN HERNÁNDEZ, 2000, 51), sin perjuicio de las evidentes relaciones materiales existentes también entre la formación profesional y el derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE), del que constituye instrumento indispensable (LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, 1995, 205).

3. Sin embargo, las SSTC 95/2002, de 25 de abril, 190/2002, de 17 de octubre, seguidas por varias posteriores (SSTC 194/2012, de 31 de octubre, y 244/2012, de 18 de diciembre), han relativizado, en el caso de la **formación continua**, su relación con la política de empleo, resaltando, por el contrario, su vinculación al derecho laboral individual a la promoción a través del trabajo y a la legislación laboral. Esta matización el Tribunal la ha realizado al

resolver varios problemas competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a propósito de la modalidad de formación profesional continua.

Así, en relación con los recursos destinados a la financiación del programa de formación continua, afirma el Tribunal que «la finalidad perseguida con la afectación de tales recursos presupuestarios no se enmarca en la órbita de la política económica del Estado orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), sino que se circunscribe al concreto y limitado objetivo de hacer efectivo el derecho de los trabajadores con empleo a su formación y readaptación profesionales, lo que redundará en su derecho fundamental a la **promoción a través del trabajo** (art. 35.1 CE)», promoción que «no puede desvincularse de la formación profesional permanente que mantenga su cualificación profesional a lo largo de su vida laboral, y que desde el punto de vista de los poderes públicos requieren una política de fomento, tal como exige el art. 40.2 del texto constitucional» (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 10). Rechaza, por ello, el Tribunal que el Gobierno, al suscribir los acuerdos de formación continua, instrumente medidas de política de empleo, pues no inscribe su acción en la directriz del art. 40.1 CE de ejercitar una política orientada al pleno empleo, sino que se sitúa, desde la perspectiva constitucional, en la adopción de criterios o medidas que hagan efectivos los derechos del trabajador en el seno de la relación laboral, tal como le exige el art. 40.2 CE, proporcionando a los trabajadores ocupados la adecuada formación profesional permanente o continua en tanto que medio idóneo para la promoción social de aquellos y, si se quiere, para la conservación de su relación laboral. Lo significativo no es, por tanto, a juicio del Tribunal, la atención a los desempleados —sin perjuicio de que, mediante la utilización de las técnicas propias de la legislación laboral, se pueda coadyuvar al mantenimiento del empleo de los trabajadores ya ocupados—, ni el incidir en el mercado laboral desde criterios de política económica incentivadores del acceso al empleo, sino

atender a la formación permanente de quienes ya tienen empleo, en orden a proporcionarles medios para su cualificación profesional y su adecuada promoción y permanencia en el seno de la relación laboral (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 10).

También sobre la regulación del funcionamiento de las comisiones evaluadoras encargadas de realizar las pruebas conducentes a la obtención del certificado de profesionalidad, el Tribunal ha dejado claro el encuadramiento de la formación continua en el ámbito de la legislación laboral, aunque en el caso enjuiciado ha considerado que la reserva al Estado de la regulación del funcionamiento de las comisiones de evaluación vulnera las competencias autonómicas, al contemplar una cuestión de organización administrativa, que va más allá de la competencia estatal en materia de legislación laboral, impidiendo con ello que la Administración autonómica establezca el funcionamiento de sus servicios en la forma que estime más conveniente (STC 194/2012, de 31 de octubre, FJ 8).

En la misma línea se ha pronunciado la STC 244/2012, de 18 de diciembre, a propósito de la financiación de las acciones de formación continua en las empresas, indicando que las acciones formativas de los trabajadores ocupados y la financiación correspondiente tienen una incardinación genérica en la materia «legislación laboral», en la medida en que conciernen a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral. En consecuencia, reconoce competencia exclusiva del Estado, y circunscribe la competencia autonómica a los aspectos de ejecución o gestión del sistema arbitrado para regular esa formación continua (FJ 6).

V. LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

1. La Constitución de 1978 encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e

higiene en el trabajo, en lo que constituye la primera referencia de nuestra historia constitucional a la **prevención de riesgos laborales** (aun con la terminología tradicional en nuestro Derecho laboral), novedad sin duda relacionada con la ratificación pocos meses antes por nuestro país del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 7 contempla el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial, entre otras, «la seguridad e higiene en el trabajo» (ALONSO OLEA, 1981).

La utilización por el constituyente del término «velar» implica dos consideraciones iniciales. Supone una actuación indirecta de los poderes públicos, en la que media la acción de un tercero (CARDENAL CARRO y ARIAS DOMÍNGUEZ, 1978, 739). A diferencia de otros enunciados del Capítulo III, no se encomienda aquí a los poderes públicos una acción directa de promoción, fomento, garantía o tutela, sino una actuación indirecta que se instrumenta mediante obligaciones impuestas a un tercero, el empresario, deudor de seguridad en el contrato de trabajo. En segundo lugar, la dicción constitucional va más allá de un enfoque meramente reparador, poniendo el acento en la necesidad de **políticas preventivas**, lo que constituirá la seña de identidad del posterior desarrollo legislativo. El preámbulo de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, alude a ello al señalar que el mandato constitucional «conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo». Aunque, en realidad, el art. 40.2 CE exige la adopción de una política pública completa orientada a la salvaguarda de la salud, incluyendo la dimensión preventiva y la reparadora, la formación y la sanción, la información y el control (GONZÁLEZ ORTEGA, 2006).

Esta exigencia de adopción de una política completa no ha sido abordada hasta la aprobación de la Ley 31/1995 y de su amplio aparato reglamentario. Si bien la seguridad e higiene

en el trabajo ha formado parte tradicionalmente del contenido típico del Derecho del trabajo (el «subsector de seguridad e higiene y salud en el trabajo» pertenece indudablemente a la materia «**legislación laboral**», según declara la STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 11), constituyendo una de las manifestaciones más antiguas de la intervención estatal limitativa de la autonomía de la voluntad en la relación de trabajo (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 2006), este ofrecía, sin embargo, una regulación dispersa, fragmentada, plural y, por ello, confusa y frecuentemente ineficaz (TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, 2002, 33), que solo empieza a superarse a partir de la promulgación de la Ley. Como en otros ámbitos analizados, esta transformación no es ajena al impulso generado por la **Unión Europea**, que, al amparo del antiguo art. 118.A del Tratado CEE, situó la seguridad y salud en el trabajo «en el epicentro de la onda expansiva de conformación del derecho social europeo» (TUDELA CAMBRONERO y VALDEOLIVAS GARCÍA, 2002, 33).

2. Como corresponde a su encuadramiento sistemático en la Constitución, el art. 40.2 no contempla la protección de la seguridad y la salud como un **derecho subjetivo**, exigible ante los Tribunales con un contenido cierto, sino como un deber de los poderes públicos. Sin embargo, la seguridad y la salud en el trabajo están también presentes en otros preceptos del texto constitucional. Así, en el art. 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud; en el art. 41, relativo al régimen público de Seguridad Social, del que forma parte la cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional; e, incluso, en el art. 45, si se acepta que el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado incluye el medio ambiente laboral (GONZÁLEZ ORTEGA, 2006). Además, la protección de la salud y la seguridad está conectada con el **derecho a la vida y a la integridad física y moral** del art. 15 CE, conexión que determina que, junto a su dimensión jurídico-pública contemplada en el art. 40.2 CE, derive también de la Constitución una dimen-

sión jurídico-privada, como derecho social fundamental ejercitable frente al empresario (GONZÁLEZ ORTEGA, 2006).

Esta conexión entre los arts. 40.2, 43 y 15 CE ha sido resaltada por el Tribunal en la STC 62/2007, de 27 de marzo, poniendo de manifiesto que las obligaciones que concreta la regulación aplicable constituyen expresión en el ámbito de la prestación de trabajo de la protección constitucional que impone la consagración de los derechos fundamentales recogidos en el art. 15 CE (en el mismo sentido, STC 160/2007, de 2 de julio, FJ 5). En realidad, el art. 40.2 CE presupone necesariamente la existencia de un derecho subjetivo previo, fundado en la relación de trabajo, adoptando este precepto una posición de tutela clásica de los derechos de los trabajadores a través de la intervención pública que refuerza los deberes de protección contractual (MOLINA NAVARRETE, 2002, 1400). Como se ha señalado, resultaría absurdo declarar un compromiso al máximo nivel de los poderes públicos en la tutela de una materia sin entender, a la vez, que el valor que ese compromiso protege es el fundamento de un derecho constitucional al mismo (GONZÁLEZ ORTEGA, 2006). Desde esta perspectiva, el art. 40.2 CE puede considerarse igualmente manifestación de la obligación que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos de promover la efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, en relación con un ámbito —el del trabajo— en el que su efectividad puede plantear mayores dificultades, con el objeto de garantizar la igualdad material de todas las personas. Así pues, la intervención de los poderes públicos, además de responder al específico encargo del art. 40.2 CE, supone dar cumplimiento al específico deber que les impone el art. 9.2 CE respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud (MARTÍN HERNÁNDEZ, 2006, 13). A través del art. 40.2 CE, además, el derecho del trabajador se dota de un contenido dinámico y progresivo, en el que habrá de revertir el resultado de la acción continuada, de investigación y de regu-

lación normativa, asumida por los poderes públicos (PALOMEQUE LÓPEZ, 1992). Se trata, en fin, de un **derecho de naturaleza compleja**, en parte absoluto —en lo que supone de tutela del derecho fundamental a la vida y a la integridad física del trabajador como ciudadano (art. 15 CE)— y en parte relativo, coherente con la libertad empresarial de organización y las razones productivas —en lo que supone de una superior protección de la salud del trabajador en base a los arts. 40.2, 43.1 y 45.1 CE— (SALA FRANCO, 2004, 18).

Tratándose de una materia encuadrable en el ámbito de la legislación laboral, el Tribunal no ha dudado en afirmar que la competencia normativa del Estado es completa, «siendo, pues, susceptible de ejercerse a través de las potestades legislativa y reglamentaria (STC 360/1993 FJ 4), de modo que ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal». Pero al mismo tiempo matiza que «garantizada en tan alto grado la unidad de acción, (...) la excepcionalidad justificadora de la permanencia en el acervo estatal de facultades ejecutivas, admitida para supuestos tasados (...) tiene que apreciarse forzosamente de forma mucho más restrictiva» (SSTC 195/1996 y 198/2015).

3. Si la necesidad de desarrollar una **intervención pública preventiva** y no meramente reparadora deriva de la conceptualización del Estado como «social» (art. 1.1 CE), que convierte en inaceptable la mera valoración económica de los derechos susceptibles de lesión, su carácter «democrático» impone, entre los diferentes enfoques preventivos posibles, aquel que privilegie el eficaz desenvolvimiento de los **derechos de información, consulta y participación de los trabajadores** (SEMPERE NAVARRO, GARCÍA BLASCO, GONZÁLEZ LABRADA y CARDENAL CARRO, 2001, 36). Junto a ello, el **principio de igualdad** obliga a rechazar diferencias peyorativas en los niveles de protección en función de las empresas y

sectores, del tipo de contrato de trabajo o del tipo de trabajadores (GONZÁLEZ ORTEGA, 1999, 31), lo que no impide un trato más favorable a la seguridad de determinados colectivos, empresas o sectores sujetos a riesgos específicos, si la diferenciación resulta legítima en función de la propia diferenciación de los riesgos a los que los trabajadores se encuentran expuestos. Así lo ha admitido expresamente el Tribunal Constitucional en relación con la protección del embarazo y la maternidad (SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5; 92/2008, de 21 de julio, FJ 8, y 124/2009, 20 de junio, FJ 3) Desde otra perspectiva, ha señalado también el Tribunal que la obligación que el art. 40.2 CE impone a los poderes públicos implica «que se asegure no solo la ausencia de riesgo de pérdida o restricción de la salud, sino también el progresivo mejoramiento de los ambientes de trabajo» (ATC 868/1986, de 29 de octubre, FJ 2). Ese trato más favorable a la seguridad se pone asimismo en relación con la situación de los trabajadores con algún tipo de discapacidad, habiéndose declarado que «la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE)» (STC 62/2008, de 26 de junio, FJ 7).

4. La STC 196/2004, de 16 de noviembre, ha analizado el problema de la **vigilancia de la salud de los trabajadores** desde la perspectiva de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), señalando que este no constituye un derecho absoluto, sino que puede ceder ante razones justificadas de interés general previstas en la ley, entre ellas la prevención de los ries-

gos relacionados con la salud, constituyendo ese interés público causa legítima para justificar la realización de reconocimientos médicos. La obligatoriedad, en cambio, no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin un riesgo cierto objetivable, pues aquel es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos médicos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes (FJ 6). El reconocimiento no puede constituir un instrumento empresarial para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad para verificar su capacidad profesional o su aptitud psicofísica con un propósito de selección de personal o similar. Su eje descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, debiendo ser la regla la de su conformidad libre, voluntaria e informada (FJ 7).

VI. LA LIMITACIÓN DE LA JORNADA LABORAL

1. La **regulación y limitación de la jornada de trabajo** ha sido y es uno de los temas centrales de la disciplina jurídica del trabajo, hasta el punto de situarse en el origen mismo del nacimiento de la intervención estatal en la fijación de las condiciones de trabajo; no en vano el primer convenio de la OIT, núm. 1 (1919), se dedicó a la limitación de las horas de trabajo en las empresas industriales. Además, en la tendencia claramente constatable en el Derecho del trabajo de cesión progresiva de espacios a la autonomía colectiva, con el consiguiente retroceso de la regulación legal, el nivel de intervención legislativa en esta materia sigue siendo considerable, especialmente en sus aspectos cuantitativos (duración de la jornada y de los descansos), por más que tampoco este ámbito haya permanecido completamente ajeno a dicha evolución (GONZÁLEZ BIEDMA, 2000).

Esta configuración de la jornada como uno de los aspectos esenciales del Derecho laboral se justifica en gran medida por su incidencia

directa sobre la medida de bienestar y sobre la seguridad y salud laboral. Además, la jornada es también un elemento regulador del empleo y del desempleo (GONZÁLEZ BIEDMA, 2000). Como señala la exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, toda regulación relativa a la ordenación del tiempo de trabajo debe tener en cuenta tres aspectos básicos que se encuentran íntimamente relacionados: la ordenación del tiempo de trabajo en tanto elemento de organización —de la actividad de la empresa y de la vida de las personas que trabajan en ella—, la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y su virtualidad como elemento significativo en el desarrollo de las políticas de empleo, tanto mediante la actuación sobre la jornada desde criterios de reparto del volumen de empleo existente como mediante la construcción de un marco jurídico que posibilite la máxima eficiencia del proceso productivo.

De estos factores es claramente el de la **protección de la seguridad y la salud** el que prima en la referencia a la limitación de la jornada laboral como garantía del derecho al descanso en el art. 40.2 CE, si bien entendida la salud, como señala el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, como «un estado de completo bienestar psíquico, mental y social» y no meramente como «ausencia de enfermedad o invalidez». El art. 40.2 CE obliga así al Estado, en su calidad de «Estado social», a garantizar a sus ciudadanos un determinado nivel de bienestar, deber que incluye la limitación del número máximo de horas máximas de trabajo y de los descansos. Desde la Constitución se impone así «una limitación legal *erga omnes* de la jornada de trabajo» (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 3). Junto a ello, otros preceptos constitucionales pueden afectar a la ordenación de la jornada laboral desde ópticas diferentes, tales como el art. 14 CE, en relación con los permisos parentales, el art. 16 CE, en relación con la libertad religiosa y de culto, el art. 39 CE, respecto de la protección de la familia y de los hijos e, incluso, el propio art. 40 CE en su ap. 1, en relación con

la toma en consideración de la jornada de trabajo como elemento de intervención desde objetivos de política de empleo (LÓPEZ BALAGUER, 2003, 415).

En todo caso, el art. 40.2 CE deja a los poderes públicos un amplísimo espacio para la concreción de las obligaciones a imponer en materia de limitación del tiempo de trabajo, así como para definir el equilibrio necesario entre la acción del legislador y los márgenes de actuación reconocidos tanto a la autonomía colectiva como a la individual (ESCUDERO RODRÍGUEZ, 1999, 13), haciendo que resulte compatible con el mandato constitucional prácticamente cualquier regulación que establezca una limitación del tiempo de trabajo, en cualesquiera términos, máxime si se tiene en cuenta la imposibilidad de invocar en amparo pretendidas vulneraciones de este precepto (entre otras, SSTC 33/1991, de 14 de febrero, FJ 3, y 170/1988, de 29 de septiembre, FJ 1). Queda, no obstante, abierta la cuestión de la compatibilidad con la Constitución de una medida regresiva de ampliación del tiempo de trabajo, teniendo en cuenta la idea de progreso que subyace en el art. 40 CE.

2. El art. 34 LET establece que la **duración de la jornada de trabajo** será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo, respetando en todo caso la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Es, por tanto, la **autonomía de la voluntad, individual o colectiva**, la que determinará la duración de la jornada de trabajo. En relación con ello, el Tribunal ha establecido dos precisiones: en primer lugar, que la autonomía individual solo puede mejorar lo dispuesto en el convenio colectivo y que no puede modificar lo pactado con carácter general en el mismo, al constituir esta materia una parte esencial del convenio, pues aceptar lo contrario «quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el

art. 37.1 CE» (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6; en el mismo sentido, SSTC 208/1993, de 28 de junio; 107/2000, de 5 de mayo; 225/2001, de 26 de noviembre, y 238/2005, de 26 de septiembre); en segundo lugar, la preeminencia de la Ley sobre el convenio en el establecimiento de topes a la duración de la jornada, señalando en la STC 210/1990, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad referida a la reducción legal a 40 horas semanales de la jornada máxima (Ley 4/1983, de 29 de junio) que la Constitución, asumiendo una larga tradición de intervención legal en la materia, ha impuesto al legislador de forma expresa el establecimiento de límites a la jornada laboral, no siendo, por tanto, cuestionable ni la competencia de la Ley en la materia, ni que esa intervención permita, e incluso imponga, la sujeción del convenio al máximo de jornada legalmente establecido, incluso en relación con los convenios vigentes en la fecha de entrada en vigor de la norma, pues el legislador, dando cumplimiento al mandato del art. 40.2 CE y atendiendo a las finalidades propias de un Estado social y democrático de Derecho, decide que la nueva duración de la jornada máxima legal debe aplicarse desde la fecha prevista en la disposición y no desde la de expiración de los convenios, a ello debe estarse, «sin que la existencia de dichos convenios pueda imposibilitar la producción de efectos de la medida legal en la fecha prevista, lo que sería tanto como contradecir el claro mandato de quien representa y tiene directa conexión con la voluntad popular» (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 3).

3. En varias ocasiones, el Tribunal se ha enfrentado al problema competencial generado por las Comunidades Autónomas al establecer para sus empleados públicos una jornada de trabajo inferior a la duración mínima establecida por el Estado en la ley general de presupuestos. A este respecto considera que el ejercicio de la competencia exclusiva autonómica para organizar sus propios servicios no puede desconocer las normas que el Estado haya podido aprobar en virtud de los títulos competenciales estatales que inciden en el

ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico (STC 158/2016, de 22 de septiembre FJ 5), incluyendo tanto al personal funcionario, como al personal laboral. Con relación a los funcionarios, hace notar que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en la esfera de los derechos y deberes de los funcionarios, quedando justificada su determinación por el Estado como normativa básica en tanto estamos ante una medida que garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional como es el tiempo de trabajo o dedicación exigible a todo funcionario, sin que además el legislador haya establecido límite en cuanto a su período de aplicación (SSTC 163/2012, 156/2015 y 99/2016, FJ 7). En cuanto al personal laboral del sector público, recuerda que el art. 149.1.7.^a CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral, materia en la que se incluye la regulación de un elemento esencial del contrato de trabajo como es el tiempo de prestación de servicios (SSTC 228/2012, 7/1985 y 99/2016, FJ 7). La admisión de una previsión de una jornada de trabajo mínima en el sector público a través de una ley de presupuestos se justifica en que tiene conexión directa con la política económica del Estado —cuya pretensión es contener el gasto público— y en que, además, «el carácter mínimo de la jornada prevista deja todavía margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de su competencia en este ámbito, pues el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca (así, en la STC 156/2015, FJ 8, en relación a la duración de permisos o licencias de los funcionarios públicos)» (STC 99/2016).

4. En relación con la regulación del **descanso semanal**, el Tribunal ha analizado si la preferencia legal en favor del domingo implica alguna discriminación por motivos religio-

sos. Tras reconocer que el hecho de «que el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo, obedece a que tal día es el que por mandato religioso y por tradición se ha acogido en nuestro pueblo», sostiene, sin embargo, que en la legislación laboral vigente resulta inequívoco el carácter secular y laboral de dicha institución, que si comprende el domingo como regla general es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4, y 34/2011, de 28 de marzo, FJ 4), siendo, por lo demás, patente la finalidad de la preferencia, «pues mediante la coincidencia del descanso laboral, y los que vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso» (STC 19/1985, FJ 5). Desde otra perspectiva, en relación con la pretendida incompatibilidad con el principio de libertad de empresa de la cláusula de un convenio colectivo limitativa de la fabricación y venta de pan los domingos y festivos, el Tribunal ha declarado que la libertad de empresa ha de conjugarse con otros principios y derechos también consagrados en la Constitución, como el derecho de trabajadores y empresarios a la negociación colectiva (art. 37.1) y el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho al descanso necesario (ATC 1191/1987, de 26 de octubre, FJ 3). Relacionado con el descanso semanal, se ha suscitado también ante el Tribunal el problema de la posible desigualdad de trato derivado de la existencia de dos regímenes diferenciados de descanso semanal entre los profesionales del Servicio Madrileño de Salud que realizan guardias y otros trabajadores del mismo colectivo que no hacen guardias. El Tribunal lo rechaza porque entiende que la jornada laboral de los dos colectivos es distinta y no estamos ante dos términos de comparación iguales: en la medida en que unos hacen guardias y otros no, no son dos casos iguales respecto de los cuales pueda formularse un juicio de igualdad, por lo que nada cabe reprochar al legislador desde la óptica de la igualdad por prever que la realización de una jornada laboral especial conlleve

un régimen especial de **descanso semanal** (ATC 177/2014, de 24 de junio, FJ 5).

5. Las **fiestas laborales** constituyen también una institución vinculada a la garantía de limitación de la jornada, pues, aunque su finalidad específica no sea propiamente el descanso, determinan la cadencia de los tiempos de trabajo y descanso y coadyuvan a la recuperación del trabajador, a la vez que facilitan el disfrute del ocio y del tiempo libre, a los que se refiere el art. 43.3 CE, y el libre desarrollo de la personalidad en su faceta colectiva, proclamado como derecho fundamental en el art. 10.1 CE (LÓPEZ AHUMADA, 2004, 244). Por ello, el Tribunal Constitucional ha resaltado que su regulación debe encuadrarse, a efectos competenciales, en el ámbito laboral, pues, aun cuando su finalidad sea la de resaltar hechos de especial relevancia en el orden cívico o religioso, su regulación incide en el contenido de la relación laboral, afectando a los elementos esenciales del contrato: la prestación de servicios y la contraprestación económica (STC 7/1985, de 25 de enero, FJ 2).

6. Una buena parte de las más recientes medidas en materia de tiempo de trabajo responde al interés de facilitar a los trabajadores la **conciliación del trabajo con la vida familiar**. El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre conflictos originados por la colisión entre estas medidas y las necesidades productivas u organizativas de las empresas, resaltando su vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, a cuya efectividad sirven. Así, en relación con la negativa a reconocer a una trabajadora una concreta modalidad de reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de seis años, ha señalado que la dimensión constitucional de las medidas dirigidas a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier

duda interpretativa de su regulación legal (STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6). Sin embargo, el Tribunal no ha reconocido tal dimensión constitucional en el caso de la trabajadora que, estando sujeta a un régimen de turnos rotativos, solicitó a su empresa la adscripción permanente al turno de mañana para poder cuidar mejor a su hija recién nacida, aduciendo como fundamento de su petición el art. 34.8 LET. Considera el Tribunal que, a diferencia del art. 37.5 ET (reducción de jornada para el cuidado de hijos con reducción del salario), el art. 34.8 LET condiciona los cambios pretendidos en la jornada sin reducción de esta ni de salario a la existencia de un pacto colectivo o individual, por lo que, resultando distintas las pretensiones postuladas por las respectivas trabajadoras y diversos los preceptos aplicados en cada caso, las consideraciones efectuadas en la STC 3/2007 no son trasladables al caso aquí analizado (STC 24/2011, de 14 de marzo, FJ 3).

Refiriéndose a una institución muy próxima en contenido y finalidad a la anterior, cual es la de la excedencia para el cuidado de hijos, el Tribunal había ya señalado que el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres, por lo que su denegación constituye un grave obstáculo para la permanencia en el mercado de trabajo y perpetúa la situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, con cita de la STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7).

VII. LAS VACACIONES PERIÓDICAS RETRIBUIDAS Y LA PROMOCIÓN DE CENTROS ADECUADOS

1. Recogiendo la especial significación que otorga a la institución de las vacaciones su inclusión como uno de los principios rectores de la política social y económica en el art.

40.2 CE, el Tribunal Constitucional ha resaltaado que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas «forma parte del **núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social**» (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 5). La Constitución de 1978 continúa en este aspecto el camino iniciado por la de 1931, que reconocía en su art. 46 el derecho a las «vacaciones anuales remuneradas», y conecta, igualmente, con la amplia recepción de la institución en normas y tratados internacionales y con la importancia alcanzada en la percepción de los propios ciudadanos. Ello no significa, sin embargo, que se trate de un derecho absoluto, en particular en cuanto a la determinación de las fechas de su disfrute, pudiendo el legislador contemplar determinados límites, siempre que se trate de límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o impuestos por la protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 5).

2. La finalidad originaria del derecho a las vacaciones es la de posibilitar a los trabajadores el período de ocio necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso. Se trata, no obstante, de un **concepto amplio de descanso**, que no se corresponde con una recuperación meramente física, sino integral, y que debe ser puesto en relación con otros principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, como los relativos al fomento de la educación física y el deporte (art. 43.3), la promoción y tutela del acceso a la cultura (art. 44) y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1), respondiendo en definitiva no solo a las exigencias físicas, sino también a las sociales y culturales (CHARRO BAENA, 1993, 155).

No obstante, el Tribunal ha precisado que la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, pues el período vacacional es un tiempo caracterizado por la **libertad del trabajador** para la autodetermina-

ción consciente y responsable de su propia vida, de manera que «la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). De ahí que el Tribunal Constitucional declare como «no fundadas en Derecho» las resoluciones judiciales que declararon procedente el despido de un trabajador que durante su período de vacaciones anuales prestó servicios retribuidos para otro empresario.

Este criterio del Tribunal parece también aplicable, con idénticos fundamentos, a los restantes períodos de descanso —diario y semanal— e, incluso, a la institución misma de la jornada máxima en supuestos de pluriempleo. No en vano añade el propio Tribunal Constitucional que la interpretación contraria en el caso de las vacaciones resulta particularmente infundada «en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). Sobre ello se ha apuntado, críticamente, que si la libertad para disponer del tiempo libre se impone como único canon a considerar habría que revisar también la tradicional prohibición de compensación en metálico de las vacaciones, si el propio interesado desea trabajarlas y obtener un mayor beneficio económico (CHARRO BAENA y SEMPERE NAVARRO, 2003).

3. No es, por tanto, en la pretendida vinculación entre descanso y trabajo donde puede encontrarse la justificación de las posibles li-

mitaciones temporales en cuanto al período de disfrute de las vacaciones anuales, sino en las necesidades de organización de cualquier actividad laboral (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 5). En función de dicha justificación, el Tribunal Constitucional admite la configuración legal y, en su caso, convencional de las vacaciones como un derecho sometido a **plazos de ejercicio y caducidad**, de manera que el trabajador que por causas no imputables al empleador no pueda disfrutar de las vacaciones en el período determinado ni dentro del plazo máximo establecido para su ejercicio (normalmente, el final del año natural) pierde el derecho a ellas. Se trata de una restricción que responde esencialmente a intereses organizativos y cuya proporcionalidad, con carácter general, no ha sido puesta en duda por el Tribunal, en particular en los casos en que el trabajador no puede disfrutar de las vacaciones por encontrarse en situación de incapacidad temporal. Con una importante excepción: el caso de la trabajadora en situación de **baja por maternidad**. Para el Tribunal Constitucional, esta restricción del derecho, que puede resultar constitucionalmente legítima si trae origen en una causa de fuerza mayor, como es la enfermedad del trabajador, resulta vetada si se anuda a una causa tan íntimamente unida con el sexo como es la maternidad. La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que esta le ocasione perjuicio alguno, de manera que ha de poder disfrutar de sus vacaciones en un período distinto del de su permiso de maternidad, incluso cuando se haya superado la fecha límite para su disfrute (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6). De todas formas, la señalada limitación temporal en cuanto al período de disfrute de las vacaciones anuales tal vez deba ser revisada a la luz de la STJUE de 29 de noviembre de 2017 asunto *King*, C-214/16, que, ante la cuestión planteada por los Tribunales ingleses sobre si el trabajador podía solicitar las vacaciones acumuladamente al

final del periodo de contratación, ha respondido que la acumulación del derecho a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutarlas por causa de enfermedad puede restringirse a un período de 15 meses; sin embargo, el empresario que no permite a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias. Considera contrario al derecho a las vacaciones que un trabajador no pueda aplazar, y en su caso acumular, hasta el momento de la conclusión de su relación laboral, derechos a vacaciones anuales retribuidas no ejercidos, correspondientes a varios períodos de devengo consecutivos, por la negativa del empresario a retribuir esas vacaciones.

Desde otra perspectiva, referida a la implantación de un sistema de **turnos vacacionales** en empresas de prestación continua, el Tribunal ha estimado razonable establecer como criterio de preferencia el de los trabajadores con responsabilidades familiares, para elegir el turno que coincida con los períodos de vacaciones escolares de sus hijos (ATC 326/1982, de 27 de octubre).

4. De la vinculación entre vacaciones y descanso (aun cuando no sea «única ni exigible») se desprende que no puede haber vacaciones sin previo trabajo o, al menos, sin actividad correlativa, estableciéndose así una relación de proporcionalidad entre prestación de servicios y tiempo de vacaciones, que está en la base de la institución. Por tal motivo, el Tribunal ha considerado que no es arbitrario el criterio judicial de estimar que una **reducción de jornada** por causas económicas no debe afectar a la duración de las vacaciones, a diferencia de la suspensión de la relación laboral por iguales causas determinante de una situación de desempleo total (ATC 681/1988, de 6 de junio, FJ 2). Sin embargo, la mención expresa a las vacaciones en la Constitución, en unión de las garantías específicas del **derecho de huelga**, será uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal para justificar que el ejercicio de este derecho no dé

lugar a una reducción de la retribución de las vacaciones, a diferencia de lo que ocurre en el caso del descanso semanal. Señala el Tribunal que no es constitucionalmente obligado que se proporcione el mismo trato a uno y otro tipo de descansos —el descanso semanal y las vacaciones anuales—, y subraya la autonomía que estas últimas exhiben: el art. 40.2 de la Constitución se refiere a «las vacaciones periódicas retribuidas», sin que tal referencia incluya el genérico descanso necesario, que ha de obtenerse mediante la limitación de la jornada laboral (AATC 189/1983, de 27 de abril, FJ 2, y 323/1991, de 28 de octubre, FJ 4).

5. En un terreno distinto, merece la pena resaltar que la protección constitucional del derecho a las vacaciones puede justificar restricciones en el ejercicio de otros derechos fundamentales. Así, ha señalado el Tribunal que, si se decide la convocatoria de una **huelga en los servicios públicos de transporte en fechas «punta» de vacaciones**, los convocantes habrán de ser conscientes de que el ejercicio del derecho podrá sufrir una restricción mayor que la soportada si se lleva a cabo en otro momento, con el fin de evitar la notable desproporción de los sacrificios impuestos a los usuarios de los servicios en relación con los de los huelguistas y de limitar hasta extremos razonables y no desmesurados la perturbación del interés de la comunidad (STC 43/1990, de 15 de marzo, FJ 6).

6. Aunque pueda resultar sorprendente (ECHEVARRÍA MAYO, 1996), el art. 40.2 CE eleva a la categoría de principio rector de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de **promoción de centros adecuados** para facilitar el descanso de los trabajadores. En este aspecto parece que la Constitución, más que enunciar un objetivo de política social a desarrollar por los poderes públicos en el marco de los principios, valores y derechos que consagra, recibe o da acogida a una concreta realidad, dotada de una larga tradición, pero que, probablemente, estaba ya comenzando a resultar obsoleta en las fechas de elaboración del texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica de 1978. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004.

— «La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución», en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L. y GONZÁLEZ-TREVLJANO, P. (Dir.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, 2000, págs. 125-158.

ALONSO OLEA, M., «El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 5, 1981.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2010.

BASSOLS COMA, M., «La Constitución Económica», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992.

CARDENAL CARRO, M. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Incardinación constitucional de la salud laboral: fundamento y principios inspiradores», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003, págs. 737-758.

CASAS BAAMONDE, M. E., «Derecho del trabajo y empleo», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2012, págs. 1-11.

CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Madrid, 1993.

CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Libertad de trabajo durante las vacaciones. Comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003», *Aranzadi Social*, núm. 18, 2003.

EHEVARRÍA MAYO, B., «Art. 40. Pleno Empleo», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IV, Madrid, 1996, págs. 69-101.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Vacaciones y derechos de descanso», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley (Grupo Wolters Kluwer)-Santander Justicia, Madrid, 2015, págs. 472-492.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., «La jornada (art. 34)», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El marco normativo de la seguridad y la salud laboral», en AGUSTÍ JULIÁ, J. (Dir.), *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1999, págs. 15-44.

— *Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales. Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, 2006.

LÓPEZ AHUMADA, J. E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo*, Madrid, 2004.

LÓPEZ BALAGUER, M., «La ordenación del tiempo de trabajo», en SEMPERE NAVARRO, A. V., (Dir.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2003, págs. 409-432.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., «Clasificación profesional y promoción en el trabajo», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 201-216.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2006.

MARTÍN JIMÉNEZ, R. y CHARRO BAENA, P., «El papel de las Administraciones Públicas en el sistema constitucional de relaciones laborales», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, 2003, págs. 1117-1151.

MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 185-204.

MIRÓN HERNÁNDEZ, M., *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Madrid, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho a la seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Granada, 2002, págs. 1393-1424.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Granada, 2002, págs. 1323-1369.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid, 1991.

- «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 4, 1992.

PALOMEQUE LOPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2007.

PEDRAJAS MORENO, A., «Formación y derechos individuales», *Actualidad Laboral*, núm. 27, 1999.

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L., «Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 122, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Empleabilidad y acceso a la formación», *Relaciones Laborales*, tomo I, 2001.

- «Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo», en MONTOYA MELGAR, A. (Coord.), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, Madrid, 2003, págs. 531-557.
- «El texto refundido de la Ley de Empleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2015, págs. 841-851.

SALA FRANCO, T., *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A. V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2001.

TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Madrid, 2002.

URIARTE TORREALDAY, R., «La redistribución de la renta y el pleno empleo (art. 40 CE)», en TAJADURA TEJADA, J. (Dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, 2004, págs. 43-80.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La compleja estructura contractual de la ordenación de la formación profesional continua», *Relaciones Laborales*, tomo I, 1994.

- «Una aportación jurídico-constitucional al debate político sobre la competencia de la actividad recaudatoria de la cuota de formación profesional», *Relaciones Laborales*, tomo II, 1997.

Artículo 41

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Sumario: I. El art. 41 CE como garantía institucional. El diseño por la jurisprudencia constitucional de su imagen maestra. 1. El diseño constitucional abierto de la Seguridad Social. 2. La Seguridad Social como función del Estado. 3. La Seguridad Social como garantía institucional. 4. Límites a la libertad de configuración del legislador. 5. El lugar de la «previsión social complementaria» en el modelo constitucional. II. El principio de igualdad y su proyección sobre el modelo de Seguridad Social. 1. Las dimensiones de la igualdad y Seguridad Social. 2. La exigencia de término de comparación en el juicio de igualdad. 3. Test de razonabilidad y juicio de igualdad en materia de Seguridad Social. A) La presunción de actuar razonable del legislador en el establecimiento de diferencias normativas. a) La sucesión de normas y razonabilidad de la diferencia de trato. b) La inexistencia de la desigualdad por no diferenciar o no ser individualmente diferenciado. c) Un ejemplo de actuación razonable del legislador: la limitación del desempleo parcial a las reducciones de jornada en expedientes de regulación de empleo. B) Excepciones al principio de legislador razonable en materia de Seguridad Social. a) Inconstitucionalidad de los reglamentos en materia de desempleo que contradicen el mandato de la ley. b) Inconstitucionalidad de la «inembargabilidad absoluta» de las pensiones. c) Inconstitucionalidad de la diferencia de trato entre las pensiones de invalidez de la Seguridad Social y de clases pasivas. d) Inconstitucionalidad de la diferencia de trato entre cónyuge superviviente y beneficiario procedente de las situaciones de divorcio y separación a efectos de la pensión de viudedad. 4. Juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y la finalidad pretendida. A) Inconstitucionalidad de las edades forzosas de jubilación. B) Inconstitucionalidad de las diferencias de trato de los trabajadores a tiempo parcial en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. III. La discriminación como límite en materia de Seguridad Social. 1. Seguridad Social y cláusulas de discriminación expresamente recogidas en la Constitución. A) Discriminación por razón de nacimiento. B) Discriminación por razón de raza. C) Discriminación por edad. D) Discriminación por razón de nacionalidad. E) Discriminación por motivos religiosos. F) Discriminación por razón de sexo. a) Pensión de viudedad y «viudo discriminado». b) Inconstitucionalidad del período de carencia requerido a las trabajadoras a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. c) Discriminación de organismos públicos por razón de sexo: suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora de baja por maternidad. 2. Seguridad Social y discriminación basada en cualquier otra circunstancia personal o social. A) Estado civil. B) Orientación sexual. C) Parentesco. D) Residencia.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. EL ART. 41 CE COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL. EL DISEÑO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE SU IMAGEN MAESTRA

1. El diseño constitucional abierto de la Seguridad Social

No hay en la definición constitucional delimitación de un sistema o modelo de Seguridad Social, pero sí una serie de directrices, por otra parte muy generales, sobre el carácter público de la Seguridad Social, la tendencia a la universalización de la protección y el logro de la suficiencia de esta, aparte de la garantía de un espacio para una Seguridad Social complementaria no obligatoria, ni necesariamente pública. En materia de Seguridad Social, la Constitución «sirve para casi todo, y no condiciona casi nada» (VIDA SORIA), o, por decirlo con palabras del propio Tribunal Constitucional en sus SSTC 206/1997 y 78/2004: «que sea “Seguridad Social” no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones [...], no es posible partir de la consagración constitucional de un único modelo de Seguridad Social [...]. La Constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretenden imponer un único modelo».

2. La Seguridad Social como función del Estado

El objeto material de la Seguridad Social se delimita, de acuerdo con el art. 41 CE, por la configuración institucional del legislador, que la Constitución protege, de un «régimen público» integrado por «una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad» y un conjunto de técnicas económicas y financieras específicas que sirven al objetivo de garantizar esa protección. La jurisprudencia constitucional ha coadyuvado al citado logro al configurar tal institución como una «**función de Estado**» (STC 65/1987), esto es, como un derecho de

estricta configuración legal, llamada a proteger «situaciones o estados de necesidad», dentro de una «tendencia a la universalización de las medidas de protección social», que incluyen tanto las prestaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social.

3. La Seguridad Social como garantía institucional

El derecho constitucional al establecimiento de un sistema público de Seguridad Social queda configurado como una «**garantía institucional**». Así se extrae de la STC 37/1994 cuando indica que «el art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer —o mantener— un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo, un núcleo o reducto indisponible por el legislador” [STC 32/1981], de tal suerte que ha de ser preservado “en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” [SSTC 26/1987 y 76/1988]». Los principios informadores de dicho modelo son los siguientes:

a) *Universalidad de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social* («para todos los ciudadanos»), en virtud de la cual no resulta constitucionalmente posible establecer mecanismos de tutela que puedan suponer su negación para determinados ciudadanos.

b) *Garantía de protección frente a «situaciones de necesidad»*. La justificación constitucional de la existencia de un sistema de Seguridad Social se halla, pues, en la **protección de los estados de necesidad** provocados por la carencia de ingresos (arts. 1.1, 9.2 y 41 CE), a la vez que su garantía y tutela constituye una de las ideas-programa funda-

mentales que informan la acción del mismo. Estados de necesidad que generan o producen, técnicamente, *situaciones de necesidad protegidas*, entendidas como aquellas en las que se encuentra una persona o un grupo social como consecuencia del exceso de gastos, del defecto de ingresos, o de ambos a la vez, producidos por una *contingencia* prevista por el sistema de Seguridad Social, y que imponen una solución reequilibradora de este.

c) **Suficiencia de las prestaciones**, lo que implica trasladar a un primer plano la situación de necesidad y la carencia de ingresos (función de compensación de las prestaciones), reconduciendo a un segundo plano la función de sustitución de las rentas de activo, típica de los sistemas contributivos. Sobre esta materia se han pronunciado las SSTC 134/1987 y 208/1988, si bien de forma tangencial, para indicar que los máximos de pensiones, aunque topadas en relación con el principio contributivo en sentido estricto, son adecuadas para cumplir su función, y suficientes en su cuantía, sobre todo si se tiene en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto y las cuantías medias de las mismas.

Conforme ha señalado el TC, «la garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones ni su revalorización conforme al IPC. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (STC 134/1987). La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable» (STC 100/1990). Sobre la base de esta doctrina constitucional, la STC 49/2015 declaró constitucional el RDL 28/2012 que suspendió la actualización de las

pensiones en 2012. En la misma línea, cabe situar las SSTC 95/2015, de 14 de mayo, y SSTC 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135/2015 y 144/2015.

4. Límites a la libertad de configuración del legislador

Se decía anteriormente que el legislador juega un papel protagonista en el diseño del sistema de la Seguridad Social y que para ello cuenta, según la doctrina constitucional, con libertad de configuración. Libertad que, en todo caso, queda limitada por el respeto a la «**esencialidad**» de su carácter público y la uniformidad en su gestión económica.

La STC 126/1994, partiendo de que los derechos de Seguridad Social son «derechos sociales de prestación», que implican una **carga financiera** considerable, señala que tales derechos son de contenido legal y requieren ineludiblemente de la intermediación legislativa. La Seguridad Social, en tanto que variable dependiente de la realidad económica, se encuentra obligada a modular necesariamente su acción protectora en función de circunstancias económicas y sociales. Obligación intrínseca pero que también alcanza a la propia actuación del Tribunal Constitucional, que debe valorar tal circunstancia a la hora de controlar las decisiones del legislador en esta materia. Como gráficamente recuerda la STC 49/1994, citando la STC 65/1987, «salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel» (SSTC 44/2004, 213/2005).

Corresponde, por tanto, al legislador determinar el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular

lar técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura (STC 128/2009). El TEDH ha recordado que el sistema de Seguridad Social de un país puede ser cambiado en cualquiera de sus aspectos en respuesta a cambios sociales y opiniones cambiantes sobre las categorías de personas que necesitan asistencia social, y también atendiendo a la evolución de situaciones individuales. Ello proporciona en esta materia al Estado un amplio margen de apreciación para racionalizar sus sistemas de seguridad social. Pero sin que ello pueda prescindir del examen de la proporcionalidad de tales medidas (STEDH de 18 de julio 2017, caso *Lengyel contra Hungría*).

5. El lugar de la «previsión social complementaria» en el modelo constitucional

El modelo público de Seguridad Social no se define de forma solipsista, pues el mismo puede coexistir con otros **sistemas complementarios de carácter libre**, si bien estos no pueden ser considerados equivalentes a aquel. Lo subraya la STC 208/1988, al señalar que «del art. 41 CE se deriva una separación necesaria entre régimen público de Seguridad Social y prestaciones complementarias libres que se basan en la lógica contractual privada, son financiables con fondos privados y a cargo de los beneficiarios». Como se ocupó de precisar nuestro Tribunal Constitucional, la noción de Seguridad Social, tomado en consideración el marco normativo «interno e internacional, donde hoy se mueve la institución», «no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad».

Cuando la voluntad privada dispone de capacidad de decidir sobre los beneficiarios, extensión e intensidad de la protección y fórmulas de articularla —afirma la jurisprudencia constitucional— «sin salir del ámbito genérico de la “protección social”, si nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Segu-

ridad Social». En suma, materialmente, los sistemas autónomos y voluntarios de protección social (mutualismo de previsión social, planes de pensiones, mejoras voluntarias de Seguridad Social externalizadas a través de contratos de seguro), aun complementarios del sistema público e imperativo de Seguridad Social —la llamada «Seguridad Social complementaria»—, no son, propiamente, Seguridad Social (STC 206/1997). De este modo, «la finalidad de los planes y fondos de pensiones consiste en establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social. Asimismo los fondos de pensiones cumplen una importante función en la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros» (STC 88/2009).

La jurisprudencia constitucional ha intervenido, no obstante, en diversas ocasiones para evaluar y garantizar la aplicación del **principio de igualdad** en este ámbito. Así, ha considerado que la habilitación legal para efectuar aportaciones a un sistema complementario de pensiones no vulnera el principio de igualdad ni los principios de legalidad, anualidad y universalidad presupuestaria consagrados en el art. 134.2 CE, al retrotraerse su eficacia al momento de su promulgación (STC 139/2005). Por el contrario, sí ha considerado contrario al art. 14 CE la desigualdad de tratamiento que dispensa el Reglamento de un Plan de Pensiones a los trabajadores contratados mediante contratos de duración determinada respecto a los trabajadores con contratos de duración indefinida, pues entiende el Tribunal Constitucional que se utiliza como criterio de diferenciación una circunstancia que por sí sola no puede justificar tal disparidad, si no viene complementada por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia (STC 104/2004).

Según la doctrina constitucional, el carácter necesariamente público del sistema de Seguridad Social no excluye, sin embargo, el esta-

blecimiento de fórmulas de gestión o de responsabilidad privadas, siempre que estas sean «de importancia relativa» en el conjunto de la gestión de aquel y, consiguientemente, el papel y el compromiso de los poderes públicos en la satisfacción de su función protectora siga siendo «predominante» (SSTC 37/1994 y 129/1994). En relación con lo anterior, la STC 187/1994 dirá que el convenio colectivo carece de aptitud para alterar el alcance y el contenido de la (relación) de Seguridad Social creando a cargo de las empresas obligaciones de índole tributaria de naturaleza pública (por ejemplo, considerar como tiempo cotizado a efectos de Seguridad Social el período de excedencia forzosa por razón de matrimonio), por ende, y condicionando el obrar y la responsabilidad de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, terceros respecto de las partes negociadoras del pacto.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL MODELO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Las dimensiones de la igualdad y Seguridad Social

Una de las que pudiéramos llamar obsesiones de la CE ha sido la consagración, múltiple y de variadas formas, de la trascendencia de la igualdad en la conformación del «Estado social y democrático de Derecho». El principio de igualdad se dirige, ante todo, a los **poderes públicos**, a los que exige igual trato y consideración para todos los titulares del derecho. Sin embargo, el art. 14 CE no exige igualdad absoluta de trato, ya que admite diferencias no solo entre supuestos de hecho diferentes, sino también entre situaciones iguales, siempre que estén fundadas en razones objetivas y justificadas, carezcan de arbitrariedad, y se ajusten en su regulación y aplicación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Desde este esquema procederemos seguidamente a valorar cómo el Tribunal Constitucio-

nal ha utilizado los referidos criterios a la hora de resolver los conflictos jurídicos en los que el sustrato material de la controversia se situaba en el ámbito de la Seguridad Social. Esta opción metodológica, entendemos, permite valorar al mismo tiempo los modos constitucionales de razonamiento en materia de igualdad y el efecto material que para el sistema de Seguridad Social producen tales resultados.

2. La exigencia de término de comparación en el juicio de igualdad

Como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional, toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación de un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos.

Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que **los distintos regímenes de Seguridad Social no son términos homogéneos de comparación a los efectos del art. 14 CE**, por lo que este precepto «no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre aquellos regímenes» (la expresión es de la STC 268/1993; pero cabe citar, entre muchas, las SSTC 103/1984, 137/1987, 27/1988, 173/1988, 184/1993 y 377/1993). Y ello porque la articulación del sistema en un régimen general y diversos regímenes especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren (STC 268/1993 y las resoluciones allí citadas). Y, así, se ha dicho en expresión reiterada que «la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico» (SSTC 103/1984 y 38/1995).

Ahora bien, **a partir de la STC 39/1992**, seguida, entre otras, por las SSTC 184/1993, 268/1993 y 291/1994, el Tribunal ha precisado que la doctrina excluyente, en principio, del **juego del art. 14 CE «no puede aplicarse de manera automática** y sin más reflexión a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos distintos, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad, cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia». Lo insatisfactorio de semejante resultado lleva a que en estos casos deba «irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si, efectivamente y desde una perspectiva material, esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyan suficiente justificación del tratamiento desigual» (SSTC 39/1992, 184/1993, 268/1993 y 291/1994). Pero existe una peculiaridad: de conformidad con la doctrina sentada en estas sentencias, se producirá «una especie de inversión de la carga alegatoria», de manera que corresponderá a quien alega la vulneración de la igualdad acreditar que la diferencia carece de justificación objetiva y razonable, al contrario de lo que ocurre con las diferencias dentro del mismo régimen, pues entonces quien defiende su constitucionalidad es quien debe ofrecer la justificación de la diferencia (STC 103/1983). En similar dirección podrían citarse los supuestos examinados por, entre otras, las SSTC 184/1993, 231/1993, 268/1993, 377/1993, 291/1994 y 38/1995.

3. Test de razonabilidad y juicio de igualdad en materia de Seguridad Social

El **test de razonabilidad** proyectado sobre el principio de igualdad se centra, en primer

término, en la necesidad de determinar si dentro del ordenamiento jurídico existen argumentos justificativos de la desigualdad, esto es, si existe un referente normativo que justifique dicho tratamiento. Tales referentes pueden hallarse dentro del propio ordenamiento constitucional y, más en concreto, la protección de otros valores constitucionales que pudieran concurrir con el valor igualdad. La presunción de validez de las normas fruto de la legitimidad democrática del legislador no puede encontrar más límite en el art. 14 CE que el que se deriva de las cláusulas específicas de no discriminación y de la afectación de derechos fundamentales por la diferenciación.

A) *La presunción de actuar razonable del legislador en el establecimiento de diferencias normativas*

a) La sucesión de normas y razonabilidad de la diferencia de trato

Se ha consolidado como doctrina jurisprudencial que las **desigualdades de normas que se suceden en el tiempo** son inherentes o consustanciales al sistema de producción normativa. Por ejemplo, en la STC 119/1987, el Tribunal admite la constitucionalidad de la diferencia producida entre los trabajadores que demandaron una prestación por desempleo estando en vigor la Ley Básica del Empleo de 1980, que les exigía la inscripción en la Oficina de Empleo dentro de plazo y los que lo hicieron estando en vigor la Ley 31/1984, de protección de desempleo, que no exigía dicha condición. El Tribunal afirma que la desigualdad de trato entre diversas situaciones derivada únicamente de un cambio normativo y producida tan solo por la diferencia de las fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna y **no es contraria al principio de igualdad ante la Ley**. Un asunto similar resuelve la STC 88/1991, en la que se debatía la constitucionalidad de admitir, fallecido el cónyuge en 1968, la prescrip-

ción de tres años del reconocimiento de la pensión de viudedad, como establece la LSS de 1966, a pesar de que el derecho al reconocimiento de dicha pensión fue declarado imprescriptible por Ley 24/1972. El Tribunal, ante dicha situación, reitera su doctrina sobre la constitucionalidad de la desigualdad en el tiempo y admite la diferenciación (también, SSTC 121/1991, 89/1994 y 38/1995).

b) La inexistencia de la desigualdad por no diferenciar o no ser individualmente diferenciado

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, **el art. 14 CE no funda un derecho a imponer o exigir divergencias de tratamiento**, sino solamente un derecho a no ser discriminado, por lo que, cuando el legislador no considera relevante alguna de las situaciones diversas y no impone un tratamiento diferenciado, no vulnera el principio de igualdad. Buen ejemplo de ello es la STC 70/1991, que vino a resolver dos amparos acumulados en los que se impugnaban sendos decretos por los que se habían aprobado unas bases máximas y mínimas de cotización a la Seguridad Social articuladas sobre la cuantía de los salarios percibidos, pero parcialmente corregidos en función de ciertas categorías profesionales previstas en la propia regulación reglamentaria. El Tribunal desestimó esta pretensión señalando lo siguiente: «la generalidad de la norma, y por ello su distanciamiento en relación a casos particulares concretos, es una garantía de seguridad jurídica y de la igualdad. Por ello, **el juicio de igualdad debe hacerse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinción, y no casos particulares individualizados**. La norma debe utilizar criterios objetivos generales, cuya razonabilidad y proporcionalidad ha de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más frecuentes y no, como pretende el recurrente, respecto de los casos particulares en los que la diferencia jerarquizada de categorías profesionales no se

refleje en una correspondiente diferencia retributiva».

c) Un ejemplo de actuación razonable del legislador: la limitación del desempleo parcial a las reducciones de jornada en expedientes de regulación de empleo

La STC 213/2005 se cuestiona el **diferente tratamiento en términos de protección otorgado por el legislador social a las reducciones de jornada**, según que se trate de reducciones autorizadas con carácter temporal por la autoridad laboral al amparo de los arts. 47 y 51 ET, o de reducciones derivadas de la modificación sustancial del contrato de trabajo decidida por el empresario, con alcance permanente o indefinido, al amparo del art. 41 ET. El citado pronunciamiento considera que la disparidad normativa encuentra su **justificación razonable en una opción legislativa** legítima que limita el reconocimiento de la situación de desempleo parcial a aquellos supuestos que configuran una situación meramente coyuntural derivada de determinadas y específicas circunstancias empresariales y con el control de la autoridad laboral, y en los que el reconocimiento de la prestación actúa compensando la disminución transitoria de ingresos sufrida por el trabajador y facilitando, por ello, el desarrollo de la medida de regulación de empleo y el logro de los objetivos perseguidos con la misma.

B) *Excepciones al principio de legislador razonable en materia de Seguridad Social*

La discrecionalidad del legislador tiene límites evidentes y el más significado es, precisamente, el principio de igualdad. En este sentido, conviene repasar los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en los que el mismo ha considerado que la actuación normativa se apartaba de los cánones de razonabilidad e incurría, en cierta medida, en un actuar no sujeto a razones socialmente admisibles.

- a) Inconstitucionalidad de la «inembargabilidad absoluta» de las pensiones

El art. 22.1 LGSS/1974 prohibía el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social, de manera incondicionada y al margen de su cuantía. Este precepto fue declarado inconstitucional por la STC 113/1989, por estimarlo contrario a los arts. 14 y 24.1 CE. El Tribunal Constitucional declara que **la absoluta inembargabilidad de las pensiones conculca el art. 14 CE**. El citado pronunciamiento afirma que «aunque el percceptor de una prestación de Seguridad Social puede soportar una situación personal de particular necesidad que permita diferenciarlo de los perceptores de cualesquiera otras retribuciones, ello solo podrá justificar un tratamiento legal distinto de las prestaciones de Seguridad Social respecto a otras percepciones en lo que a las limitaciones de inembargabilidad se refiere, pero no podría justificar, por irrazonable y desproporcionada, la inembargabilidad absoluta de las prestaciones de la Seguridad Social al margen y haciendo abstracción de su cuantía, su origen y las circunstancias personales de los perceptores».

- b) Inconstitucionalidad de los reglamentos en materia de desempleo que contradicen el mandato de la Ley

Máxime cuando los mismos abiertamente se separan del contenido definido legalmente. Las SSTC 209/1987, 78/1990, 4/1991 y 69/1992 no aplican juicio de razonabilidad por enjuiciar **reglamentos** respecto a los cuales **no puede existir presunción de legitimidad**, como ocurre con el legislador. Estas sentencias debaten la constitucionalidad de los requisitos establecidos en el RD 625/1985 para acceder al subsidio de desempleo, en un caso para acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años y en otro para el subsidio de los trabajadores fijos-discontinuos. Con base en la naturaleza reglamentaria de la norma, en lo recogido en el art. 41 CE, y sobre todo, en una aplicación estricta del juicio de

racionalidad, el Tribunal Constitucional declara la no adecuación de la norma al art. 14 CE.

- c) Inconstitucionalidad de la diferencia de trato entre las pensiones de invalidez de la Seguridad Social y de clases pasivas

La STC 134/1996 resuelve el recurso de inconstitucionalidad en el que se denunciaba como contrario al art. 14 CE el **distinto trato legal dado a las pensiones de incapacidad permanente causadas por los funcionarios públicos en relación con las pensiones de incapacidad permanente reconocidas por la Seguridad Social**, en el sentido de que, desde el ejercicio fiscal de 1994, las pensiones de incapacidad permanente solo estaban exentas del impuesto sobre la renta de las personas físicas cuando el grado de disminución fuera constitutivo de gran invalidez, mientras que las pensiones de incapacidad permanente causadas en la Seguridad Social, además de en el caso de gran invalidez, también lo estaban en el supuesto de incapacidad permanente absoluta. La sentencia concluye afirmando que «al declarar exentas las rentas de idéntica naturaleza (pensiones por incapacidad permanente absoluta) cuando el percceptor está en el sistema de la Seguridad Social y no cuando está adscrito al régimen de clases pasivas, se vulnera el principio de igualdad tributaria y se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo que la Constitución consagra en su art. 31».

- d) Inconstitucionalidad de la diferencia de trato entre cónyuge supérstite y beneficiario procedente de las situaciones de divorcio y separación a efectos de la pensión de viudedad

El Tribunal Constitucional declaró en su STC 125/2003 «la inconstitucionalidad de la norma 5 de la DA 10.^a L 30/1981», en su referencia a

la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 CC de «vivir maritalmente con otra persona». El citado apartado distinguía entre el viudo conviviente y el divorciado a la hora de percibir la pensión de viudedad. Se daban, así, dos situaciones. Por una parte, la **pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio no anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge**, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y por otra, el de la **pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios**, pues, en tal supuesto, el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encontraban divorciados o legalmente separados, que obtuvieron dicha clase de pensión, la perdían en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la perdía aunque mantuviera ese mismo tipo de convivencia. Fundamenta su fallo el Tribunal en el hecho de que es evidente que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante y, por tanto, sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiarios, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio). Se produce, por todo ello, una diferencia de trato no justificada.

4. Juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y la finalidad pretendida

El principio de igualdad no solo 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. La utilización del criterio de proporcionalidad ha sido frecuente en relación con el peculiar derecho a la igualdad ante la Ley. Juicio que se encuentra integrado por tres subjuicios: si la medida valorada 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 indispensabilidad o estricta 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).

A) *Inconstitucionalidad de las edades forzosas de jubilación*

El juicio de proporcionalidad, pese a ser citado en sus sentencias, ha sido empleado por el Tribunal en sus razonamientos de forma muy limitada. Ejemplo de esta proyección argumental puede hallarse en la STC 22/1981, en que se planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional quinta del Estatuto y, en concreto, si dicho precepto no suponía una contradicción con el derecho a la igualdad y al trabajo que reconoce la Constitución (arts. 14 y 35 CE) al declarar forzosa la **jubilación del trabajador desde el momento en que este cumplía los 69 años de edad**. El Tribunal consideró que el derecho al trabajo que establece el art. 35 CE es un bien constitucional a preservar y que con tal previsión se veía sacrificado, por lo que tal sacrificio solo resultaría válido en caso de que el criterio de distinción no solo sirviese «a la constitución de un fin lícito, sino que [...] además [...] con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado». Era necesario, pues, que la justificación alegada resultase no solamente razonable, sino suficiente en propor-

ción al derecho sacrificado. El Alto Tribunal llegó a la conclusión de que la extinción automática del contrato por llegar a una determinada edad resultaba **desproporcionada** si no se insertaba dentro de una política de empleo concreta y que parte de tal disposición era inconstitucional en cuanto fijaba como causa de jubilación única el cumplimiento de determinada edad en abstracto.

B) Inconstitucionalidad de las diferencias de trato de los trabajadores a tiempo parcial en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social

La STC 253/2004 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto del párr. 2.º del art. 12.4 ET, que establecía que «para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas». A juicio de TC, esta medida no supera el juicio de proporcionalidad exigido por la doctrina constitucional y que es uno de los aspectos del principio de igualdad vulnerado, pues la medida adoptada (período de carencia calculado según el cómputo de horas trabajadas) produce un resultado desproporcionado (exigencia de un mayor período de carencia a los trabajadores a jornada parcial, con la consiguiente desprotección social a la que se enfrentarían) que no justificaría la finalidad pretendida que, en todo caso, sería el mantenimiento del principio contributivo en que se basa nuestro sistema de la Seguridad Social.

Con posterioridad, el RD 15/1998 revisó los criterios de acceso a las prestaciones y se introdujeron las reglas correctoras que también fueran cuestionadas. La STC 61/2013 consideró que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la

debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. En el mismo sentido que la STC 61/2013 se dictaron posteriormente otras sentencias que mantuvieron la trayectoria marcada por el Tribunal Constitucional, en concreto las SSTC 71 y 72/2013 y 116 y 117/2013.

Si, en general, la actual regulación de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial parece que supera los reproches de inconstitucionalidad respecto a la forma del cómputo de carencias para el acceso a las prestaciones, se ha cuestionado la forma de integrar las «lagunas de cotización» para el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes y de jubilación. Tanto la STC 156/2014 como la STC 110/2015 consideran que no vulnera el art. 14 CE la norma sobre integración de lagunas de cotización para los periodos no cotizados porque la regla aplicable en ambos supuestos es la misma («la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización») y porque el derecho a un sistema de Seguridad Social es un derecho de configuración legal que en el contrato a tiempo parcial atiende al principio de proporcionalidad.

III. LA DISCRIMINACIÓN COMO LÍMITE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Seguridad Social y cláusulas de discriminación expresamente recogidas en la Constitución

La virtualidad del art. 14 CE no se agota, como ha recordado el Tribunal Constitucional, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a conti-

nuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación.

La cláusula de no discriminación se contiene en el segundo inciso del art. 14 CE. Este precepto dispone que «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». El canon de control aplicable cuando se alega que una norma jurídica conculca el art. 14 CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, se define por la STC 126/1997 y reitera la STC 3/2018, a partir de su diferencia con el canon de ponderación aplicable al apartado primero del mismo precepto constitucional: «si el principio de igualdad “no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia de trato”, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que solo 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 y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».

En cambio, cuando la discriminación se deba no al tenor de una norma, sino a la interpretación y aplicación que de ella hace el órgano judicial con tal resultado de desigualdad, habrá vulneración del derecho, como explica la STC 69/1991, cuando: «entre varias presunciones igualmente sostenidas a la luz de la experiencia cotidiana, el Juez acepte una para basar en ella un trato que discrimina al justiciable en razón de una circunstancia personal no contemplada por la norma ni relevante de ningún modo para la finalidad perseguida por esta, equivale a establecer en la aplicación de la norma una diferencia no objetiva ni razonable, sino arbitraria y lesiva por tanto del derecho a la igualdad ante la Ley».

A) *Discriminación por razón de nacimiento*

La STC 46/1999 resuelve sobre el supuesto en el que un pronunciamiento judicial, aplicando en el art. 41.2 de la Ley de Clases Pasivas, denegó la pensión de orfandad a un joven que fue adoptado menos de dos años antes del fallecimiento del padre adoptivo, dado que el citado precepto exigía el requisito de dos años de convivencia previa al fallecimiento para que los funcionarios pudiesen generar pensión de orfandad a favor de sus **hijos adoptivos**. Señala el Tribunal Constitucional que «el modo en que el legislador reguló esta cuestión resulta claramente desproporcionado: con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período [...]. Al no considerar que la desigualdad creada por la norma sea proporcionada al fin perseguido por la misma, esta diferencia debe considerarse contraria al art. 14 CE. Tan contraria a la igualdad es “la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o, sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad”». El Tribunal se plantea, por ello, autocuestión de inconstitucionalidad de la norma. La STC 200/2001, que resuelve dicha cuestión interna, declara inconstitucional el requisito establecido en el art. 41.2 RDLeg. 670/1987. El Tribunal deja claro que su decisión es consecuencia de la aplicación de un juicio estricto sobre una diferenciación, la que se produce entre hijos adoptivos e hijos de naturaleza, a los cuales no se les exige este requisito, que considera dentro de la cláusula específica de no discriminación por razón de nacimiento.

Esta sentencia, por tanto, abrió las puertas a que, a partir de la misma, los hijos adoptivos se unan a los **hijos no matrimoniales** como colectivo respecto al cual cualquier diferenciación resulte sospechosa por razón de su

nacimiento. Así ocurrió en la STC 154/2006, en la que se reconoce el derecho a percibir una indemnización de orfandad por el hijo extramatrimonial de un fallecido en accidente de trabajo y cuya madre carece de pensión de viudedad por haber convivido *more uxorio*. Señala el Tribunal, en primer término, que entre los factores de discriminación prohibidos se encuentra el nacimiento, resultando que la filiación extramatrimonial reclama igualdad de derechos con la matrimonial, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. La filiación por naturaleza, dicho de otro modo, puede tener lugar tanto dentro como fuera del matrimonio, no existiendo diferencia alguna entre una y otra modalidad en su origen. La Sala considera, además, que se trata de una discriminación indirecta, esto es, aquella que queda referida a tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido. Todo ello estaría en contra del mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, y sería contrario a una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a los principios rectores de la política social y económica, que no son meras declaraciones programáticas, sino guías de referencia que han de orientar las decisiones judiciales.

B) *Discriminación por razón de raza*

La STC 69/2007 resuelve sobre el acceso a la **pensión de viudedad de una mujer casada por el rito gitano**. El Tribunal parte de la base, por un lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia y, por otro, de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio. Considera el Tribunal que no puede considerarse que supon-

ga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente. El asunto fue revisado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, que sí consideró que existía discriminación con base en el art. 14 CEDH.

C) *Discriminación por edad*

La edad como factor de diferenciación prohibido, aunque no se contempla de modo expreso en el art. 14 CE, se enmarca sin dificultad en la cláusula abierta de no discriminación por la que quedan también proscritas las diferencias basadas en cualquier otra condición o circunstancia personal o social, por cuanto la edad constituye una circunstancia personal (SSTC 75/1983, 31/1984 y 37/2004) que, como tal, no puede ser razón para discriminación alguna (STC 69/1991). Es cierto, también, que la edad no constituye un rasgo especialmente sospechoso en materia de Seguridad Social, donde ha sido uno de los requisitos tradicionales para el acceso a las prestaciones (SSTC 184/1993, 231/1993 y 359/1993).

La STC 100/1989 analizó la posible violación del derecho a la igualdad a causa de la edad. El recurrente en amparo alegó que había sido discriminado por razón de edad, ya que la ley establecía la **jubilación forzosa a los 65 años de edad**. El Tribunal Constitucional resuelve el supuesto, denegando el amparo: «la elección legislativa efectuada es constitucionalmente correcta, y, por lo que aquí interesa, al haber alterado el parámetro para determinar las pensiones de jubilación sustituyéndolo por otro que se considera más justo o equitativo, en modo alguno vulnera derechos fundamentales, ni establece desigualdades como pretende el recurrente». No hay discriminación alguna por edad, «puesto que todos los de su misma edad se encontrarán en la misma situación».

La STC 197/2003, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 143.2 LGSS (actual art. 200 LGSS), declaró que era conforme a la Constitución el contenido de dicho precepto y, en consecuencia, que los únicos beneficiarios de las prestaciones de incapacidad permanente a los que se permite solicitar la revisión del grado de la invalidez reconocido son aquellos que en el momento del hecho causante acrediten, entre otros requisitos, no haber cumplido la edad de jubilación establecida en la LGSS. El citado pronunciamiento negó la existencia de un desigual trato prohibido por considerar que la diferenciación contenida en la LGSS se justifica porque la edad aislada y selectivamente considerada no era la que desencadenaba en el precepto la diferenciación entre dos grupos de personas, sino la edad en cuanto línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de esta. Por su parte, la STC 78/2004 examinó una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el mismo precepto en cuanto impide a los incapacitados solicitar la revisión del grado de invalidez cuando hayan cumplido la edad mínima para acceder al derecho a la pensión de jubilación prevista en el art. 161.1.a) LGSS (actual art. 205 LGSS) en los supuestos en los que se solicita el grado de invalidez. El Tribunal desestima la cuestión planteada, de un lado, por lo que se refiere a la posible vulneración del art. 14 CE, remitiendo a los mismos motivos que ya expuso en la STC 197/2003. La STC 149/2004 se plantea, igualmente, el problema de la superación de la edad de jubilación como impedimento para recibir una prestación por gran invalidez (art. 138.1 LGSS, actual art. 195 LGSS), si bien ahora en el marco de un proceso de amparo.

La STC 66/2015, en el caso de la selección de trabajadores en un despido colectivo en función de su edad próxima a la jubilación, ha considerado que es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, como puede ser la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio espe-

cial en los términos previstos actualmente en la DA 13 LGSS, lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando.

D) *Discriminación por razón de nacionalidad*

La cuestión relativa a la titularidad del derecho a la igualdad y su extensión a los ciudadanos extranjeros ha tenido su especial proyección en el terreno de la Seguridad Social. La STC 130/1995 proyecta sobre el caso tan consolidada doctrina. En esta ocasión, se declara la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales que deniegan al actor, de nacionalidad marroquí, su solicitud de prestación por desempleo. Señala el citado pronunciamiento que «el derecho que el recurrente invoca como vulnerado (por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí) de percibir la prestación de desempleo en igualdad con los trabajadores españoles en el mismo sector, dependerá de que por Ley o por Tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a estos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social a los que se refiere el art. 41 CE». Como quiera que el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos establece que los marroquíes residentes en un Estado miembro se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados, el Tribunal consideró violado el art. 14 CE al denegarse la prestación por desempleo, por lo que declaró inconstitucional la resolución.

E) *Discriminación por motivos religiosos*

La discriminación podría, también, producirse por motivos religiosos. La STC 63/1994 contempla el supuesto de una religiosa que

había prestado servicios como **profesora**, siendo dicha prestación parte integrante de su oficio religioso. La misma alegaba la diferencia de trato en cuanto a la acción protectora de la Seguridad Social que recibían quienes desempeñaban una misma labor docente por el hecho de pertenecer a una comunidad religiosa frente a quienes no estaban incorporados a ella. En esta sentencia se desestima el amparo que se pedía porque: «aun admitiendo que los servicios prestados por un religioso podían cuando tal fuese su naturaleza ser calificados como laborales, en el supuesto concreto resuelto, los servicios se prestaban a la propia comunidad religiosa y no eran ajenos al compromiso de tal índole asumido por su prestador, por lo que, en consecuencia, no podían ser calificados de laborales. Tal hecho diferencial determinaba que no existiese discriminación en relación con los seculares que realizaban la misma actividad docente, pues la actividad desarrollada por el religioso quedaba fuera del ámbito del contrato de trabajo». En la STC 128/2001 se resuelve un supuesto, en alguna medida, inverso del anterior. En este caso, la acción de amparo se planteaba por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España respecto de una sentencia por la que se desestimó el recurso deducido contra un acta de liquidación por diferencias en la cotización por una persona que prestaba servicios como **ayudante de cocina** en un colegio de la referida institución. El Tribunal Constitucional considera que no se ha vulnerado el derecho a la libertad religiosa al no mediatizarse la autonomía organizativa de la citada Iglesia por calificar como laboral a la citada relación. Tampoco considera, en este caso, vulnerado el art. 14 CE en relación con lo establecido en la anterior STC 63/1994.

En la STC 88/2005 una **religiosa católica** que había **prestado servicios como enfermera** desde 1960 a 1974, año en el que se seculariza, pretende resultar beneficiaria del derecho a una pensión de jubilación contributiva. La misma no cumplía el período de carencia requerido, al no serle reconocida la posibilidad

de cómputo de período ficticio de cotización anterior a la creación del precedente del RETA (Mutualidad de Trabajadores Autónomos del Sector de Alimentación en enero de 1962). En concreto, cuestiona que en su caso no se le reconozcan, por el hecho de tratarse de una religiosa integrada en el RETA, períodos de cotización asimilados, que sí se habrían reconocido en el caso de tratarse de un sacerdote integrado en el régimen general de la Seguridad Social. La sentencia concluye que: «la diferenciación efectuada en su día por el legislador entre los sacerdotes y los religiosos y religiosas a efectos de su integración en el sistema de la Seguridad Social aparece justificada por razón de la diferente actividad desarrollada por uno y otros, extremo este que este Tribunal ha declarado que no es vulnerador del derecho fundamental cuestionado y que, por lo tanto, no podemos enjuiciar desde el ámbito de nuestra jurisdicción».

El TEDH ha considerado que es discriminatoria la diferencia existente entre los sacerdotes católicos y los ministros evangélicos para acceder a una pensión de jubilación. En la STEDH de 3 de abril de 2012, asunto *Manzanas Martín contra España*, el Tribunal estima probado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato basada en la confesión religiosa no justificada.

F) *Discriminación por razón de sexo*

La discriminación en razón del sexo, tal como se la interpreta comúnmente, implica la consideración arbitraria e irracional del sexo en la adjudicación de beneficios y posiciones.

a) Pensión de viudedad y «viudo discriminado»

El tratamiento que daba la legislación preconstitucional de Seguridad Social a la pen-

sión de viudedad ha sido una de las cuestiones sobre las que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias sentencias.

La STC 103/1983 ha sido una de las decisiones del Tribunal Constitucional que mayor impacto ha tenido respecto de la Seguridad Social, en relación con aquellas en las que se debatían cuestiones relativas a la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Tribunal inicia con la STC 103/1983 una serie denominada del «**viudo discriminado**» (ALONSO OLEA) que tuvo como objeto valorar la inconstitucionalidad del art. 160.2 LGSS, que establecía para los viudos requisitos más exigentes que para las viudas a la hora de acceder a la prestación de viudedad. Esta serie, seguida por la STC 104/1983, tiene su continuación en las SSTC 253/1988, 144/1989, 158/1990 y 102/1992, que declararán la inconstitucionalidad del art. 3 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, regulador del SOVI, que venía a establecer idéntica discriminación respecto de los viudos. El Tribunal consideró que el hecho de que el art. 41 CE otorgase garantías en las situaciones de necesidad, no significaba que el legislador no pudiera, cuando existieran motivaciones de política jurídica o política social, ampliar el ámbito de protección a otros colectivos (en este caso los viudos), pues el derecho del art. 41 CE es tan solo un *minimum* constitucionalmente garantizado. La STC 3/1993 establecerá la existencia de desigualdad de trato en el caso de la **exclusión de beneficiarios hijos y hermanos varones en supuestos de prestaciones a familiares** del art. 162.2 LGSS.

Igualmente, aparece una serie de sentencias referidas al reconocimiento de la prestación por viudedad a través del mecanismo de las **Mutualidades**. La STC 42/1984 reconoce la desigualdad de trato a los viudos en el caso del art. 63 del Estatuto de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local en los términos vistos en las líneas jurisprudenciales ya citadas. Por el contrario, las SSTC 49/1990 y 5/1994, referidas, respectiva-

mente, a la Mutualidad de Enseñanza Primaria y a la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral, en los que las mismas seguían gestionando su propio sistema de previsión social con recursos propios, entienden que el carácter complementario y no general ni obligatorio para el sistema de las prestaciones de viudedad allí contempladas excluiría la consideración de discriminación no querida por el art. 14 CE.

- b) Inconstitucionalidad del período de carencia requerido a las trabajadoras a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social

La ya analizada STC 253/2004, sobre el período de carencia requerido a las trabajadoras a tiempo parcial, que resuelve sobre la inconstitucionalidad del art. 12.4 ET, incorpora interesantes reflexiones sobre la discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social. El citado pronunciamiento, tras un exhaustivo recorrido por las previsiones contenidas en el Derecho comunitario, en el Derecho interno y en numerosos pronunciamientos, tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal Constitucional acerca del concepto de discriminación indirecta, y una vez constatado estadísticamente que más del 80% de los trabajadores ocupados a tiempo parcial en nuestro país son mujeres, entiende que no aparece justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que, además, conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación esta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párr. 2.º del art. 12.4 ET, en

la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo. Todo lo expuesto conduce a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Las SSTC 49/2005 y 50/2005 estiman igualmente el amparo solicitado por vulneración de la misma norma ya declarada inconstitucional.

- c) Discriminación de organismos públicos por razón de sexo: suspensión de la demanda de empleo de una trabajadora de baja por maternidad

La STC 214/2006 concluye que la decisión del Instituto Nacional de Empleo (hoy SEPE) de **suspender la demanda de empleo de una trabajadora, tras la presentación por esta de un parte de baja por maternidad**, omitiendo su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para concurrir a una oferta de empleo cuyos requerimientos, en principio, satisfacía, vulnera el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE).

2. Seguridad Social y discriminación basada en cualquier otra circunstancia personal o social

El art. 14 CE concluye con una cláusula abierta de no discriminación: «**cualquier otra condición o circunstancia personal o social**». El estado civil, la orientación sexual, el parentesco o la residencia pueden ser situaciones que encubran factores no legítimos de diferenciación constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de enfrentarse a esta cuestión aplicando a estas situaciones el juicio de igualdad reforzado.

A) Estado civil

El TC, con el precedente de la STC 27/1986, inauguró en su STC 184/1990 la doctrina con-

forme a la cual no se considera discriminatoria la situación legislativa que permite denegar **la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho**. En el referido pronunciamiento se afirma que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica del cónyuge supérstite, ni a que este estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido. Desde esta perspectiva, el Tribunal afirma: a) que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes y que las diferencias entre una y otra situación podían «ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3); b) que la existencia de libertad para contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento (por todas, STC 184/1990 y AATC 188/2003 o 203/2005, entre otros); c) y que no en cualquier situación en que los convivientes *more uxorio* se vean impedidos de contraer matrimonio, tal eventualidad debe engendrar una obligación, a cargo de los poderes públicos, de brindar a los miembros de parejas de hecho un tratamiento jurídico equiparado al previsto para los cónyuges, pues, en caso de no existir tal libertad, es necesario valorar si la causa impeditiva del matrimonio pugna con los principios y reglas constitucionales, de manera que el TC deberá comprobar si las causas que hipotéticamente lo impiden resultan constitucionalmente admisibles (STC 180/2001), es decir, que no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, solo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente, pues para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales, de suerte que, de ser este el supuesto, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no goza-

ron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial.

El marco legal sobre el que se planteaba la cuestión fue modificado con posterioridad a través, sustancialmente, de la reforma del art. 44 del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio o por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

De acuerdo con la STC 44/2014, es constitucional la exigencia de que los integrantes de la pareja de hecho no tengan vínculo matrimonial con otra persona, en la medida en que tal exigencia responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional, pues el requisito discutido para ser beneficiario de la pensión de viudedad obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión.

Igualmente, la STC 45/2014 considera que la exigencia legal de previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

Por su parte, la STC 199/2004 otorga el amparo, considerando que se produce una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, al suplir de un matrimonio canónico no inscrito. Una solución distinta se adoptó en la

STC 194/2014, en el caso de un matrimonio islámico no inscrito; en el caso del demandante de amparo no se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia, como ocurría en el caso de la STC 69/2007, ni consta que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio, sino que, por el contrario, en la documentación obrante en las actuaciones consta que el estado civil de la pretendida causante de la pensión de viudedad era de «soltera».

B) Orientación sexual

Ha sido doctrina constante de nuestro TC que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugnaba con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/1990 y 66/1994) porque «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes» (STC 184/1990 y ATC 222/1994). Y ello implica que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio, como la pensión de viudedad, «a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual» (ATC 222/1994).

El marco legal sobre el que se planteaba la cuestión fue modificado con posterioridad a través, sustancialmente, de la reforma del art. 44 del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio o por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. La STC 92/2014 consideró que la denegación de la pen-

sión de viudedad al supérstite de una unión homosexual no resultaba contraria al art. 14 CE cuando el supuesto queda referido a la normativa legal vigente con anterioridad al referido cambio normativo. La misma conclusión mayoritaria se alcanza por sentencias posteriores y, en concreto, por las SSTC 98/2014, 115/2014, 116/2014, 124/2014 y 157/2014.

La STC 41/2013 y la posterior STC 188/2014 declararon la inconstitucionalidad del requisito de haber tenido hijos en común que establecía la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley), pues no solo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, «relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial que regula, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes». La STC 77/2013, de 8 de abril, proyecta la anterior doctrina al caso de una persona transexual.

C) Parentesco

En la STC 109/1988, el supuesto de hecho de la sentencia es el de una religiosa célibe que había sido dada de alta en el Régimen Especial del Servicio Doméstico de la Seguridad Social como empleada de hogar por cuenta de su tía carnal. Al ser dada de baja de oficio por la entidad gestora, la trabajadora recurre en amparo y alega que el art. 3.2 Decreto 2346/1969 es contrario al art. 14 CE. El Tribunal Constitucional desestima el amparo solicitado al considerar justificado el distinto tratamiento del cónyuge y de los parientes que hace el art. 3.1 del Decreto, así como la ex-

cepción cuya finalidad es la de «favorecer [...] el ejercicio de la función sacerdotal», finalidad que no incluye a los religiosos y religiosas.

En esta línea, el supuesto resuelto por la STC 79/1991 es el de una empleada del hogar que había sido dada de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico por su empleador, con quien le unía una relación de parentesco de tercer grado por afinidad. La Tesorería anuló dicha afiliación en virtud del art. 3.1 del Decreto 2346/1969, regulador de este Régimen Especial. El Tribunal revisa la doctrina de la STC 109/1988 y señala que «el vínculo de parentesco entre el titular del hogar familiar y el empleado doméstico únicamente permite justificar aquellas diferencias de tratamiento que resulten razonables a la luz del conjunto del ordenamiento». Se otorga, pues, el amparo a la recurrente, debiéndosele permitir demostrar su condición de trabajadora por cuenta ajena, para no resultar discriminada respecto de otros parientes a los que sí se les permite demostrar su laboralidad para su afiliación a otros regímenes. Las SSTC 59/1992 y 49/1994 seguirán la misma dirección.

Una tercera sentencia es la STC 2/1992. Era el caso de una empleada que trabajaba en un despacho de abogados y que contrajo matrimonio con uno de los abogados titulares del bufete, por lo que fue dada de baja en el Régimen General por la Tesorería. La sentencia considera que «la imposibilidad de que una persona pueda encontrarse en alta en razón exclusiva de un vínculo matrimonial con el empleador para el que presta sus servicios resulta contraria al art. 14 CE».

D) Residencia

La STC 90/1989 considera que no se vulnera el art. 14 CE cuando, por diferentes reales decretos, se establece un subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del sector agrario limitado a aquellas Comunidades

Autónomas donde el paro estacional de los trabajadores agrarios eventuales sea superior a la media nacional y donde el número de estos sea proporcionalmente superior al de otras zonas agrarias, en concreto, limitándose a Andalucía y a Extremadura su ámbito de aplicación. El Tribunal aplica su doctrina y considera que el lugar de residencia es un criterio de diferenciación, justificado por la intensidad del paro y su extensión cuantitativa, que no se considera irrazonable.

La Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, amplió el ámbito subjetivo de las personas beneficiarias de la pensión de viudedad a determinadas parejas de hecho, aunque no a todas, sino solo a las que reúnan una serie de requisitos y cumplan unas condi-

ciones para el acceso a la prestación. La STC 40/2014 declaró la inconstitucionalidad de la referencia legal al Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas para la acreditación de la pareja no matrimonial. La diferencia, que reside en el lugar de residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho, no está justificada, pues, a diferencia de lo que ocurre en la STC 90/1989, en este caso las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», en RODRÍGUEZ SANUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F. (Coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 404 a 459.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «El art. 41 de la Constitución. Garantía institucional y compromisos internacionales», *RSS*, núm. 15, 1982, págs. 77 a 86.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), «Los principios caracterizadores del sistema de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV., *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, págs. 327 a 341.

MERCADER UGUINA, J. R., «El marco teórico del principio de igualdad», en VILLA GIL y LÓPEZ CUMBRE (Dir.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, CEF, Madrid, 2003, págs. 211 a 267.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social», en MONEREO PÉREZ, J. L. et al. (Coords.), *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, págs. 97 a 115.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., «La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional», en TORTUERO PLAZA, J. L. (Dir.), *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, MTAS, Madrid, 2007, págs. 423 a 487.

VIDA SORIA, J., «La garantía pública de un régimen de Seguridad Social», en AA.VV., *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 903 a 926.

Artículo 42

El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno.

Sumario: I. Contenido del precepto. 1. La tutela constitucional de los emigrantes como consecuencia de la relevancia en nuestro país del fenómeno migratorio. 2. Ámbito subjetivo y objetivo de la función tutelar de la emigración. II. Ubicación sistemática del precepto. III. Desarrollo legal del precepto. IV. Protección del trabajador emigrante en la doctrina constitucional.

NIEVES CORTE HEREDERO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
LETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. CONTENIDO DEL PRECEPTO

1. La tutela constitucional de los emigrantes como consecuencia de la relevancia en nuestro país del fenómeno migratorio

El art. 19 CE reconoce a los españoles «el derecho a entrar y salir libremente de España», y, con ello, no solo se contempla la posibilidad de una salida temporal de nuestro territorio, sino también la de un establecimiento prolongado en otro país, normalmente con el objeto de obtener unos medios de vida mejores que los que se poseen en el de origen. Pero al Constituyente no le bastó con la proclamación de ese derecho entre los derechos y libertades fundamentales, sino que, tomando conciencia de la importancia del fenómeno migratorio en nuestro país, implicó al Estado de forma activa en la protección de los españoles emigrantes, encomendándole, de un lado, la salvaguarda de sus *derechos económicos y sociales*, y de otro,

compeliéndole a orientar su política hacia *su retorno* (art. 42 CE).

Aunque en la actualidad España registra un saldo migratorio positivo, no cabe duda de que históricamente hemos sido primordialmente un **país de emigrantes**. Desde principios del siglo XIX hasta mediados del XX el destino de nuestros emigrantes fue fundamentalmente transatlántico, produciéndose un éxodo intenso hacia América, aquel del que se lamentaba Rosalía DE CASTRO en su obra poética *Follas Novas* o *En las orillas del Sar* con relación a los emigrantes gallegos. Desde mediados del siglo XX se produjo, no obstante, un cambio de destino de nuestra emigración, dirigiéndose esta vez hacia los países europeos más industrializados de nuestro entorno (principalmente, Alemania). No obstante, con la recesión económica de los años setenta del siglo pasado derivada de la crisis del petróleo, el movimiento migratorio experimentó un descenso sustancial a nivel general y ante la caída drástica del empleo en toda Europa se produjo el

retorno de muchos de nuestros emigrantes. Fue en este último contexto en el que se aprobó la Constitución Española de 1978, es decir, en una **época de recesión económica** a nivel internacional que hizo más perentoria la situación de los emigrantes en el exterior, provocando en numerosos casos su regreso. En ese marco contextual, y ante la **necesidad de atender a las necesidades de nuestra población emigrante**, el Constituyente instó al Estado a través de la previsión contenida en el art. 42 CE a realizar una política activa de salvaguarda de ese colectivo, marcando como principio rector de su política la defensa de sus derechos y la facilitación de su regreso a España.

Ahora bien, a pesar de que hoy en día los índices de inmigración superan los de emigración, no por ello la previsión constitucional comentada ha mermado en importancia. De un lado, porque sigue siendo preciso dotar de la protección necesaria a los trabajadores que en su día emigraron y se mantienen en el exterior o que han decidido su retorno; de otro lado, porque el fenómeno migratorio sigue produciéndose en la actualidad, si bien con caracteres y bajo circunstancias diversas, favorecidas por la existencia de un espacio único europeo en el que rige el principio de libertad de circulación de mercancías y de personas. En efecto, a partir de 1986 (año de la integración de España en la CEE), las migraciones más habituales se han producido dentro del espacio intracomunitario y asistimos, desde entonces, a un nuevo y diferente movimiento migratorio entre los Estados miembros que se ha incrementado sustancialmente, desde el año 2007, a raíz de la última crisis económica a nivel global.

En consecuencia, aunque las circunstancias socio-económicas hayan variado sustancialmente, no cabe duda de que la tutela del fenómeno migratorio que dispensa el art. 42 CE sigue siendo necesaria para seguir salvaguardando los derechos y la asistencia de nuestros emigrantes y retornados.

2. **Ámbito subjetivo y objetivo de la función tutelar de la emigración**

Comenzando por la delimitación subjetiva, el art. 42 CE acota claramente su ámbito al referirse al «trabajador español en el extranjero», que es el que ha de ser objeto de tutela por el Estado. Es decir, la emigración que resulta protegida es la que afecta a los «**trabajadores españoles**» que han dejado nuestro país para establecerse en otro con la finalidad de trabajar en él (o que, en su caso, retornan después de haberlo hecho). Por otra parte, el sujeto obligado por la disposición comentada es el **Estado**, al que según el art. 149.1.2 CE le corresponde, de forma exclusiva, la competencia sobre «emigración».

En cuanto a la delimitación objetiva, nos encontramos ante un precepto que fija unos **fin**es, no los medios para obtenerlos. En primer término, la norma constitucional le impone al Estado la **salvaguarda de los derechos económicos y sociales** del mencionado colectivo. Se hace así referencia a los derechos conocidos como de «tercera generación», que constituyen a favor de sus titulares derechos de prestación, habitualmente a cargo de los poderes públicos (derechos en materia de empleo y ocupación, Seguridad Social, protección de la salud, estados de necesidad, orientación...). Como se ha apuntado por la doctrina (PECES BARBA, 1998, 32), en ellos no se parte de la universalidad e igualdad, sino, por el contrario, de la diferencia, de la «discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar instrumentos en forma de derecho a quienes están en inferioridad de condiciones», o, lo que es lo mismo, consiste en «tratar desigualmente a los desiguales, por lo que los titulares de los derechos económicos, sociales y culturales solo deben ser aquellas personas que necesitan apoyo, y no quienes no necesitan la igualdad. Igualdad como diferenciación y universalidad en el punto de llegada son los rasgos identificativos de estos derechos». Son diversos los medios que se utilizan para cumplir con esa finalidad tuitiva, adoptándose medidas tendentes tanto al efec-

tivo disfrute de tales derechos cuando el emigrante se encuentra desplazado temporalmente en nuestro país o cuando retorna a él definitivamente, como cuando se encuentra en el extranjero a través, en tal caso, de acciones de política exterior (convenios, tratados o acuerdos internacionales) dirigidas a que el trabajador español en el extranjero no sea discriminado por razón de su nacionalidad y que reciba un trato igual al que obtendría si hubiese permanecido en España.

En segundo término, la actuación estatal ha de llevar a cabo una **política orientada hacia el retorno** del trabajador español en el extranjero, que conllevará la remoción de los obstáculos que lo impidan o dificulten, así como la adopción de las medidas precisas para favorecer la inserción social y, en su caso, laboral del retornado. Finalidad esta última, por lo demás, nada fácil, teniendo en cuenta el actual nivel de desempleo y la elevadísima temporalidad de nuestra contratación laboral.

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PRECEPTO

El art. 42 CE se incorpora en la parte dogmática de nuestra Constitución, en el Capítulo III, Título I, dedicado a los «**principios rectores de la política social y económica**», principios que tienen como finalidad la orientación de la actividad de los poderes públicos. En este sentido, el art. 53 CE dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Tal disposición, sin embargo, no autoriza a considerarlos como «meras fórmulas retóricas o en blanco, carentes de fundamento jurídico», sino que «concretan la vertiente de los derechos fundamentales en calidad de principios objetivos del ordenamiento y actúan los postulados del Estado social y demo-

crático de Derecho, reforzando la imagen del hombre condensada en el art. 10.1 CE y la del Estado como espacio de lo público para la tutela de los intereses generales» (DE LA VILLA GIL, 2004, 598). Como se ha precisado doctrinalmente, a pesar de que en ocasiones son calificados como derechos por el legislador, no son tales en sentido jurídico-positivo, sino «pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas», motivo por el cual se les ha denominado significativamente como «derechos aparentes» (JIMÉNEZ CAMPO, 1996, 519 y 520).

No cabe duda, además, de que tales principios rectores poseen naturaleza muy diversa (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13), tratándose, según los supuestos, de mandatos al legislador, de normas de igualdad o de garantías institucionales (JIMÉNEZ CAMPO, 1996, 522 y ss.). Pues bien, el art. 42 CE es uno de los diversos **preceptos programáticos** incluidos en la Constitución que imponen al Estado la consecución de un resultado a través de la orientación de su actuación pública en un determinado sentido, en este caso, la tutela del trabajador emigrante.

Por su propia naturaleza jurídica, aunque estos principios han sido tenidos en cuenta por la **doctrina constitucional** en su labor de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes, lo cierto es que los fallos se han venido motivando a partir de otros derechos, utilizando a tales principios rectores únicamente como complemento o refuerzo del discurso argumentativo. En este sentido, la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4, ha reconocido que su peculiar naturaleza «hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta». Ahora bien, prosigue diciendo esta Sentencia que «no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales

(señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...] ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida». En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha recordado que, aunque tales principios no constituyen derechos, enuncian, con independencia de su mayor o menor generalidad de contenido, «**proposiciones vinculantes**» que dejan un amplio margen de actuación al legislador, facultándole a que cumpla los objetivos marcados a través de fórmulas de distinto contenido y alcance (STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5).

En definitiva, se trata de normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial conforme al art. 53.3 CE, y aunque el art. 42 CE, como el resto de los principios rectores, carezca de la nota de aplicabilidad inmediata que caracteriza a los derechos constitucionales, ya que solo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, no cabe duda de su valor constitucional como **principio orientador** de la actuación de los poderes públicos, que deben basarse en su reconocimiento, respeto y protección (*vid.*, entre otras, SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7, y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13).

III. DESARROLLO LEGAL DEL PRECEPTO

Desde que se dictaran en nuestro país las primeras leyes proclamando la libertad de emigración a principios del siglo xx, se han sucedido distintas normas en nuestra historia legislativa que, superando el carácter meramente declarativo, se han implicado activamente en la protección del fenómeno migratorio. En este sentido destacan, **antes de la promulgación de la Constitución Española de 1978**, la Ley 93/1960, de 22 de diciembre, de Bases de Ordenación de la Emigra-

ción, y el Decreto-Ley 1000/1962, de 3 de mayo, por el que se aprobó su texto articulado, así como la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración. También debe resaltarse la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que, en su disposición adicional 1.^a contenía una previsión relativa a la protección de los trabajadores emigrantes en el ámbito de la protección social.

Con posterioridad a la aprobación de la Constitución, se han dictado distintas normas que, de uno u otro modo, tienen como finalidad atender al mandado del art. 42 CE de salvaguardar los derechos del emigrante español. En este sentido, cabe citar el **Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, sobre Convenio especial de Seguridad Social para los emigrantes e hijos de estos**, que posibilita su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en tanto presten su actividad laboral en el extranjero, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, siempre que el país en el que desarrolle su actividad no tenga suscrito con España acuerdo o convenio de Seguridad Social, o que, aun existiendo, deje sin cobertura alguna de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Esa norma fue modificada por el **Real Decreto 1203/2003, de 19 de septiembre**, en el sentido de no exigir la falta de concurrencia de acuerdo o convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el respectivo país con España, ya que tal circunstancia, anteriormente exigida para la suscripción del convenio no garantizaba por sí sola la protección del emigrante.

Por su parte, el **Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre** (en adelante, TRLGSS), en su disposición adicional 2.^a, relativa a la «Protección de los Trabajadores emigrantes», impone al Gobierno la adopción de las medidas necesarias para que la acción protectora de la

Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causa de trabajo y a los familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia. A tal fin, se encomienda al Gobierno la adopción de las medidas necesarias para garantizar a los emigrantes la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social, directamente o a través de los organismos intergubernamentales competentes, así como mediante la ratificación de convenios internacionales de trabajo, la adhesión a convenios multilaterales y la celebración de tratados y acuerdos con los Estados receptores. Igualmente, en los casos en que no existan convenios o, por cualquier causa o circunstancia, estos no cubran determinadas prestaciones de la Seguridad Social, se establece que el Gobierno extienda su acción protectora en la materia tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en España. Finalmente, la disposición adicional mencionada dispone que los accidentes (en su caso, enfermedades) que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los emigrantes en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención, tendrán la consideración de accidentes de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen.

En esa misma tendencia tuitiva, el TRLGSS contempla la protección del emigrante retornado a través de la prestación y el subsidio de desempleo en los arts. 264.1.c) y 274.1.c), siendo además beneficiario, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, del programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo [*vid.* art. 2.2.b)].

Asimismo, en cumplimiento del art. 42 CE, se ha dictado la **Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior**, que deroga la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración. Con este Estatuto se pretende llevar a cabo una

política integral de la emigración y del retorno, superando el concepto tradicional de emigrante mantenido hasta entonces y que venía vinculando la acción tuitiva estatal a la existencia de relación laboral o actividad profesional en el extranjero. En efecto, se amplía la protección, ya que su catálogo de derechos y prestaciones se aplica a todos los españoles que se encuentren en el extranjero con independencia de las circunstancias o motivos que hayan originado su desplazamiento, configurando, de este modo, el marco jurídico que garantiza a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España. Con tal finalidad, el Capítulo II de su Título I, bajo la rúbrica de «Derechos sociales y prestaciones», reconoce a los españoles residentes en el exterior, la protección de la salud, derechos en materia de Seguridad Social y prestaciones por razón de necesidad, servicios sociales para mayores, acciones de información sociolaboral y orientación, participación en programas de formación profesional ocupacional, y derechos en materia de empleo y ocupación. También ordena la consecución de una política integral en materia de retorno que lo facilite y que remueva los obstáculos que lo dificulten.

Al citado Estatuto le han seguido una serie de disposiciones que merecen especial mención, como el **Real Decreto 1493/2007, de 12 de noviembre**, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados; el **Real Decreto 8/2008, de 11 de enero**, por el que se regula la prestación de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, y que prevé las pensiones asistenciales por ancianidad como un mecanismo de protección que garantiza un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero que emigraron de nuestro país y que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, care-

cen de recursos (modificada por la **Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad**, que amplía las previsiones relativas a la «asistencia sanitaria» regulada en el art. 26 del citado Real Decreto, a los familiares de los beneficiarios de tal asistencia que carezcan de cobertura); el **Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero**, que crea el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior, órgano colegiado consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Dirección General de Emigración, que tiene por finalidad garantizar la efectividad del derecho de los españoles residentes en el exterior a participar en los asuntos que les conciernen y promover la colaboración de las Administraciones Públicas en materia de atención a la ciudadanía española en el exterior y personas retornadas; y, en fin, la **Resolución de 25 de febrero de 2008, de la Dirección General de la Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social**, que regula el procedimientos para acceder a la referida asistencia sanitaria. Por posterior **Resolución de 6 de abril de 2009**, se modifica la precedente Resolución a fin de exceptuar del requisito de la aportación de un certificado emitido por la institución de Seguridad Social competente en el país de procedencia, acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria, para que puedan recibirla en nuestro país, cuando se trata de españoles retornados procedentes de EE.UU. y Suiza.

Asimismo, dentro del conjunto de actuaciones enmarcadas en el cumplimiento del art. 42 CE, destaca la concesión de ayudas asistenciales a favor de los emigrantes españoles no residentes en España (**Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero**), como son las previstas para incapacitados absolutos para el trabajo, las asistenciales de carácter extraordinario y las ayudas destinadas a proporcionar cobertura de asistencia sanitaria a los emigrantes españoles con escasos recursos económicos.

IV. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR EMIGRANTE EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La **doctrina constitucional** adolece de **pronunciamientos concretos relativos al art. 42 CE**, debido a que, como ha quedado dicho, la protección de la emigración que en él se ordena, se configura como un **principio rector** de la política social y económica. Ciertamente, tal circunstancia hace que los trabajadores emigrantes **no puedan formular recurso de amparo** ante el Tribunal Constitucional contra su infracción o incumplimiento, en tanto en cuanto el art. 53.2 CE circunscribe tal cauce de impugnación a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, más la objeción de conciencia (art. 30.2 CE).

No obstante, se pueden destacar **algunos pronunciamientos recaídos en procesos de amparo** en los que **de forma mediata se trata la protección del emigrante** a través de la invocación de la infracción de derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o el derecho a la prueba (art. 24.2 CE). En este sentido, y siguiendo un orden cronológico, podemos destacar la **STC 262/1988, de 22 de diciembre**, que resolvió el recurso planteado por una emigrante española en Alemania a la que se le desestimó por la Administración española su petición de reconocimiento de prestación por desempleo al considerarse que su petición resultaba extemporánea. En la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que la interpretación realizada por el Tribunal Central de Trabajo (en el sentido de que el plazo para solicitar la prestación ante la Administración española se computaba desde la expedición de la autorización de regreso del emigrante y no desde su notificación) era contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que la expedición de la autorización de regreso a España solo podía surtir efectos para la interesada desde el momento en que, a través de la Administración Laboral española,

le fuera notificada en regla, pues solo a partir de esa fecha podía tenerse por conocida y cumplida la exigencia necesaria para poder optar a la prestación por desempleo.

También resulta ilustrativa la **STC 153/1994, de 23 de mayo**, en la que el Tribunal se pronunció, entre otras cosas, sobre la eventual vulneración del art. 14 CE por los arts. 11.4 y 12.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril (dictado en desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por desempleo). En el primero de tales preceptos, y a los efectos de causar derecho para percibir el subsidio por desempleo, se establecía que se consideraban como trabajadores retornados los que hubieran trabajado como mínimo seis meses en el extranjero. En el segundo, con relación a los penados, se exigía que se tratase de trabajadores liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena superior a seis meses. Por medio de esta sentencia se negó que tales preceptos, al imponer que la estancia del emigrante en el extranjero (en su caso, la duración de privación de libertad del penado) tuviera una duración mínima para poder percibir la prestación asistencial de desempleo, resultaran discriminatorios o lesivos del principio a la igualdad ante la ley. En este sentido, se recordaba que la exigencia de un mínimo de duración de la situación de la que deriva el derecho a las prestaciones no es extraña a nuestro sistema de Seguridad Social, ni puede considerarse irracional o ausente de justificación en un sistema en que la distribución de medios escasos requiere ponderar cuidadosamente las situaciones de necesidad que han de ser protegidas, estableciéndose los requisitos que han de reunirse a este efecto. Se añadía, en esa misma línea, que tampoco podía considerarse falto de objetividad el criterio elegido (que dependía de la mera acreditación del transcurso de un determinado período de tiempo), ni desproporcionado en relación con la finalidad o efectos de la medida (pues el período de tiempo exigido no tenía una duración tan excesiva que imposibilitase, en la práctica, el acceso a las prestaciones).

Igualmente, hemos de referirnos a la **STC 77/1995, de 22 de mayo**. En el caso enjuiciado, el recurrente en amparo solicitó prestación asistencial de desempleo tras retornar a España después de trabajar unos años en México, prestación que le fue denegada, ya que, si bien cumplía el requisito de la carencia genérica para acceder a la pensión, no reunía la específica (esto es, haber cotizado dos años en los ocho últimos), pues la inexistencia entonces de convenio bilateral de Seguridad Social entre España y México impedía computar las cotizaciones efectuadas en este último país. En tal Sentencia se señala que «la inclusión en el sistema de Seguridad Social viene determinada en general por el criterio de territorialidad, de modo que su protección contributiva se aplica básicamente a los españoles que residen y ejercen su actividad en territorio nacional [...] No obstante, la acción protectora alcanza también a los españoles que por causas de trabajo se trasladan a un país extranjero, mediante diversos instrumentos de Derecho Internacional que tratan de garantizar una igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad, implican una unilateral extensión de la propia legislación nacional», recordando que una de esas técnicas es la formalización de convenio especial a favor de emigrantes, regulado en el Real Decreto 996/1986, de 25 de abril. Pues bien, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo sobre la base de que «es claro que [...] propugnar la eficacia de las cotizaciones ingresadas por trabajadores españoles a la Administración de la Seguridad Social de un Estado extranjero, prescindiendo de cualquier otro dato diferencial, no constituye un idóneo término de comparación a efectos del juicio de igualdad. Por el contrario, jurídicamente es relevante que las cotizaciones se hayan generado en un país perteneciente a la Unión Europea, con la consiguiente aplicación del ordenamiento comunitario, o en otro ajeno a esa estructura supranacional, y, en tal hipótesis verificar si resulta aplicable algún instrumento interna-

cional y, en caso negativo, si se suscribió o no el correspondiente Convenio especial», circunstancias estas últimas que en el caso de autos no concurrieron.

Por su parte, en la **STC 45/1996, de 25 de marzo**, se invocó por una emigrante española la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba (art. 24.2 CE) en los términos dispuestos en el Reglamento CEE 1408/1971, por haberse ignorado por el Juez los documentos en lengua alemana, relativos a su incapacidad, emitidos por un órgano administrativo de Alemania. Los documentos en cuestión no fueron valorados ni tenidos en cuenta en la instancia, y, en sede de suplicación se consideró que la parte había incumplido con su carga procesal de aportarlos traducidos o de instar su traducción. El recurso de amparo fue desestimado sobre la base de que es facultad del juzgador determinar la norma aplicable al punto controvertido así como su interpretación, considerando que la resolución judicial impugnada, en observancia de la facultad que le corresponde, interpretó la norma comunitaria junto al art. 601 LEC, llegando a la conclusión de que la traducción no debe acordarse en todo caso de oficio, sino a petición de parte como resulta del citado precepto procesal, interpretación que no se reputó irrazonable ni arbitraria.

En el caso enjuiciado por la **STC 34/2004, de 8 de marzo**, se planteó la diferencia de trato retributivo de un trabajador de nacionalidad española que trabajaba en la Oficina Comercial de España en Belgrado, en relación con los trabajadores yugoslavos que realizaban allí idéntica función. Se estimó la demanda al entender que las alegaciones de la Administración demandada para justificar la disparidad salarial (diferente legislación aplicable a las relaciones jurídicas en juego), acogidas por la sentencia impugnada, tenían un carácter meramente formal, dado que no venían acompañadas de ningún análisis del régimen laboral yugoslavo, de su concreta regulación y de las consecuencias que para el caso pudiera derivar de un «ignoto régimen jurídico

dispar», que le correspondía probar a la parte demandada. En definitiva, se consideró que la diferencia retributiva alegada por el demandante en amparo respecto de otras trabajadoras al servicio de idéntica Administración Pública, con la misma categoría y prestación de servicios, resultaba desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del art. 14 CE.

Dicho esto, y por lo que se refiere **al resto de los procesos constitucionales** (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, y conflictos de competencia), parece improbable que su resolución se sustente en el art. 42 CE, debido a su naturaleza jurídica (principio rector), tal y como ya ha quedado anteriormente apuntado, constituyendo normalmente un argumento de refuerzo en la labor de motivación del Tribunal Constitucional. Ciertamente, los escasos pronunciamientos existentes al respecto afectan a la distribución de competencias en la materia de legislación laboral y de régimen de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En tal sentido, merecen ser mencionadas, en primer lugar, la **STC 154/1985, de 12 de noviembre**. Esta resolución resolvió el conflicto de competencia promovido por el Gobierno de la Nación frente al Decreto 120/1982, de 5 de octubre, de la Junta de Galicia, por el que se creó el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia, por cuanto entendía aquel que no respetaba el orden competencial (entre otros, el título relativo a la emigración contenido en el art. 149.1.2 CE) al haber extendido el ámbito de actuación de ese Instituto «a los emigrantes y a las Comunidades Gallegas asentadas fuera de Galicia». El TC decidió por medio de esa Sentencia que la titularidad de la competencia controvertida, en cuanto suponía una actuación de los poderes públicos en el extranjero, correspondía al Estado. Finalmente, en la **STC 95/2002, de 25 de abril**, se volvió a hacer referencia a la competencia exclusiva del Estado en materia de migraciones exteriores (art. 149.1.2 CE), esta vez con motivo del recurso de inconstitucionalidad y conflicto positivo de

competencia acumulados, promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, frente a la Ley de Presupuestos Genera-

les del Estado de 1993 y un Acuerdo tripartito en materia de Formación Continua suscrito en 1992.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA VILLA GIL, L. E., «El modelo constitucional de protección social», *Aranzadi Social*, núm. 3/2004, Pamplona, 2004.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Art. 53: Protección de los derechos fundamentales», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, en AA.VV. (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.), Cortes Generales y Edersa, 1996, Madrid.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto», en *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 6, año III, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid-BOE.

PRADOS DE REYES, F. J., «Constitución y políticas migratorias: ¿Una Constitución de emigrantes para inmigrantes?», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

ROJAS CASTRO, M., «Competencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los derechos sociales de los trabajadores migrantes», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 6/2002, Aranzadi, Pamplona, 2002.

SARMIENTO MÉNDEZ, J., «La efectividad de los derechos fundamentales y el fenómeno emigratorio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8/2005, Pamplona, 2005.

Artículo 43

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

Sumario: I. Una aproximación a los diferentes contenidos del art. 43 CE. II. La fuerza expansiva del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). 1. Conexiones directas: A) Integridad física y protección de la salud. B) El deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando está en juego la protección de la salud. 2. Conexiones mediatas. A) La salud como factor protegido en la prohibición de discriminación. B) Salud e intimidad.

KOLDO SANTIAGO REDONDO

PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

I. UNA APROXIMACIÓN A LOS DIFERENTES CONTENIDOS DEL ART. 43 CE

La Constitución, en su art. 43, reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43.1); declara que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, con un mandato al legislador para que establezca los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2), e indica que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando asimismo la adecuada utilización del ocio (art. 43.3).

El desarrollo jurisprudencial, más allá de las cuestiones competenciales que serán objeto de tratamiento en otros apartados de estos

Comentarios, ha mirado en esencia al primer apartado del art. 43, siendo tal vez lo más significativo las intersecciones que la doctrina constitucional ha apreciado entre la protección de la salud y ciertos derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución.

Eso no obsta la existencia de otros contenidos en la previsión constitucional, ni tampoco la elaboración de jurisprudencia sobre los apartados segundo y tercero del art. 43. Antes de centrar el estudio en el derecho a la protección de la salud, pondré de manifiesto aquellas otras concreciones doctrinales de manera panorámica.

Al margen por tanto de toda referencia a cuestiones competenciales, convendrá subrayar que el art. 43.2 CE ha sido objeto de espe-

cial atención con ocasión de sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional en materia farmacéutica, medicamentos y sustancias medicinales. Así, la STC 109/2003, de 5 de junio, en los recursos de inconstitucionalidad núms. 3540/1996, 1492/1997 y 3316/1997, interpuestos frente a la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica; contra la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico, y contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia; la STC 98/2004, de 25 de mayo, en recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/1997 contra el art. 51 y la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997; y la STC 312/2006, de 8 de noviembre, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2861/2000 y 4573/2000, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura respecto de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica. Desde la última edición de esta obra cabe citar en ese mismo ámbito, señaladamente, la STC 83/2014, de 29 de mayo, relativa al Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos, o la STC 62/2015, de 13 de abril, en relación con la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, por la que se introducía una nueva disposición adicional novena en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, relativa a los «ingresos de los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales por descuentos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud».

En esas resoluciones, al examinar normas relativas a la prestación del servicio farmacéuti-

co, se ha encuadrado en el art. 43.2 CE el objetivo de asegurar y mantener en beneficio del interés de la población el nivel de atención farmacéutica del que previamente disfrutaba, permitiendo la continuidad, hasta la adjudicación definitiva, de oficinas de farmacia anteriormente autorizadas y que satisficieran los nuevos requisitos establecidos por el legislador (STC 312/2006); o se ha señalado que, por su íntima relación con el art. 43 CE, caben controles por parte de los poderes públicos sobre la titularidad de una oficina de farmacia, justificando en ello medidas normativas limitativas de la titularidad del establecimiento o de caducidad de las autorizaciones (STC 109/2003). De igual modo se ha declarado que el Estado, para garantizar la protección de la salud pública (arts. 43.2 y 51.1 CE) y en el ejercicio de sus competencias exclusivas sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16.^a CE), no solo puede obligar a las empresas farmacéuticas y a las oficinas de farmacia (como establecimientos sanitarios privados de interés público) a abastecer, suministrar y dispensar, a través del Sistema Nacional de Salud, los medicamentos, sustancias medicinales y productos necesarios para proteger la salud pública, en general, y la atención primaria a la salud de los ciudadanos, en particular, sino que puede actuar tanto sobre los precios de los medicamentos como sobre los márgenes de las oficinas de farmacia, por el consiguiente interés público que subyace a la prestación farmacéutica, para imponer, incluso, una deducción (*rappe*) en función del volumen de ventas (STC 83/2014). Por su parte, la tercera sentencia citada en el elenco anterior (STC 98/2004), dejando al margen nuevamente las cuestiones competenciales, tiene sin duda interés por sus precisiones sobre el Sistema Nacional de Salud, al definir su objeto y finalidad en términos de garantía de la protección de la salud de los ciudadanos, y al indicar, en relación con ello, los servicios y prestaciones sanitarias a las que se tiene derecho. De su lado, la STC 84/2015, de 30 de abril, referente a los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de

la Comunidad de Madrid, y en cuanto a la habilitación de adjudicación de contratos para la gestión de asistencia sanitaria especializada en determinados hospitales (la cuestionada gestión indirecta del servicio de salud), declaró que no quedaba acreditada en aquellos enunciados normativos la quiebra de la garantía de igualdad en el acceso al servicio público de la sanidad, esto es, la garantía de acceso de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones sanitarias «en condiciones de igualdad efectiva», rechazando que se diera una infracción del art. 43 CE.

Quiero destacar, desde otro prisma, la STC 106/2014, de 24 de junio, sobre la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la prohibición en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional, siquiera por el recordatorio doctrinal que contiene sobre las relaciones existentes entre la protección medioambiental (que constituye una obligación para todos los poderes públicos, conforme al art. 45 CE) y la protección de la salud de las personas (nexo ya declarado desde antiguo: SSTC 64/1982, de 4 de noviembre, o 329/1993, de 12 de noviembre, por todas).

Finalmente, no podría omitir la STC 139/2016, de 22 de julio. Entre tantos elementos destacables, que no puedo recoger aquí como si de una reseña jurisprudencial se tratara, subrayaré al menos los siguientes, por su particular relevancia: (i) que la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente con relación al legislador, que debe configurarlo (derecho de configuración legal) en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública, lo que se traduce en que el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las

condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional; (ii) que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud no significa que dichas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios; será la legislación el que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando, eso sí, de nuevo, aquellos límites constitucionales; (iii) que la pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE no significa el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias; (iv) en fin, que el derecho a la protección de la salud forma parte del grupo de derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; esto es, se trata de un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros, de modo que el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes, pudiendo el legislador tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España.

Para terminar este apartado indicaré que el art. 43.3 CE apenas ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Citaré únicamente la STC 194/1998, de 1 de octubre, relativa a la exigencia de colegiación de Profesores y Licenciados de Educación Física. El pronunciamiento constitucional resalta la trascendencia de la actividad que desempeñan aquellos, vinculando a tal fin la educación física y el deporte con la salud y con lo previsto en el apartado tercero del art. 43 CE.

II. LA FUERZA EXPANSIVA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (ART. 43.1 CE)

Como antes adelanté, de entre los diversos apartados de la previsión constitucional es el art. 43.1 CE el que representa el núcleo central de la jurisprudencia, observándose que, casi sin excepción, aparece ligado a derechos fundamentales. Puede hablarse de conexiones o intersecciones directas, como las que operan con los arts. 15 y 24.1 CE, o de otras mediatas o indirectas, entre las que cabe destacar las que se actualizan con los arts. 14, 18.1 e, incluso, 21 CE. No quiere decirse que no haya otras confluencias potenciales, pero son las indicadas las desarrolladas hasta la fecha en la doctrina del Tribunal Constitucional.

1. Conexiones directas

Se trata de supuestos en los que la conexión con derechos fundamentales se produce por el daño o peligro cierto que sufre la salud en supuestos en los que aquéllos están comprometidos, al punto de poder declararse su lesión «por motivos de salud».

A) *Integridad física y protección de la salud*

La relación con el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) es el vínculo directo de la protección de la salud que más habitualmente declara la jurisprudencia constitucional. Aunque otros pronunciamientos anteriores ya lo apuntaron (significativamente los FF.JJ. 11 y 12 de la STC 53/1985, de 11 de abril, relativa al art. 417 bis CP —aborto—), las primeras sentencias que pusieron en conexión de modo manifiesto el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud fueron resoluciones referidas a internos en establecimientos penitenciarios. En el marco de la relación de sujeción especial que vincula a aquéllos con la Administración Penitenciaria y de la

obligación de esta de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia, el Tribunal Constitucional trató diversos supuestos en los que se planteaban posibles limitaciones de derechos fundamentales de los reclusos y de otros bienes constitucionalmente consagrados, relacionando conforme a ese esquema el art. 15 y el art. 43.1 CE (por ejemplo, SSTC 120/1990, de 27 de junio, o 35/1996, de 11 de marzo).

En aquellos casos se estableció que el art. 15 CE podría verse afectado por actuaciones coactivas que, incluso con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, pudieran determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, decía la última resolución citada, «queda comprendido en el derecho a la integridad personal». Se afirmó, por ejemplo, que este resultará afectado en el caso de que se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que tenga justificación constitucional. Esa justificación se advertía en la STC 120/1990 [huelga de hambre de presos del PCE(r) y GRAPO], dando lugar a la desestimación del recurso de amparo. La STC 35/1996, por su parte, aun siendo también desestimatoria, establecía que en exploraciones de rayos X a internos podía haber lesión del art. 15 CE si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad, fueran excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado o se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles.

Pese a las desestimaciones, el enlace entre el art. 15 y el art. 43.1 CE ya había quedado realizado. La jurisprudencia posterior ha abundado en él, en temas, además, bien diversos a los descritos. Cabe citar, por ejemplo, la STC 119/2001, de 24 de mayo, que en un caso de contaminación acústica en una vivienda por las molestias generadas por establecimientos de la zona sentó que 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». Es de particular interés en los últimos años y sobre esa problemática la STC 150/2011, de 29 de septiembre, donde, a la vista de las circunstancias fácticas acreditadas, el Tribunal concluye que la pretendida afectación a la salud no sería imputable al Ayuntamiento concernido, en la medida en que el demandante no demostró que el exceso sonoro fuera consecuencia de una omisión imputable a la corporación municipal.

En relación con esa misma doctrina deben verse las SSTC 195/2003, de 27 de octubre, y 16/2004, de 23 de febrero. La primera de ellas es más singular al quedar referida a una imposición gubernativa de limitación del empleo de megafonía en una manifestación-concentración, relacionado el art. 43.1 CE, por tanto, con el art. 21 CE y no con el art. 15 CE. Es, así, otro ejemplo de las vinculaciones del artículo 43.1 CE con derechos fundamentales, aunque en este caso el nexos no se trabara para intensificar la tutela del derecho fundamental en presencia, sino para justificar la decisión gubernativa de acomodo del uso de la megafonía a los límites marcados en materia de ruido por las ordenanzas municipales aplicadas. En esa misma línea puede añadirse ahora la STC 193/2011, de 12 de diciembre.

Pero volviendo de nuevo a la jurisprudencia que enlaza el derecho a la protección de la salud con el derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), advierto que las sentencias más recientes no solo han insistido en esos planteamientos, sino que han fijado el derecho a la protección de la salud como uno de los referentes principales en la conformación de los contenidos del art. 15 CE (que obviamente no agota, sin embargo). Uno y otro (art. 15 y art. 43.1 CE) no se confunden por

que el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, de modo que habrá intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, pero prohibidas por el art. 15 CE, y otras que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada, y que no serán lesivas por no causar en ella un daño o un riesgo relevante, cierto y grave —que es, como se dirá, lo determinante para que esté comprometido el art. 43.1 en relación con el art. 15 CE—. Un ejemplo de lo que afirmo puede verse en el del ATC 57/200, de 26 de febrero, que inadmite el recurso de amparo a quien fue requerido por su empleador para aportar el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia del personal, considerando el Tribunal que no existía acreditación alguna de que dicho sistema causara daño para la salud.

Quiero insistir, no obstante, en la fuerte confluencia del art. 43.1 CE con el derecho fundamental a la integridad física, y en uno de sus efectos reseñables: a menudo, daños o riesgos relevantes para el derecho a la salud son objeto del procedimiento de amparo constitucional, precisamente por aquel enlace con el derecho fundamental del art. 15 CE.

Las SSTC 160/2007, de 2 de julio, y 62/2007, de 27 de marzo, son quizá las más destacadas manifestaciones de esa doctrina constitucional, habiendo avanzado en aquella lógica e intensificado su tutela. Seguramente será de utilidad, por ello, describir brevemente los casos. En el supuesto de la STC 62/2007, de 27 de marzo, la trabajadora recurrente en amparo era coordinadora veterinaria, estaba embarazada y venía prestando servicios como funcionaria interina para el Servicio Andaluz de Salud. Recibió instrucciones para que asumiera nuevas funciones (de seguimiento, control e

inspección veterinaria en un matadero). Acudió a ese centro de trabajo un solo día y obtuvo la baja por incapacidad temporal, sin que en el parte médico correspondiente se hiciera constar la causa. El Servicio Andaluz de Salud nombró un sustituto para ocupar su puesto de origen. La demandante dirigió un escrito a la Dirección del distrito sanitario en el que indicaba que se encontraba de baja médica «debida a complicaciones en mi avanzado estado de gestación», mostrando su disconformidad con la reasignación de funciones realizada, dado que las encargadas en el nuevo puesto de trabajo suponían un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo, y ello por cuanto se encontraba en avanzado estado de gestación (seis meses) y existía «un evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades» que, en su estado, podían resultar «fatales» (en dichas instalaciones, decía, se encontraban animales portadores de enfermedades peligrosas para una gestante, como la tuberculosis o la brucelosis). Solicitaba que se procediera a restituirla en su situación anterior.

En la demanda de amparo se denunciaba la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) en relación con el art. 43.1 CE.

En el caso de la STC 160/2007, de 2 de julio, la trabajadora demandante en amparo prestaba sus servicios para el Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), como facultativo interino en un ambulatorio. Presentó sucesivos escritos a la Subdirección Médica de Servicios Centrales en los que denunciaba la desaparición de material en el centro. El Imsalud acordó incoar expediente disciplinario al Jefe del Servicio del que aquella dependía. Igualmente, en un Juzgado de Instrucción se siguieron diligencias previas contra el Jefe de Servicio mencionado, por malversación de fondos públicos. En aquellas fechas, la trabajadora sufrió un período de incapacidad temporal. Posteriormente fue autorizado su traslado provisional a otro centro de trabajo. Cuando el Imsalud acordó levantar la medida provisional de suspensión de empleo y sueldo del

Jefe del Servicio, que había sido previamente decretada, con la consiguiente reincorporación del interesado (sin perjuicio de los pronunciamientos que correspondieran en el expediente —pendiente de resolución—), se comunicó a la trabajadora su reincorporación al ambulatorio de origen «a solicitud del Jefe del servicio» reiteradamente aludido. La trabajadora manifestó su disconformidad con tal decisión, que fue sin embargo confirmada, y recibió nueva baja médica con el diagnóstico de depresión mayor.

La sentencia recurrida en amparo razonaba que «lo que, en definitiva, se alega por la trabajadora es que, desde que se le ordenó reincorporarse a su destino de origen, en el que ha de estar bajo las órdenes del Jefe de Equipo al que denunció, sufre un cuadro depresivo importante, *pero esto no acredita que se deba a causas objetivas, originadas por una conducta hostil de su superior jerárquico*, que no solo no ha sido alegada, sino que, como hemos visto, la propia sentencia admite que tras esa reincorporación a su destino pudiera no tener lugar la aparición de roces o dificultades en el trabajo [...]. Es por tanto el trato inhumano, vejatorio o degradante lo que se prohíbe constitucionalmente, no la impresión o sensación subjetiva de estar recibiendo un trato de esta clase o, menos aún, el temor más o menos fundado a ser objeto del mismo, aunque de este temor o inquietud subjetiva puedan derivarse perturbaciones psíquicas, en cuya aparición podrían confluir circunstancias de carácter estrictamente personal, ajenas al entorno laboral». Como veremos en breve, el Tribunal Constitucional no admite esa interpretación.

Veamos las principales aportaciones doctrinales de esas dos sentencias. El primer punto, adelantado ya, reside en la reiteración de la conexión enunciada entre protección de la salud y derecho a la integridad física (art. 15 CE). Según el Tribunal, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de aquel derecho fundamental, sino tan solo el que genere un peligro grave y cier-

to para la misma. En otras palabras, el derecho fundamental del art. 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial o hipotético para la salud, sino solo frente a decisiones empresariales (el traslado al matadero en el caso de la STC 62/2007 y la orden de reincorporación al puesto de origen en la STC 160/2007) que tengan lugar «existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causalización de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para esta».

Concretando la idea, diríamos que el art. 15 CE queda comprometido tanto si el riesgo ha quedado constatado, como si no se ha verificado, pero no puede descartarse a la vista de las circunstancias del caso, pues esto último también resultaría suficiente para activar la protección constitucional. El derecho fundamental, dicho aun de otro modo, proyecta su cobertura en términos que podríamos definir como preventivos, no solo, por tanto, ante la confirmación de la producción de un daño ni siquiera únicamente ante su inminencia. Y, por supuesto, no es necesaria la actualización del daño para que se desencadene la cobertura constitucional. De otro modo la tutela sería únicamente compensatoria o restitutoria, pero no inhibitoria ni preventiva de la lesión. Por esa razón dicen ambas sentencias que para apreciar la vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, «lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse».

En conclusión, será suficiente demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave. Es obvio por lo demás —lo recuerda la STC 160/2007— que la cobertura constitucional también operará si ya se ha consumado el daño o perjuicio de la salud personal.

De lo dicho se desprende un deber de acreditación del riesgo cierto o potencial. Este sería

un segundo plano de interés en esa doctrina. En efecto, como quiera que no cualquier situación de riesgo para la salud está cubierta por el art. 15 CE, nace una obligación probatoria que recae en la parte actora. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional —son prueba de ello las dos sentencias de 2007 que merecen nuestra atención— establece que quien demanda la tutela frente al peligro para la salud debe probar adecuadamente su existencia, demostrando la relación de causalidad entre las medidas impugnadas y las consecuencias lesivas que pretende evitar. Y según lo expuesto, no bastará con acreditar en abstracto que una determinada actividad es peligrosa o puede serlo, sino que tendrá que justificarse que la orden recibida puede llegar a causar el daño *en ese concreto caso* y, específicamente, *a quien formula la denuncia*.

En ese plano probatorio que nos ocupa conviene destacar cómo ambas sentencias acuden a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, señalando que esta «permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE». Así, la STC 62/2007, más detallada en este punto, recoge los preceptos relativos a la protección de la maternidad, y subraya que ese régimen legal es desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE), de modo que «la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen».

Entiendo, entonces, que desde una perspectiva puramente práctica es significativa la virtualidad probatoria de la acreditación de in-

cumplimientos normativos por parte del empleador. En verdad, según el texto que acaba de reproducirse, la prueba de la infracción legal no equivale por sí sola a la acreditación del riesgo que desencadena la protección constitucional, pues el Tribunal añade al incumplimiento normativo la efectiva asignación de una actividad peligrosa generadora del riesgo para la salud, pero, tratándose precisamente de una normativa preventiva del riesgo, la demostración de la desatención de la Ley me parece un buen camino para favorecer la convicción judicial sobre la implicación de la integridad física del trabajador afectado.

En tercer lugar, tiene también interés destacar que el derecho a la integridad física puede resultar comprometido no solo por acciones, sino también por omisiones del empleador. Así ocurre en la primera sentencia comentada, en la que la Administración empleadora tuvo noticia del embarazo al menos cuando la trabajadora formuló su reclamación previa, ya que hizo constar esa circunstancia en esta, resultando que la inactividad sucesiva de aquella (que no revocó la orden inicial pese a conocer el hecho del embarazo y el riesgo consiguiente para la salud de la mujer embarazada) se considera vulneradora del derecho fundamental. Puede haber, entonces, vulneraciones del derecho fundamental a la integridad física por omisión.

En esa misma línea procede la cita de la STC 220/2005, de 12 de septiembre. En este caso, la Administración para la que trabajaba denegó por dos veces a la recurrente sus solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral temporal, situación en la que se encontraba tras sufrir un accidente laboral como consecuencia del cual fue intervenida y recibió tratamiento de rehabilitación, sufriendo posteriormente un segundo accidente. Tales decisiones obligaron a la recurrente a reincorporarse a la vida laboral. Aunque se desestima el recurso de amparo, insiste el Tribunal en que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no solo por acciones sino también por omisiones de los poderes públi-

cos, como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral (pues podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador).

Otra aproximación a la doctrina nos lleva a observar cómo valora el Tribunal las circunstancias de carácter estrictamente personal que pueden incidir en la aparición del riesgo. Es obvio que una misma orden puede provocar reacciones distintas en los diferentes trabajadores, al punto de que puede producir consecuencias dispares en la generación de riesgos para la salud. Resulta decisivo entonces examinar cómo juega la cobertura constitucional y cuánto protege la Constitución a quienes tienen una mayor tendencia que la media a ver afectada su salud en ciertas circunstancias. Pensemos en el ejemplo de la STC 160/2007: con seguridad no todos los trabajadores sufrirían un cuadro depresivo por volver a prestar servicios para su superior jerárquico tras la denuncia previa.

Lo primero que quiero destacar es que el Tribunal Constitucional no ha definido la tutela constitucional del art. 15 CE (en relación con el art. 43.1 CE) sobre la base de un estándar medio. No ha condicionado la tutela, en otras palabras, por referencia a una concepción abstracta o apriorística del riesgo para la salud, ni tampoco, en particular, con fundamento en una operación de medida de lo que sea objetivamente generador de riesgos para la salud en un trabajador tipo. Lo que constitucionalmente importa, por el contrario, es que se ocasione riesgo a la salud del denunciante (y que se acredite, como se dijo), aunque llegara a concluirse que en las mismas circunstancias la mayoría de los trabajadores no sufrirían el mismo efecto en su salud. Se trata de una aproximación singularizada, aunque con un doble requisito adicional: que el riesgo o daño para la salud no nazca de factores ajenos a los antecedentes laborales pretendidamente desencadenantes (en el caso de la STC 160/2007, la denuncia previa al superior) y que la medida discutida genere un riesgo cier-

to o potencial justificado en el caso (es decir, no ya que lo generara para un trabajador medio, sino que pueda llegar a causarlo razonablemente en esas circunstancias para algún trabajador y en concreto para el trabajador afectado). Si todo ello no se cumple, claro está, desaparecería la relación de causalidad entre la medida discutida y el peligro o riesgo que se denuncia, revelando que estos encontrarían su origen en razones ajenas a la orden empresarial (el carácter depresivo del sujeto, pongamos por caso). Por eso dice la STC 160/2007 que en el caso de autos el riesgo para la salud no ha quedado «asociado a una predisposición patológica de la afectada, resultando por el contrario abiertamente vinculados su cuadro médico, la denuncia previa y la orden de reincorporación al puesto de origen, confirmándose de ese modo el razonamiento de la resolución mencionada en el sentido de que existía “una relación directa entre el estado físico de la actora y la decisión de traslado de la demandada”».

Ese esquema de acercamiento que enuncia la sentencia (riesgo cierto o posible, demostrado a la vista de las circunstancias del caso, vinculado al problema laboral y ajeno a patologías del sujeto) se precisa en ella con bastante claridad. Véase: dice en primer lugar el pronunciamiento que «una orden de prestación de servicios bajo la dirección de una persona a la que se denunció no puede calificarse, apriorísticamente, como perjudicial o dañosa en todo caso para la salud». Es decir, el art. 15 CE, en relación con el derecho de protección de la salud (art. 43.1 CE), no prohíbe absolutamente que pueda llegar a darse una situación semejante, porque «no cabe presumir *iuris et de iure* que cause irremediablemente un menoscabo en la salud de quien realizó la acusación el hecho de volver a coincidir en el lugar de trabajo o la reproducción tras la denuncia de las previas posiciones directivas y de dependencia de las partes del conflicto». Ahora bien, añade después, es trascendente para afirmar la hipótesis de la lesión que en esa tipología de casos «las dificultades serán previsibles en un ambiente la-

boral semejante, al igual que los riesgos potenciales de perjuicio a la salud aparejados».

El Tribunal Constitucional, por tanto, se apoya en la idea de la previsibilidad del riesgo, para comprobar a renglón seguido si existe un nexo causal entre el cuadro depresivo y los antecedentes fácticos aducidos, descartando en el caso de autos que la patología viniera determinada por circunstancias personales ajenas a los mismos. Por eso dice la sentencia que en situaciones como la enjuiciada «no cabe rechazar el riesgo para la salud en abstracto», debiendo procederse a analizar el caso a tenor de la situación subjetiva creada, concretamente «si existe relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico, partiendo de la previsibilidad del riesgo en una situación como la descrita».

Otro elemento realmente trascendente (que introduce la STC 160/2007) es lo que podemos llamar daño a la salud por anticipación. La sentencia recurrida en amparo había descartado la vulneración del art. 15 CE, entre otras razones, por la falta de constancia de que el cuadro depresivo de la trabajadora denunciante se debiera «a causas objetivas, originadas por una conducta hostil de su superior jerárquico, que no solo no ha sido alegada, sino que, como hemos visto, la propia sentencia admite que tras esa reincorporación a su destino pudiera no tener lugar la aparición de roces o dificultades en el trabajo». El Tribunal Constitucional no admite ese razonamiento y, por el contrario, describe un doble escenario de protección, a saber: la tutela ordinaria en este tipo de supuestos o asimilables operaría cuando se demuestren problemas sucesivos a los hechos previos que puedan repercutir en la salud del trabajador. Ahora bien, el art. 15 CE no solo protege en esas situaciones, sino también «cuando exista una acreditación de la misma relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico motivada por una *vivencia anticipada* de lo que será el nuevo ambiente laboral posterior a la denuncia, con estados de ansiedad, grave in-

quietud, terror, angustia, sentimiento de inferioridad u otras perturbaciones psíquicas y trastornos similares que impliquen un menoscabo o riesgo grave para la salud».

En consecuencia, cumplidos todos los requisitos antes vistos (riesgo cierto o posible, demostrado a la vista de las circunstancias del caso, vinculado al problema laboral y ajeno a patologías del sujeto), se protege cualquier estado de riesgo grave para la salud conectado con los hechos previos. Lo que incluye la incidencia en la salud por *vivencia anticipada del sujeto respecto de lo que va a ser la situación futura*, aunque esta aún no haya llegado a actualizarse y aunque no haya seguridad alguna de que vaya a producirse como es anticipada por el afectado. Como ven, se protege también la percepción del sujeto generadora de un daño o riesgo para la salud. Ese fundamento caracteriza la estimación del recurso en la STC 160/2007. La trabajadora sufre la depresión «por anticipación», antes de reincorporarse al puesto de origen, circunstancia que no ha sido óbice para otorgarle la tutela.

Un elemento final que debe subrayarse queda referido a la absoluta **preponderancia del riesgo** grave frente a las causas justificativas de la medida empresarial. Si hay una opción radical en las sentencias comentadas es este. En efecto, podría pensarse que la aportación de una justificación objetiva de la medida empresarial actuaría como factor invalidante de la lesión denunciada. En muchos casos esa lógica se impone (llega a ser, incluso, el esquema tipo en múltiples asuntos, por ejemplo, en los gobernados por la doctrina de la prueba indiciaria —frente al panorama indiciario suele bastar la acreditación empresarial de un fundamento de su decisión ajeno al factor constitucionalmente protegido—). El Tribunal, sin embargo, rechaza en esta ocasión ese criterio. Nuevamente es la STC 160/2007 la que lo explicita: «más allá de la advertencia del riesgo y de la pasividad y desinterés del Insalud ante el mismo, constatamos adicionalmente que los informes médicos establecían la conexión directa entre los

hechos acaecidos y la salud de la trabajadora. Esa circunstancia en una situación como la descrita, caracterizada por la previsibilidad del riesgo, bastaría por sí misma para excluir que las razones de servicio, *aunque hubieran existido*, pudieran ser suficientes para justificar la medida de traslado, con independencia de que, además, ni siquiera resultaron acreditadas en el proceso».

En suma, si el riesgo es cierto o posible, se ha demostrado a la vista de las circunstancias del caso, está vinculado al problema laboral y es ajeno a patologías del sujeto, no importará que la decisión empresarial tenga soporte legal y fundamento objetivo y razonable. Prevalecerá la integridad personal del trabajador en conexión con la protección a su salud.

El recorrido por esas dos sentencias sirve entonces para exponer la relación íntima del art. 15 CE con el art. 43.1 CE; sirve, igualmente, para acreditar que no toda incidencia en la salud puede subsumirse en la tutela propia de aquel derecho fundamental, y permite, en conclusión, confirmar que la protección a la salud, pese a su encuadramiento constitucional, es objeto de una progresivamente más intensa tutela constitucional gracias a los pronunciamientos del Tribunal en la materia.

B) *El deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando está en juego la protección de la salud*

Otro ejemplo de la creciente expansión de la cobertura propia del art. 43.1 CE lo ofrece la STC 95/2000, de 10 de abril. Creo que puede decirse que inauguró, con ocasión de un supuesto en el que estaba comprometido el derecho a la protección de la salud, un esquema de aproximación al control constitucional de ciertas decisiones judiciales, alterando el canon aplicable al derecho de motivación de las sentencias para los casos en los que estén comprometidos principios rectores de la política social y económica (Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución).

Al igual que hemos visto la conexión entre art. 43.1 y art. 15 CE, se produce ahora la extensión del derecho a la protección de la salud al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente indicada. Un nuevo ejemplo, así, del protagonismo del art. 43.1 CE en procedimientos de amparo por razón de su confluencia con derechos fundamentales.

En el caso de la Sentencia citada el recurrente en amparo convivía con una ciudadana de nacionalidad rumana sin ingresos propios, con la que había tenido una hija, constando notarialmente su compromiso de mantener económicamente a ambas y hacerse cargo de los gastos de estancia y eventual retorno a su país, así como de aquellos otros que se pudieran ocasionar por otras causas. El actor solicitó incluir como beneficiarios de asistencia sanitaria a su compañera y a su hija, petición que fue denegada por el INSS. La negativa de la entidad gestora, según dicen los antecedentes de la sentencia constitucional, se fundó en la circunstancia de no poder considerar a la ciudadana rumana como extranjera residente, al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización conforme a lo establecido en la normativa aplicable. Quedaba probado que se solicitó exención del visado para obtener la residencia en España, solicitud denegada por la Delegación del Gobierno, lo que dio lugar a un procedimiento contencioso-administrativo en el que se pidió la anulación de la resolución denegatoria de la expresada solicitud de exención de visado y, con carácter cautelar, la suspensión de la resolución administrativa impugnada. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó, como medida cautelar, que durante la sustanciación del litigio no le sería exigible la obtención del visado.

En el procedimiento seguido contra el INSS recayó Sentencia del Juzgado de lo Social estimando la demanda, reconociendo el derecho a que la ciudadana extranjera, persona que convivía con el demandante, fuera beneficiaria de la asistencia sanitaria, con la consi-

guiente inclusión en la cartilla, condenando en consecuencia al INSS. El sucesivo recurso de suplicación fue sin embargo estimado, revocándose la sentencia de instancia. La Sala de lo Social mantenía que solo se consideran extranjeros residentes en España las personas que cuentan con permiso de residencia, condición que no concurría en la compañera del demandante pese a la medida adoptada por el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con carácter cautelar.

Pues bien, dice literalmente el Tribunal Constitucional que no estamos ante una mera discrepancia del recurrente con la decisión judicial, sino que esta, efectivamente, ha lesionado el art. 24.1 CE al haber aplicado un precepto legal negando relevancia a hechos y elementos de juicio determinantes para la resolución del litigio. Para llegar a esa conclusión se razona el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Enunciada esa premisa, se identificaba el elemento que fue realmente condicionante en el proceso judicial, a saber: si podía considerarse o no a la ciudadana rumana residente legal en España. Frente al pronunciamiento impugnado, que entendía que no reunía esta condición, opone la STC 95/2000 que el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, aunque supusiera una medida cautelar y provisional, obligaba a aceptar que la residencia en España era legal a los efectos de asistencia debatidos.

Descrito el asunto, de la sentencia me importa resaltar la cuestión más general que ya he anticipado. Se refiere al esquema mismo del enjuiciamiento constitucional. Dice el pronunciamiento en un momento dado que «la trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso [...] a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE. La

razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no solo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos, sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada».

Esa declaración convierte en el eje central de la estimación del amparo la inadecuación de la resolución judicial impugnada a los principios rectores de la política social y económica (aquí, el art. 43.1 CE). La sentencia recurrida se anula por lesionar el art. 24.1 CE, pero, aunque no solo (se cita también la contradicción con los hechos) la lesión se produce, a juicio del Tribunal, porque la consideración dada por el órgano judicial a esos principios rectores no fue ajustada, dato que provoca la irrazonabilidad del pronunciamiento recurrido. Hasta la fecha ese esquema de reforzamiento del canon del art. 24.1 CE por referencia a otros preceptos de la Constitución había llegado a verificarse, en esencia, cuando la tutela judicial efectiva iba de la mano de otro derecho fundamental, pero a partir de la sentencia indicada actúa también ante el protagonismo en el caso de principios rectores, como la protección de la salud del art. 43.1 CE. El canon de motivación, con ello, no se equipara al de los casos estándar de legalidad ordinaria, puesto que las resoluciones judiciales, si están en juego principios como el de la protección de la salud, habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto

y protección, por lo que una resolución judicial puede ser contraria al art. 24.1 CE si desatiende tales principios (aunque estos no sean susceptibles de amparo en sí mismos considerados). En esa tipología de casos, el control constitucional se acerca a un visado de corrección de la interpretación judicial en un contraste con la orientación que marcan los principios rectores del Capítulo Tercero del Título Primero.

2. Conexiones mediatas

En estas conexiones mediatas no estamos en presencia de un daño o riesgo directo para la salud, como ocurría en las anteriores, pero el perjuicio denunciado descansa en el estado de salud del denunciante o en su conocimiento por terceros, lo que conecta de forma derivada o indirecta con el art. 43.1 CE.

A) *La salud como factor protegido en la prohibición de discriminación*

La relación del derecho a la protección de la salud con los derechos fundamentales, en efecto, no se detiene en los arts. 15 y 24.1 CE. La STC 62/2008, de 26 de mayo, representó toda una novedad, tanto en la delimitación del último inciso del art. 14 CE como en la expansión de la tutela del derecho a la salud. La Sentencia es, ciertamente, desestimatoria. No solo eso: es seguramente controvertible en el tratamiento y solución del caso. No obstante, sienta una doctrina que nos permite apreciar una nueva extensión de la tutela del derecho de protección a la salud, así como su integración en el propio procedimiento de amparo a través de la vinculación —en este caso— con el art. 14 CE. Sin duda, de haber sido estimatoria la respuesta, aquella tutela se habría incrementado aún en mayor medida, pero la doctrina establecida permite presumir que muy diversas conductas que comprometan la salud, o tengan en un estado precario de salud la razón de ser de un trato peyorativo, encontrarán freno a partir de ella.

El demandante de amparo prestaba servicios para una empresa ostentando la categoría profesional de oficial primera albañil. Fue contratado mediante un contrato de trabajo fijo de obra y fue despedido a los dos meses del comienzo de la relación laboral. Aducía la empresa que le ocultó dolencias cervicales crónicas que le habían provocado sucesivas bajas en otras empresas para las que trabajó con anterioridad. El trabajador había sufrido, en efecto, sucesivos estados de incapacidad temporal (en los antecedentes se hace referencia a dos), habiéndole denegado el INSS la declaración de invalidez permanente, solicitada en dos ocasiones. La entidad gestora entendía que no presentaba reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anulasen su capacidad laboral.

Las resoluciones recurridas en amparo, tras afirmar que las referidas dolencias constituyeron la razón última de la decisión extintiva (aunque esta, en la carta de despido, apareciera formalmente amparada en la transgresión de la buena fe contractual por la ocultación de aquellos datos), entendieron que la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa, no puede considerarse un factor discriminatorio, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable un elemento de segregación. Rechazaban con ello la nulidad del acto extintivo.

El recurso de amparo se ocupa de analizar la eventual discriminación por causa de enfermedad o precario estado de salud. Lo que se discutía, en suma, es si el despido debió estimarse vulnerador del derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE y, en consecuencia, declararse nulo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional no ha dado el paso de afirmar que la limitación funcional de un trabajador por problemas de salud, que no le inhabilite de forma objetiva y definitiva para su trabajo, no puede erigirse

en causa de despido, al ser un contrario a la prohibición de discriminación del art. 14 CE. Al contrario, parece admitir, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicaban las resoluciones recurridas, que no habrá lesión si el factor de la enfermedad ha sido tenido en cuenta en la resolución contractual con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Esto es: que no habrá lesión si la empresa despidió no por la enfermedad, sino por la quiebra del equilibrio contractual que la enfermedad implica, al incapacitar al trabajador para desarrollar su trabajo.

Pero al margen de que esa solución satisfaga o no, importa ver que la sentencia realiza un trabajo de delimitación del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE, en relación, en esta ocasión, con la salud: «a diferencia de los casos que habitualmente ha abordado nuestra jurisprudencia, relativos por lo común a factores de discriminación expresamente citados en el art. 14 CE o, aun no recogidos de forma expresa, históricamente reconocibles de modo palmario como tales en la realidad social y jurídica (como la orientación sexual, STC 41/2006, de 13 de febrero), en esta ocasión se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ 3)».

De modo muy distinto al que se siguió en la jurisprudencia constitucional con otros factores (pondría como ejemplo la edad), el Tribunal ha hecho un esfuerzo para evitar una sub-

sunción apodíctica de la salud en el marco de los factores protegidos frente a la discriminación.

Y en relación con ello mantiene contundentemente que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir factores de discriminación análogos a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrables en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Así ocurrirá, dice la sentencia ciñéndose al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que analizaba, «cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato».

La sentencia no llega a citar el art. 43.1 CE, pero sus conexiones con él son sin duda evidentes. Es cierto que, a diferencia de lo que ocurre en su vinculación con la integridad física (art. 15 CE), en el caso ahora reseñado el enlace se produce no tanto con el principio rector de protección de la salud como con el factor de la salud/enfermedad, pero también es verdad que no es imposible advertir en esos supuestos una conexión mediata o derivada con aquel. Así se explica que la propia sentencia concluya diciendo que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales

para hacer realidad el modelo de Estado social y democrático de Derecho que la Constitución impone (art. 1.1 CE).

B) *Salud e intimidad*

La STC 2002/1999, de 8 de noviembre, representa un pronunciamiento de referencia en la conexión del derecho a la intimidad y los datos pertenecientes a la salud. Aunque no está en juego la protección de esta ni un daño directo a la misma, como ocurría igualmente en el apartado anterior, no deja de ser verdad que la protección de los datos propios de la salud se manifiesta como un imperativo no solo para proteger el ámbito de privacidad del sujeto, sino, también, para evitar otros efectos aparejados que pueden causar perjuicios al mismo al margen del propio hecho del conocimiento. Por esa vía, nuevamente, podría hablarse de una conexión mediata con el art. 43.1 CE.

Tal vez la STC 196/2004, de 15 de noviembre, sea el mejor ejemplo de lo que se expone. Véase: la recurrente en amparo prestó servicios para Iberia como agente administrativo a través de una sucesión de contratos temporales. Vigente el último de ellos, la empresa dio por extinguida la relación laboral, alegando como motivo el no haberse superado el período de prueba. Dicha decisión fue adoptada por la empresa al recibir de sus servicios médicos la calificación de «no apto» tras el examen médico realizado a la recurrente por razón de su contratación eventual para esa temporada. La trabajadora acudió a los servicios médicos para informarse del significado del «no apto», comunicándosele que las pruebas de los análisis de orina habían detectado un coeficiente de cannabis muy superior al recogido en el protocolo elaborado por la empresa como máximo permitido para la contratación de un trabajador de su categoría profesional. Se declaró probado que no se comunicó a la recurrente que en los análisis médicos se examinaría el posible consumo de estupefacientes, y que los resultados de dichas pruebas son de exclusivo conocimiento

de los servicios médicos, notificándose al Departamento de Personal de la empresa, únicamente, la calificación del trabajador como apto o no apto, como así sucedió en el caso.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y, además de otros elementos lejanos a lo que nos ocupa, establece que los reconocimientos no pueden imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable; fija condiciones para los reconocimientos médicos obligatorios (conurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos), y declara la necesidad de un consentimiento informado. A ello cabe añadir, y veo aquí la principal relación con el art. 43.1 CE, una conexión mediata con la intimidad. Una conexión que deriva no ya de la penetración no consentida (por no informada) en la esfera privada, sino de la des-

viación del fin legalmente previsto para la detección médica (que en el caso enjuiciado se convirtió en un instrumento empresarial de selección de personal y en fundamento de la ruptura contractual). Afirma el Tribunal, en efecto, que no es admisible la idea que recoge la sentencia recurrida sobre el interés de la empresa en conocer el estado psicofísico de sus trabajadores, pues dicho interés ni inspira la configuración legal de los reconocimientos médicos de vigilancia de la salud en el trabajo, ni desde luego puede conformar, de manera genérica o indiscriminada, una justificación suficiente para la penetración en ámbitos de la esfera íntima de los trabajadores. Dicho en otras palabras, si se indaga en la salud con un fin distinto al normativamente previsto y consentido por el afectado, empleando la indagación con una finalidad que puede acarrear perjuicios para el interesado (aquí, su despido), se produciría una especie de escenario inverso al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA CUEVA ALEU, I., «El derecho constitucional a la protección de la salud: jurisprudencia constitucional», en *Salud pública y derecho administrativo*, CGPJ, Madrid 2004, págs. 13-79.

DE LA VILLA GIL, L. E., «El derecho constitucional a la salud», en *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 969-1004.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo: un estudio desde la perspectiva de género», *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 137, 2008, págs. 115-158.

MONTSERRAT QUINTANA, A., «El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias», en *Nuevos derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado*, CGPJ, Madrid, 2008, págs. 17-60.

SERRANO-SUÑER HOYOS, G. y TENORIO SÁNCHEZ, P. J., «Salvaguarda de los derechos fundamentales frente al ruido», *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, págs. 95-146.

Artículo 44

- 1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.*
- 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.*

Sumario: I. Introducción. II. Principio rector de la política social y económica. III. Mandato a los poderes públicos: la cultura y la investigación científica y técnica como competencia concurrente.

EVA NIETO GARRIDO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ACREDITADA AL CUERPO DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1978, siguiendo el modelo de la Constitución republicana, contiene referencias directas a la cultura, donde aparece el término cultura como sustantivo o adjetivo (Preámbulo y arts. 9.2, 25.2, 44.1, 46, 48, 50, 143.1, 148.1.17.^a, 149.1.28.^a y 149.2), o indirectas a través de términos relacionados como archivos, arte, artesanía, bibliotecas, ciencia, conservatorios de música, educación, investigación, lenguas, literatura, museos, patrimonio histórico-artístico, patrimonio monumental (por ejemplo, entre otros, en los arts. 3, 20, 27 y 44.2 CE).

El análisis del art. 44 CE puede abordarse desde distintos puntos de vista. No obstante, este comentario se encuadra en un trabajo colectivo que tiene como hilo conductor la doctrina constitucional sobre cada precepto de la Constitución Española, con el fin de destacar el contenido del mismo y su desarrollo jurisprudencial desde los primeros pronunciamientos hasta su configuración actual. En consecuencia, no es objeto de este trabajo el

análisis de temas generales que plantea el art. 44 CE, como el concepto o los conceptos de cultura, de ciencia e investigación científico y técnica y su evolución en el mundo del Derecho, que además han sido brillantemente estudiados por la doctrina, a la que me remito (PRIETO DE PEDRO, 1992, 15; VAQUER CABALLERÍA, 1998, 173; TAJADURA TEJADA, 2004, 263 y 264; y GARCÍA FERNÁNDEZ, 1996, 219-228).

Centrando por tanto el análisis del art. 44 CE en el contenido del mismo y su desarrollo por la doctrina constitucional en los últimos treinta años, he de señalar que **los pronunciamientos del Tribunal permiten desarrollar el significado del precepto en cuanto principio rector de la política social y económica y en cuanto competencia concurrente del Estado y las Comunidades Autónomas.**

II. PRINCIPIO RECTOR DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA

El art. 44 CE reconoce el derecho de acceso a la cultura dentro del Capítulo III del Título I,

dedicado a los principios rectores de la política social y económica, desvinculado del derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE, y con las garantías que le otorga el art. 53.3 CE: se trata de **un mandato a los poderes públicos para que posibiliten el ejercicio del derecho de acceso a la cultura, aunque sin posibilidad de exigir este derecho ante los Jueces y Tribunales**, salvo que las leyes que lo desarrollen así lo establezcan. Tampoco es posible recabar la tutela del derecho de acceso a la cultura ante el Tribunal Constitucional porque el recurso de amparo no está previsto para los principios rectores de la política social y económica. El propio Tribunal declaró que «los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título Primero, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí derechos judicialmente actuables» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). De acuerdo con la doctrina constitucional, **los principios carecen, por tanto, de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas** que caracterizan a los derechos constitucionales y se proyectan también sobre las competencias normativas de las Comunidades Autónomas [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13.b), que declaró constitucional el derecho al agua que estableció la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana].

El art. 44 CE como principio rector **contiene un mandato de actuación favorable a los poderes públicos** para que promuevan y tutelen el derecho de todos de acceso a la cultura y de promoción de la ciencia y la investigación científica en beneficio del interés general, **lo que lleva implícita la prohibición de cualquier actuación de los poderes públicos perjudicial para aquellos** (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, 46). La doctrina constitucional ha destacado esta otra cara de la moneda, el reverso del mandato de actuación favorable a los poderes públicos contenido en los principios rectores de la política social y económica, en relación con el art. 50 CE

(protección de la tercera edad) en la STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, y en relación con el art. 39 (protección de la familia) en la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.

El mandato de posibilitar el acceso a la cultura y de promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica es **un mandato de optimización** que ordena su realización por los poderes públicos en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (ALEXY, 1993, 87; GARCÍA FIGUEROA, 1998, 186). A esto hay que añadir que el propio Tribunal Constitucional ha destacado que **el mandato puede realizarse no solo a través del fomento de actividades culturales privadas, sino también con la intervención directa de las Administraciones públicas en la organización de actividades culturales**. La doctrina constitucional se ha pronunciado en el sentido expuesto. Por ejemplo, la STC 157/1985, de 15 de noviembre, FJ 4, declaró, recogiendo la doctrina constitucional de la STC 49/1984, de 5 de abril, que determinadas funciones de calificación y clasificación de películas corresponden a la Administración del Estado junto con la labor de fomento y apoyo a la cinematografía (*ex* art. 149.2 CE), que podrá articularse de diverso modo. En la primera Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el título «fomento de la cultura» (art. 148.1.17.^a CE), la STC 84/1983, de 24 de octubre, declaró que la materia equivalía a una acción de estímulo y promoción cultural incluso de carácter directo (FJ 2). Respecto a la promoción de la ciencia y de la investigación científica y técnica (art. 44.2 CE), la STC 90/1992, de 11 de junio, que desestimó dos recursos de inconstitucionalidad acumulados formulados por la Generalidad y por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, declaró en el FJ 2 que la competencia estatal de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica no se circunscribía al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas a tra-

vés del otorgamiento de ayudas económicas y que no excluía acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras.

III. MANDATO A LOS PODERES PÚBLICOS: LA CULTURA Y LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA COMO COMPETENCIA CONCURRENTE

El art. 44 CE contiene un mandato general a los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura y promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general. **No estamos ante un principio rector dirigido únicamente al Estado**, como recoge por ejemplo el art. 42 CE, para que vele por los derechos económicos de los trabajadores en el extranjero, **sino ante un precepto que obliga a todos los poderes públicos a una acción positiva en pro de la cultura y de la ciencia e investigación científica y técnica**. El art. 149.2 CE complementa lo dispuesto por el art. 44 CE, ya que establece que, sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas de acuerdo con ellas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que **el Estado y las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias sobre cultura con independencia el uno de la otras, aunque de modo concurrente en la persecución de unos mismos objetivos genéricos** o, al menos, de objetivos culturales compatibles entre sí (STC 11/1986, de 28 de enero, FJ 3, entre otras). Además, el Tribunal ha reconocido que no solo el Estado y las Comunidades Autónomas pueden ejercer competencias en materia de cultura, sino también otras comunidades «pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas re-

presentativas pueden ostentar competencias» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6). Como es lógico, el mandato general a los poderes públicos que contiene el art. 44 engloba también a las Entidades Locales que, de acuerdo con el principio de autonomía local (arts. 137 y 140 CE), tendrán competencias en la materia siempre que la misma afecte a la gestión de sus respectivos intereses (PRIETO DE PEDRO, 1996, 215; GARCÍA FERNÁNDEZ, 1996, 230).

La llamada a la actuación favorable de los poderes públicos que contiene el art. 44 CE para que promuevan y tutelen el derecho de acceso a la cultura y promuevan la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general se concreta en el orden constitucional de distribución de competencias sobre estas materias. En efecto, el art. 149.1.15.^a y 28.^a CE atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica, así como para la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas. La competencia estatal se contiene también en el citado art. 149.2 CE. Por su parte, el art. 148.1.17.^a CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias para el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma. Previamente, el art. 148.1.15.^a CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma, y el art. 148.1.16.^a CE que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma. Estos títulos y la atribución de competencias que realizan los Estatutos de Autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas en estas materias han dado lugar a una rica doctrina constitucional sobre el carácter concurrente de las competencias en las materias del art. 44 CE. Con el

fin de evitar solapamientos con otros comentarios de los preceptos constitucionales sobre el orden constitucional de distribución de competencias, me limitaré a transcribir algunos pasajes de la STC 49/1984, de 5 de abril, que fue el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional que estableció el significado de competencia concurrente al analizar el título «fomento de la cultura» y a mencionar una de las más recientes sentencias dedicadas a esta materia.

La STC 49/1984, de 5 de abril, que desestimó un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la disposición adicional segunda y los arts. 1 y 7 de la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulaban las salas especiales de exhibición cinematográfica, la Filmoteca Española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje, declaró que «pecaría de superficial todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al art. 148.1.17.^a, una competencia omnimoda y excluyente. La lectura de otros textos de la CE (sobre todo el art. 149.2, pero también los que en la lista de este título se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura» (FJ 6).

Esto explica, de acuerdo con la STC 49/1984, el contenido del art. 149.2 CE, «que, después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica, en el sentido de que más que un reparto com-

petencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente. **Que en materia cultural es destacada la acción autonómica es algo inherente a la Comunidad (art. 2 de la CE). Que a su vez al Estado compete también una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias**, es algo que está en la línea de la proclamación que se hace en el indicado precepto constitucional. Tratándose de las películas que dice el art. 7 de la Ley 1/1982, cuya calificación comporta a través de la exhibición unas desgravaciones fiscales estatales, la competencia de calificación no puede negarse a la Administración del Estado, lo que, obviamente, no cierra el camino al fomento por la Generalidad de películas que tengan interés cultural, sin que esto prejuzgue ni el alcance del ejercicio de las competencias de esta naturaleza que puedan tener determinadas Comunidades Autónomas, dado el carácter concurrente de las competencias estatales y comunitarias en el ámbito cultural, ni la solución de futuros conflictos de competencia planteados» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6).

La característica de competencia concurrente fue puesta de manifiesto por primera vez por el Tribunal Constitucional en la citada STC 49/1984, de 5 de abril, que aplicó la doctrina constitucional transcrita al sector del cine. Sentencias posteriores del Tribunal reiteran el carácter de competencia concurrente aplicado de nuevo al cine, como, por ejemplo, las SSTC 157/1985, de 15 de noviembre, FJ 4, y 106/1987, de 25 de junio, FJ 2. Pero esta nota característica del principio rector de la política social y económica que establece el art. 44 CE fue aplicada por el Tribunal, por ejemplo en materia de patrimonio histó-

rico (STC 17/1991, de 31 de enero, FJ 2) y sobre ciencia e investigación científica [STC 90/1992, de 11 de junio, FJ 2.B)].

A pesar de la rica jurisprudencia sobre la competencia concurrente en el ámbito cultural del Estado y de las Comunidades Autónomas, se siguen planteando conflictos constitucionales sobre la materia que reflejan la evolución cultural del país en determinados aspectos concretos como respecto de la tauromaquia. La cada vez más importante sensibilidad por el medio ambiente y por la defensa de los derechos de los animales provocó que Cataluña aprobase la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales de la citada Comunidad Autónoma (aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril). Frente a la prohibición de las corridas de toros y de todos aquellos espectáculos taurinos que dañasen o diesen muerte al animal que contenía el art. 1 se formuló recurso de inconstitucionalidad por cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular, lo que dio lugar a la STC 177/2016, de 20 de octubre. La citada Sentencia estimó el recurso de inconstitucionalidad y declaró inconstitucional y nulo el art. 1, que contenía la prohibición controvertida, dado que la competencia autonómica menoscabó el ejercicio de las competencias estatales en la materia (títulos competenciales art. 149.1.28 y 149.2 CE), lo que directamente impedía la realización del mandato de optimización que contiene el art. 44 CE. Recuerda el Tribunal la doctrina constitucional contenida en la STC 122/2014, de 17 de julio, FJ 3), donde declaró, respecto del art. 149.2 CE, que en cultura, como competencia concurrente, «más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente» (FJ 5 de la STC 177/2016). Se trataría, por tanto, según la STC 177/2016, «de articular las competencias de modo tal que pueda ser efectivo el principio rector de garantía del acceso a la cultura

(art. 44.4 y 5 CE y art. 44 EAC)» (*ibidem*). Pero para llegar a ese fin la Sentencia contiene una fundamentación que ha merecido fundadas críticas en sendos votos particulares a los que me referiré una vez expuesta la *ratio decidendi* de la STC 177/2016.

Concluye la STC 177/2016 declarando que «[Así], desde la lógica de la concurrencia competencial existente en materia de cultura, las concepciones que los diversos poderes públicos responsables de cumplir el mandato del art. 46 CE puedan tener de lo que se entienda como expresión cultural susceptible de protección, pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas. En otros términos, esa valoración entra también dentro de la libertad de configuración que corresponde al legislador autonómico en la interpretación de los deseos u opiniones que sobre esta cuestión existen en la sociedad catalana a la hora de legislar en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos. Ahora bien, *dichas diferencias han de manifestarse de modo conforme al orden constitucional de distribución de competencias en el que las decisiones autonómicas encuentran su fundamento, de manera que no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado en materia de cultura al amparo del art. 149.2 CE*. Ya hemos recordado que este precepto incluye un mandato constitucional expreso que implica la atribución al Estado de «una competencia que tendrá, ante todo, un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias» (STC 49/1984, de 5 de abril, FJ 6). Mandato, como recuerda la STC 31/2010, FJ 73, «a cuya satisfacción viene obligado el Estado de manera indubitada y que no admite actuación que la impida o dificulte por parte de las Comunidades Autónomas» [] Por esa razón *la norma autonómica, al incluir una medida prohibitiva de las co-*

rridas de toros y otros espectáculos similares adoptada en el ejercicio de la competencia en materia de espectáculos, menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal en los términos que ya han quedado expuestos» (FJ 7 de la STC 177/2016).

Frente a este razonamiento jurídico se formularon dos votos particulares que merecen sin duda su lectura, el primero de la Magistrada Adela Asúa, al que se adhirió el Magistrado Fernando Valdés, y el segundo del Magistrado

Antonio Xiol. La lectura de los citados votos particulares pone de manifiesto el debate interno en el Pleno del Tribunal. Critican dos aspectos de la STC 177/2016: por un lado, que una vez determinado el canon de enjuiciamiento se aplique teniendo en cuenta la prevalencia del título estatal contenido en el art. 149.2 CE, como si se estuviere enjuiciando un conflicto entre norma estatal básica y norma de desarrollo autonómica, sin tener en cuenta que ese esquema no opera ante competencias concurrentes, y, por otro lado, que la Sentencia se centra en el debate competencial dejando fuera el sustantivo, la cuestión de fondo crucial entre una cultura emergente ambientalista y de protección de los animales frente a una cultura tradicional sólida defensora de la tauromaquia.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., «Artículo 44.2: Fomento de la Ciencia», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, págs. 219 a 233.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Congreso de los Diputados y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

— «Artículo 44.1: El derecho a la cultura», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, págs. 207 a 216.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

TAJADURA TEJADA, J., «El acceso a la cultura», en TAJADURA TEJADA, J. (Dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Editorial Biblioteca Nueva, 2004, págs. 262 a 290.

VAQUER CABALLERÍA, M., *Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

Artículo 45

1. *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

Sumario: I. Introducción. II. Concepto constitucional de medio ambiente. III. El medio ambiente como objeto de un derecho público subjetivo. IV. Contenido medioambiental de algunos derechos fundamentales. 1. Derecho a la intimidad domiciliar. 2. Derecho a la integridad física y moral. V. La protección de medio ambiente como principio rector.

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El art. 45 CE, en sus tres apartados, planteaba ya en 1978 importantes cuestiones interpretativas: sobre el propio concepto constitucional de medio ambiente, sobre el significado real de un «derecho» a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el «desarrollo de la persona», y sobre el posible alcance de su tutela por los Jueces y Tribunales. Cuarenta años después, una buena parte de estas cuestiones siguen sustancialmente abiertas. A **falta de jurisprudencia constitucional** —muy escasa en la materia—, la exégesis del art. 45 CE se apoya en una extensa labor doctrinal, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Dere-

cho Humanos, en la jurisprudencia judicial española (en los órdenes civil, contencioso-administrativo y penal), en numerosos tratados internacionales en los que España es parte, en el Derecho comunitario europeo y en la amplia acción legislativa, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Hay que apuntar, ya desde el principio, que **no todos los sectores ambientales están igualmente presentes en la jurisprudencia y en el Derecho positivo**. De ahí que la hermenéutica del art. 45 CE presente sesgos e insuficiencias intrínsecas. Piénsese, especialmente, en la actual relevancia normativa y jurisprudencial del *ruido urbano*: la contaminación acústica ha sido, en los últimos años,

uno de los ejes de las políticas legislativas europea (Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental) y española (Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido); y ha protagonizado la jurisprudencia ambiental, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez c. España* y de 16 de enero de 2018, asunto *Cuenca Zarzoso c. España*) como del Tribunal Constitucional español [SSTC 119/2001, 16/2004 y 150/2011 (esta última luego objetada por el TEDH)] y de los diversos órdenes jurisdiccionales nacionales: contencioso-administrativo (SSTS de 15 de marzo de 2002, rec. núm. 9062/1996; 26 de noviembre de 2007, rec. núm. 1204/2004; 25 de marzo de 2008, rec. núm. 148/2007), penal (SSTS 53/2003, de 24 de febrero; 370/2016, de 28 de abril) y civil (STS 589/2007, de 31 de mayo) (más referencias en SIMÓN YARZA, 2012, 323). Estos casos son llamativos si se tiene en cuenta que el ruido urbano es un fenómeno más relacionado con la salud o la calidad de vida que, propiamente, con el medio ambiente natural. Se observa, de esta manera, que en la interpretación del art. 45 CE va ganando peso la calidad de la vida humana, más allá de la preservación de los recursos naturales (LOZANO, 2005, 82).

Expuesto de forma elemental, una Constitución puede hacer referencia al medio ambiente como **derecho público subjetivo** (fundamental o no) o como **principio rector** de la actuación estatal: fin, objetivo, programación de la actuación del Estado (VELASCO, 2000, 183). Por ejemplo, la Constitución de la República italiana (artículo 9.2 CRI) menciona la «protección del paisaje» (que la doctrina interpreta como ambiente-territorio: CAVALLO, 1990, 412) como función de la República, sin añadir a ello un poder jurídico inmediato de los ciudadanos. La Constitución de Baviera (BV) menciona, por un lado, la protección de la naturaleza como objetivo del Estado (art. 141.I BV) y, por otro lado, se refiere en el art. 141.II BV al derecho al «esparcimiento en la

naturaleza» como verdadero derecho fundamental (BARTLESPEGER, 1986, 13). La Constitución de la República portuguesa (CRP) proclama en el art. 66.1 el «derecho» a un «ambiente sano y humano»; y junto a ello, el art. 9.e) CRP afirma como tarea fundamental del Estado: «defender la naturaleza y el ambiente y preservar los recursos naturales» (GOMES CANOTILHO/MOREIRA, 1984, 349). Y ya por fin, la Constitución alemana (GG) contiene únicamente, en su versión actual, un deber o tarea estatal de protección ambiental [art. 20.a) GG; sobre ello, POMED, 1998, 570]. Con todo, el binomio derecho subjetivo/principio rector no agota el tratamiento del medio ambiente en una Constitución. Así, la Constitución portuguesa (art. 66.1 CRP) y la española (art. 45.1 CE) incluyen el deber de todos de defender o conservar el medio ambiente.

II. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE MEDIO AMBIENTE

Una primera cuestión interpretativa sobre el art. 45 CE se refiere al concepto mismo de medio ambiente. En la STC 102/1995, el Tribunal hizo un notable esfuerzo de precisión semántica de la expresión «medio ambiente». Dos serían las precisiones conceptuales básicas de esta sentencia. Primera, que el «medio ambiente» *no se limita a los recursos naturales*: también incluye elementos artificiales que rodean la vida humana. Y segunda precisión, que el art. 45 CE incorpora una *concepción antropocéntrica* del medio ambiente, como envoltorio de una vida humana digna.

a) La **concepción amplia del medio ambiente** se expresa así en la STC 102/1995: «en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente (“environment”, “environnement”, “Umwelt”) es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos

y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción» (FJ 4). Con esta opción hermenéutica, el Tribunal corrige lo que hasta entonces había sido la opinión doctrinal mayoritaria: reducción del concepto constitucional de medio ambiente únicamente al llamado medio ambiente natural: biosfera (aire, agua, suelo) y ecosistemas: flora, fauna (RUIZ ROBLEDO, 1993, 38; DELGADO PIQUERAS, 1993, 63); se excluían del concepto constitucional de medio ambiente, por gozar de mención especial en la propia CE, el urbanismo, la vivienda y el patrimonio artístico (LÓPEZ MENDO, 1991, 162). En esta línea, se llegaba a identificar el medio ambiente del art. 45.1 CE con los recursos naturales a que se refiere el art. 45.2 CE. Con todo, hay que advertir que la STC 102/1995 se dictó para la resolución de diversos conflictos competenciales acumulados. Y, en esa medida, sus afirmaciones sobre el concepto constitucional de medio ambiente, formuladas en abstracto, no pueden tenerse propiamente por doctrina constitucional al amparo del art. 13 LOTC. Hay que tener en cuenta, además, que pueden no coincidir el **concepto «competencial» de medio ambiente** (del art. 149.1.23.^a CE) y el del art. 45 CE (derecho constitucional y principio rector). En el art. 149.1.23.^a CE, el medio ambiente es una materia para la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; consecuentemente, la interpretación de esa norma competencial está guiada por cánones hermenéuticos propios de la distribución competencial: no vaciamiento de otros títulos competenciales, preferencia del título especial sobre el general (por todos, VIVER, 1989, 174-180). Tal y como afirma la propia STC 102/1995: «Es claro que la transversalidad predicada [del medio ambiente] no puede justificar su *vis expansiva*, ya que en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a esos recursos naturales, sino solo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora» (FJ 3). Se entiende así que —en ocasiones— el concepto de medio ambiente del art. 149.1.23.^a CE

pueda ser más limitado que el que incorpora el art. 45 CE (STC 306/2000, FJ 6; en la doctrina: CANOSA, 2000, 68). De hecho, a la vista de los descriptores competenciales del art. 149.1 CE no entran en el concepto «competencial» de medio ambiente: ni los montes (arts. 148.1.8.^a y 149.1.23.^a CE), ni los recursos y/o aprovechamientos hidráulicos, aguas minerales y termales (art. 149.1.22.^a CE, art. 148.1.10.^a CE), ni la pesca, el marisqueo, la acuicultura, o la caza (art. 148.1.11.^a CE).

b) Muy conectada con lo anterior está una segunda cuestión: la del **enfoque antropocéntrico o ecocéntrico** del art. 45 CE. De forma apodíctica afirma la STC 102/1995 que «el ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí» (FJ 4). De forma apodíctica, se afirma en la STC 119/2001 —y solo como *obiter dictum*— que el ámbito propio del art. 45 CE es el del «medio ambiente circundante» (FJ 7), sin mayores precisiones. Lo cierto es que, ya en el debate constituyente, el medio ambiente siempre apareció vinculado al desarrollo de la persona o de la personalidad (*Diario de Sesiones del Senado* de 30 de agosto de 1978, núm. 46, pág. 2089). En los trabajos constituyentes no se toma en consideración una protección objetiva del medio ambiente (ecológico); y ello pese a que el movimiento conservacionista (y después ecológico) ya era influyente en la opinión pública de nuestro país. De otro lado, el precedente constitucional de Portugal (art. 66 CRP), que fue determinante en la formulación del art. 45 CE, no se limita a la protección del ambiente natural, sino que protege, en general, un «ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado» (art. 66.1 CRP). En suma, en el proceso de elaboración del art. 45 CE se puede observar una clara **tendencia antropocéntrica en la protección del medio ambiente**. También en la jurisprudencia judicial —muy condicionada por fenómenos de con-

taminación urbana, y especial del ruido— se observa con claridad la tendencia antropocéntrica ya comentada. Dice la STS (Penal) 53/2003 que «en cuanto el art. 45 de la Constitución dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona [...] parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas, aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales» (FJ 6).

III. EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO DE UN DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO

Según el art. 45.1 CE: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». El alcance de esta declaración queda limitado por el art. 53.3, segunda frase, CE: «Solo podrán ser alegados (Los principios rectores de la política social y económica, del Cap. 3, del Título I CE) ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Según esto, **el derecho que proclama el art. 45.1 CE carece de acción procesal directa**. De aquí ha concluido frecuentemente la doctrina que no estamos ante un derecho subjetivo (SERRANO, 1988, 79; MARTÍN MATEO, 1991, 108 y 150). Pero esa doctrina puede ser revisada. Se ha dicho, en este sentido, que «el derecho al ambiente es un derecho subjetivo de naturaleza constitucional, de configuración legal y protección judicial ordinaria» (DELGADO PIQUERAS, 1993, 56). La función del legislador sería, entonces, decidir el alcance de este derecho en cada ámbito de conflicto medioambiental; aunque solo por medio del legislador disfrutarían los ciudadanos de un verdadero derecho con tutela judicial. Estos planeamientos resuenan en la doctrina del Consejo de Estado al afirmar que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justi-

cia en materia de medio ambiente, dispone de «facultades auxiliares que facilitan a los ciudadanos el ejercicio de su *derecho fundamental al medio ambiente*» (Dictamen del Consejo de Estado de 24 de noviembre de 2005, núm. 1883/2005).

En mi opinión, la negación del derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado, inmediatamente garantizado por la Constitución, es el resultado de tres prejuicios: que se trata de un derecho «social» (frente a los derechos de libertad); que los derechos «sociales» se garantizan mediante prestaciones (directas o derivadas) del Estado; y que no es posible, por razones técnico-jurídicas, formular derechos de prestación directamente derivados de la Constitución, porque el derecho de prestación, para ser real, ha de referirse a un objeto preciso; y esta labor de definición de la prestación no es posible en un texto constitucional, sino a través de la ley. Frente a estos prejuicios conceptuales se puede sostener que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado **no es solo un «derecho social»** (si se opone este tipo de derechos a los de libertad), sino que **garantiza una esfera de libre desenvolvimiento de la persona**. No son correctas, a mi juicio, las siguientes identificaciones: estatus negativo, derecho de libertad y acción de defensa, por un lado; y estatus positivo, derecho social y acción de prestación, por otro (en extenso, VELASCO, 1994, 77 y ss.). Frente a ello, se puede afirmar que ni los derechos de libertad son solo derechos de defensa (*Abwehrrechte*), ni los derechos sociales son solo derechos de prestación (*Leistungsrechte, Teilhaberechte*).

A mi juicio, el art. 45.1 CE reconoce un verdadero derecho (público subjetivo) al libre desarrollo de la persona en un entorno (medio ambiente) adecuado (otra opinión: SIMÓN YARZA, 2012, 97). Y está garantizado mediante acción de defensa: recurso contencioso-administrativo ordinario (similar: JORDANO FRAGA, 1995, 472). Del art. 45.1 CE se deriva, primeramente, una esfera individual de poder jurídico (libertad) inmediatamente delimitada por

la Constitución. El derecho subjetivo del art. 45.1 protege un **círculo vital adecuado** (medio ambiente adecuado) en tanto determinante para el desarrollo (libre) de la persona. Protege contra intervenciones públicas en «partes del medio ambiente» estrechamente conectadas con el individuo: el «círculo de vida» del individuo. Aunque hay que reconocer la dificultad de definición de ese «círculo de vida» (LÓPEZ RAMÓN, 2005, 194). Ha sido esta objeción, precisamente, la que ha vaciado de eficacia directa al art. 141.III de la Constitución de Baviera: derecho fundamental al esparcimiento en la naturaleza (BARTLESPEGER, 1986, 16). La superación de esta dificultad «técnica» pasa por una delimitación legislativa del «círculo vital» de la persona; y, en su ausencia, por una solución casuística de la jurisprudencia.

La acción de defensa es el recurso contencioso-administrativo ordinario, no el recurso de amparo. Y por ello, hay protección contra actos (expresos o presuntos), disposiciones administrativas, actividad material y simple inactividad administrativa [art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)]. Esta acción de defensa, individual y al servicio del «derecho constitucional a un medio ambiente adecuado» es netamente **distinguible de los supuestos de acción popular** al amparo del art. 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en los términos que determinan las leyes ambientales sectoriales) y de la legitimación asociativa que en la actualidad establecen los arts. 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En estos últimos casos estamos, simplemente, ante una ampliación legal de la legitimación para exigir el cumplimiento de las leyes ambientales; supuestos estos bien distintos de la legitimación directa —conforme al art. 19.1.a) LJCA— para la defensa de un derecho propio (el garantizado individualmente por el art. 45.1 CE). Es claro, por lo demás, que el recurso contencioso-administrati-

vo solo tutela el disfrute de un medio ambiente adecuado. Pero **no los niveles de «calidad de vida»** que, más allá de un medio ambiente adecuado, haya impuesto el legislador. La violación de estos estándares de calidad de vida será infracción de las leyes, pero no del derecho subjetivo medioambiental.

IV. CONTENIDO MEDIOAMBIENTAL DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derecho a la intimidad domiciliar

El medio ambiente está constitucionalizado no solo en el art. 45 CE. Forma parte del contenido de algunos derechos fundamentales (por todos: POMED, 1998, 584; SIMÓN YARZA, 2012, 291). Es el caso, en primer lugar, de los derechos del art. 18.1 y 2 CE. El derecho a la intimidad personal y familiar y a la privacidad domiciliar se lesionan por medio de inmisiones externas, como los humos o el ruido.

El *leading case* en esta materia está en la STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto *López Ostra c. España*. Se dice en esta sentencia que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, garantizado por el **art. 8.1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos** (CEDH), ampara a quien no puede disfrutar de su vivienda habitual como consecuencia de la **inmisión de malos olores** provenientes de una fábrica privada con el consentimiento del Ayuntamiento. La argumentación del TEDH, ciertamente activista y sorprendente en el tiempo en que se dictó (VELASCO, 1995, 305) supone la inclusión definitiva de contenidos ambientales en el derecho a la intimidad domiciliar (CARRILLO DONAIRE y GALÁN VIOQUE, 1997, 277). A partir de aquí, la misma comprensión amplia de ámbito de protección del art. 8.1 CEDH se ha extendido a las **emisiones de sustancias químicas contaminantes** (STEDH de 19 de febrero de 1998, asunto *Guerra c. Italia*) y al ruido (SSTEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Hatton y otros c. Reino*

Unido; de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez c. España*; y de 16 de enero de 2018, asunto *Cuenca Zarzoso c. España*). La doctrina de la STEDH *López Ostra* también ha pasado a la jurisprudencia constitucional española; primero, a través de la STC 199/1996, y luego en la STC 119/2001. Se dice en esta última sentencia que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables o 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 y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 6). La misma doctrina se reitera en la STC 16/2004 (FF.JJ. 3 a 7), aunque aquí simplemente como *obiter dictum*, pues el asunto de fondo se refiere al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2. Derecho a la integridad física y moral

La doctrina del caso *López Ostra* abrió también una **nueva comprensión —medioambiental— del derecho a la integridad física y moral** (art. 15 CE). Así lo ha entendido, ante **ruidos urbanos** excesivos, la STC 119/2001, del Pleno del Tribunal: «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» (FJ 6). Ahora bien, enseguida habría que precisar que el derecho a la integridad física y moral no cubre todas las posibles exigencias medioambientales. **Solo abarca un «mínimo ecológico existencial»** (la expresión es de KLOPEFER, 1998, 310), sin el cual no sería identificable una vida digna o la integridad física y moral. No se trata de «calidad de vida», sino de condiciones básicas de vida. Lo

cierto que ese mínimo está hoy no solo plenamente cubierto, sino también ampliamente superado en la legislación medioambiental. En consecuencia, el incumplimiento de una norma medioambiental (por ejemplo, estándares de contaminación) será, por regla general, una infracción de la legalidad, no del derecho fundamental a la vida e integridad física y moral. Lo normal será, por tanto, que el incumplimiento de la normativa medioambiental se fiscalice a través del recurso contencioso-administrativo ordinario, no a través del recurso de amparo.

V. LA PROTECCIÓN DE MEDIO AMBIENTE COMO PRINCIPIO RECTOR

Aun con menor fuerza simbólica que un derecho subjetivo constitucional, la introducción de un principio rector medioambiental en una Constitución no es cuestión baladí: el principio tiene fuerza normativa. Un principio rector medioambiental se erige en **canon de la actuación de los órganos públicos** y exige su **ponderación** frente a otros bienes constitucionales de igual o mayor rango (SSTC 73/2000, FF.JJ. 12 y 13; 233/2015, FJ 2). En nuestra Constitución, la referencia al medio ambiente adecuado como principio rector de la política social y económica (Cap. III, Título I CE) supone mucho más de lo que parece dar a entender el art. 53.3 CE.

El principio rector del art. 45.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de velar por una utilización racional de todos los recursos naturales. En este principio rector **no hay atribución competencial específica, sino solo un deber finalista** que guía el ejercicio de competencias propias (STC 126/2002, FJ 9). Parecería que este principio rector está circunscrito al llamado medio ambiente natural (biosfera, ecosistemas). Pero no pienso que en este mandato de actuación positiva («velarán») haya una consideración objetiva (ecocéntrica) del medio ambiente. Pues el mandato de actuación positiva sirve para «proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restau-

rar el medio ambiente». De aquí resulta, nuevamente, un **telos humano en la guarda de los recursos naturales**: porque la «calidad de vida» es, evidentemente, vida humana; y porque medio ambiente es, ya lo hemos dicho, el entorno (artificial o natural) donde se desarrolla la persona. Se refuerza así la conclusión de antropocentrismo en la constitucionalización del medio ambiente.

La eficacia de este principio rector la enuncia el propio art. 45.2, más que la vaga cláusula general del art. 53.3 CE. El art. 45.2 impone un **deber de actuación positiva** («velarán»: STC 233/2015, FJ 2), y no un simple mandato de ponderación de bienes jurídicos, que es lo que parece indicarse con el «informarán» del art. 53.3 CE. La eficacia normativa del principio rector del art. 45 CE se puede observar diferenciadamente en relación con el legislador, los Tribunales y la Administración.

En apariencia, el principio rector del art. 45 CE ha estado muy presente **en la actividad legislativa** de los últimos años. Al menos eso indicaría la continua referencia a este precepto en los preámbulos de leyes estatales y autonómicas. Valga el ejemplo de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, que inicia su preámbulo con la cita del art. 45 CE. Aunque con frecuencia la mención al art. 45 CE es meramente retórica. Así ocurre cuando las leyes ambientales (estatales o autonómicas) son transposición en España de directivas comunitarias. Es el caso de la mencionada Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental, que trae causa directa de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004. Y es que, en la actualidad, el Derecho derivado europeo —impulsado por el mandato de obtención de un nivel elevado de protección ambiental (art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea)— ha superado, como parámetro normativo vinculante para los legisladores españoles, al art. 45.2 CE. En estos casos es claro que la *ratio legis* de las leyes ambientales españolas no está en el mandato constitucional del art. 45.2 CE. A lo más se podría afirmar, con el Consejo de Estado,

que «el Derecho comunitario europeo ha contribuido [...] a realizar la virtualidad de las referidas declaraciones constitucionales [del art. 45 CE]» (Dictamen del Consejo de Estado de 22 de febrero de 2007, expediente núm. 2627/2006, pág. 12).

Especial mención, como especificación del principio rector del art. 45.2 CE, merece la llamada del art. 45.3 CE a la **tipificación de ilícitos penales o administrativos y la imposición de deberes de reparación**. El seguimiento de este mandato se observa, de un lado, en los arts. 325 y ss. del Código Penal. El art. 325.1 CP tipifica con penas de prisión, multa e inhabilitación especial diversas conductas idóneas para «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Se trata de un tipo básico de peligro abstracto (SSTS Penal 1828/2000, de 25 de octubre; 52/2003, de 24 de febrero; 370/2016, de 28 de abril) con un alto grado de accesoriadad administrativa («contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»). De otro lado, las leyes ambientales administrativas incorporan, sin excepción, un catálogo de infracciones y sanciones administrativas para garantizar su cumplimiento (valga como ejemplo el art. 55 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental). Y en lo que hace a los deberes de reparación, su positivación sectorial inicial (entre otras, en las leyes de aguas y costas) se ha generalizado hoy al conjunto de los bienes ambientales a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

En los **Tribunales de Justicia**, el principio rector del art. 45.2 CE ha actuado como **canon hermenéutico**, imponiendo una interpretación del Derecho positivo en el sentido más favorable al medio ambiente: *in dubio pro naturalez*a (LÓPEZ MENUDO, 1991, 181). Esta función se concreta, en los Tribunales, en una **exégesis extensiva de las normas de legitimación activa** para la fiscalización de la actuación administrativa relacionada con el medio ambiente (QUINTANA, 1990, 117).

Por fin, por lo que se refiere a la Administración, más allá de la invocación retórica del art. 45 CE en infinidad de resoluciones y disposiciones, el principio rector del art. 45 CE se está abriendo paso progresivamente como **«material ponderable» en la actividad planificadora de la Administración**: planificación urbanística, de carreteras, de infraes-

tructuras, ordenación del territorio. El medio ambiente es, por exigencia del art. 45 CE, un bien jurídico de necesaria ponderación en el ejercicio de la discrecionalidad de planeamiento. Al punto de que una insuficiente ponderación de los valores medioambientales determina un ejercicio viciado de la discrecionalidad planificadora.

BIBLIOGRAFÍA

BARTLESPEGER, R., «Das Grundrecht auf Naturgenuß in naturschutzrechtlichen Bezügen», en *Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag*, München, 1986, págs. 13 y ss.

CANOSA USERA, R., *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000.

CARRILLO DONAIRE, J. A. y GALÁN VIOQUE, R., «¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, págs. 277 y ss.

CAVALLO, «Profili amministrativi della tutela dell' ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 2, 1990, págs. 412 y ss.

DELGADO PIQUERAS, F., «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pág. 63.

GOMES CANOTILHO, J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1 vol., 2.ª ed., Coimbra, 1984.

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, JB Editores, Barcelona, 1995.

KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 2.ª ed., Beck, München, 1998.

LÓPEZ MENUDO, F., «El derecho a la protección del medio ambiente», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, págs. 162 y ss.

LÓPEZ RAMÓN, F., «El medio ambiente en la Constitución española», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 222, 2005, págs. 183 y ss.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 6.ª ed., Dykinson, 2005.

POMED SÁNCHEZ, L., «El derecho al medio ambiente», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 2, 1998, págs. 557 y ss.

QUINTANA LÓPEZ, T., «Justicia administrativa, medio ambiente y servicios municipales», *Revista de Administración Pública*, núm. 65, 1990, págs. 113 y ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

RUIZ ROBLEDO, «Un componente especial de la Constitución Económica. La protección del Medio ambiente», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 14, 1993, pág. 38.

SERRANO MORENO, J. L., «El Derecho subjetivo al ambiente», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16, 1988, págs. 79 y ss.

SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

VELASCO CABALLERO, F., «El medio ambiente en la Constitución: derecho subjetivo y/o principio rector», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994, págs. 77 y ss.

- «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, págs. 305 y ss.
- «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 190, 2000, págs. 183 y ss.

VIVER PI-SUNYER, C., *Materiales competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.

Artículo 46

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión competencial. III. El mandato de protección penal.

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Uno. La encomienda contenida en este precepto halló su plasmación legislativa en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español [en adelante, LPHE], cuyo dictado obedeció, según puede leerse en su Preámbulo, al designio de lograr estos tres objetivos, a saber: superar la dispersión normativa a que, desde la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1933, sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional, condujo en este sector del ordenamiento jurídico a la introducción de diversas fórmulas con las que afrontar situaciones no previstas o inexistentes en 1933; la incorporación a la legislación interna e los nuevos criterios para la protección y conservación de los bienes históricos o culturales adoptados por los organismos internacionales competentes en la materia y plasmados en diversas convenciones y, en particular, recomendaciones suscritas y observadas por España; y, en tercer lugar, dar respuesta a la necesaria distribución de com-

petencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas [Preámbulo, III].

Dos. En esta tesitura, la LPHE, verdadero *código* del Patrimonio Histórico Español, consagra, en la línea de la concepción italiana de los *bienes culturales* que alumbrara a mediados de los sesenta de la pasada centuria la *Comisión Franceschini* y teorizara en 1976 Massimo Severo GIANNINI, «una *nueva definición de Patrimonio Histórico y amplia notablemente su extensión*» [Preámbulo, IV], al comprender, siempre según los términos del Preámbulo LPHE, «los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos» buscando, en suma, «asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquella como un conjunto de bienes que en sí mismo han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico» [Preámbulo, IV], en línea, así, con la caracterización de su objeto, el ahora rotula-

do *Patrimonio Histórico Español*, como «principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea» [Preámbulo, I].

II. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL

Uno. Una de las razones que estuvieron en la base de la revisión de la legislación de los bienes históricos o culturales [antes histórico-artísticos] fue, precisamente, la acomodación del marco normativo anterior a 1985 a los criterios de reparto de funciones o competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Unos criterios que, en lo sustancial, se desprenden de dos textos, además del art. 149.2 de la Constitución, expresamente citado, junto con los arts. 44, 46, 149.1.1.^a y 149.1.28.^a del texto constitucional, por el art. 2.1 LPHE, en cuanto fundamento de la competencia del Estado en este ámbito, en cuya virtud, y sin perjuicio de las que puedan asumir las Comunidades Autónomas [«El Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas»], los recogidos en los arts. 148.1.16.^a y 149.1.2.8.^a de la Constitución. Preceptos que, respectivamente, asignan a la competencia de las Comunidades Autónomas, según lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, el «patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma», en tanto que como competencia exclusiva del Estado-aparato se consigna la «defensa del patrimonio cultural, archivístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las “Comunidades Autónomas”».

Dos. El entendimiento que la LPHE plasmó del ámbito competencial del Estado-aparato puede sintetizarse así: a) el Estado deviene competente para dictar una ley general en materia de Patrimonio Histórico; una ley que,

sin perjuicio de su desarrollo o complemento por las Comunidades Autónomas, diseña el régimen jurídico, en sus trazos fundamentales o definitorios, del ahora signado como Patrimonio Histórico; b) el grueso de las competencias ejecutivas se entregaba a las Comunidades Autónomas [art. 6.a) LPHE], salvo que la intervención de la Administración del Estado fuera requerida de modo expreso por la propia LPHE o resultara necesaria para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación, o se tratara de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional [art. 6.b) LPHE].

Uno de los supuestos en que la LPHE reclamaba la intervención [ejecutiva] de la Administración del Estado era, justamente, a la hora de proceder a la declaración de *Bien de Interés Cultural*, una de las dos, junto a la de *Bien del Inventario General de Bienes Muebles* del art. 26 LPHE, y la más importante, de las categorías de protección previstas en la LPHE [arts. 1.3 y 9.1 LPHE], en la medida en que, sin perjuicio de la incoación y tramitación de los oportunos procedimientos administrativos por la correspondiente Comunidad Autónoma, aquella declaración debía efectuarse por Real Decreto del Gobierno [recte del Consejo de Ministros] de la Nación. Competencia [ejecutiva] que la STC 17/1991, de 31 de enero [FJ 10] restringió notablemente, al constreñir la potestad de declaración [por el Consejo de Ministros] a los supuestos *nominatim ex* art. 6.b) LPHE, esto es, cuando se trate de bienes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por el Estado-aparato o pertenecientes al Patrimonio Nacional, de suerte que en todos los demás casos las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, devenían apoderadas no solo para incoar y tramitar los procedimientos administrativos de declaración sino también para resolver aquellos, esto es, para efectuar las pertinentes declaraciones.

El referido pronunciamiento constitucional (típica sentencia interpretativa... de rechazo de los oportunos recursos de inconstitucionalidad deducidos frente a la LPHE) abrió así paso en materia de Patrimonio Histórico al más amplio ejercicio de las potestades legislativas autonómicas. Unas potestades que, sin perjuicio de la competencia exclusiva (*recte plena*) del Estado sobre *exportación y expoliación* (noción esta última caracterizada en el 4 LPHE y cuyos contornos fueron avaladas por la STC 17/1991, FF.JJ.7, 14 y 15, como título habilitante de la competencia legislativa del Estado, y fundamento de la regulación incorporada al 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, según redacción introducida por el Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, de modificación de aquel), así como sobre *museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal* (con el alcance en este caso de lo señalado en la STC 103/1988), han encontrado su traducción en el dictado por todas las Comunidades Autónomas de la correspondiente ley general en materia de patrimonio histórico o cultural, amén de las oportunas leyes, en su caso, sobre museos, archivos y bibliotecas de la competencia autonómica. Leyes, por lo demás, cuya imbricación en el entero ordenamiento de los bienes históricos o culturales, a saber, su ensamblaje en el sistema diseñado por la LPHE, no siempre es de fácil intelección.

Tres. La noción *expoliación* (arts. 149.1.28.^a del texto constitucional y 4 LPHE) se erige en clave de bóveda de la STC 122/2014, de 17 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Un pronunciamiento que, junto a la STC 17/1991, conforma el *corpus* constitucional sobre el alcance y extensión de la competencia estatal en materia de Patrimonio Histórico y, por ende, el ámbito de la competencia autonómica sobre los bienes históricos o culturales, en particular por lo que atañe a la posición de la LPHE en el entramado de la regulación acerca del Patri-

monio Histórico. A este propósito, la doctrina incorporada a la STC 122/2014 puede sintetizarse del modo que sigue:

— Las previsiones constitucionales y estatutarias en materia de patrimonio histórico «resultan suficientes, por sí sol[a], como instrumentos de delimitación de las competencias en la materia».

— La LPHE «no constituye en sí misma bases materiales ni define el canon o parámetro de constitucionalidad» del enjuiciamiento de las leyes autonómicas en la materia.

— Este enjuiciamiento pasa por verificar si las determinaciones de la LPHE (en el caso, los preceptos de la LPHE alegados por los recurrentes como término de contraste de la constitucionalidad de la ley autonómica impugnada) pueden imbricarse en las distintas «submaterias» que integran el contenido de las «competencias estatales» en la materia, específicamente, la comprendida en el primer inciso del art. 149.1.28.^a de la Constitución en el particular atinente a la «defensa contra la expoliación».

Por tanto, si como consecuencia de esa labor de verificación se aprecia que «esos ámbitos materiales», esas «submaterias», se integran «en el contenido y alcance de las citadas competencias estatales, muy en particular en la determinada por el art. 149.1.28.^a CE», la consecuencia no puede ser sino que los mismos «quedarán extramuros de la competencia general atribuida a la Comunidad Autónoma de Madrid en relación al patrimonio histórico en virtud del art. 26.1.19 EAM (Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), de modo que si las normas impugnadas de la LPHCM inciden en esas materias estarán invadiendo las referidas competencias estatales». En todo caso, se recalca con renovado énfasis, «no es la LPHE, por sí misma, la que opera como parámetro de constitucionalidad, en tanto que las normas constitucionales que atribuyen tales títulos competenciales al Estado, según han sido

interpretadas por la doctrina de este Tribunal, *amparan su concreto contenido material como competencia estatal*» (la cursiva es mía). Formulación, pues, del cometido del Tribunal Constitucional:

«En definitiva, el análisis del fondo de este recurso de inconstitucionalidad exigirá [...] verificar si los preceptos de la LPHE propuestos por los recurrentes regulan una submateria comprendida en alguna de las competencias estatales invocada por aquéllos y, en caso afirmativo, comprobar si la norma autonómica impugnada en cada caso incide en ese sector material o, por el contrario, respetándolo, regula otro de los contenidos que abarca la materia competencial patrimonio histórico.»

En otros términos, la norma autonómica solo será inconstitucional si «incide» en alguno de los sectores materiales, o «submaterias», incardinados en los específicos contenidos a que dan cobertura las «competencias estatales» en la materia «patrimonio histórico», que, como se viene insistiendo, no agotan el entero repertorio de aquella, resultando, por el contrario, conforme a la Constitución si, respetando esos específicos contenidos, regula otros de los comprendidos en la referida materia.

Dicho esto, y antes de abordar el examen de las impugnaciones dirigidas frente a los concretos preceptos recurridos, el Tribunal Constitucional insistirá, como quicio de la resolución del recurso de inconstitucionalidad, en que «las competencias estatales invocadas *no aparecen configuradas en la Constitución como competencias básicas, por lo que corresponde a este Tribunal, interpretando directamente los enunciados del texto constitucional, delimitar qué submaterias comprenden aquellas*». De este aserto se desprenden dos consecuencias, la primera, a su vez, verbalizada en dos planos o vectores.

Así, en primer lugar, el haz de la primera consecuencia: «[...] este Tribunal puede reconocer que alguno de estos contenidos que integran los títulos estatales en presencia, y que por formar parte de dichos títulos las Comunidades Autónomas no pueden regularlos, son [...] los disciplinados en la LPHE»; y, sin solución de continuidad, el envés de esta primera consecuencia: «Pero es igualmente posible que identifique como submaterias que forman parte de estos títulos competenciales estatales ciertos contenidos que, respondiendo a su sentido y funcionalidad propios, no estén normados por el Estado en la LPHE u otra ley estatal».

Y, de seguido, la segunda consecuencia: «[...] tales submaterias se insertan en los referidos títulos competenciales estatales no porque estén regulados en la LPHE u otra ley estatal, como ocurriría si la atribución estatal en estas materias (arts. 149.1.28.^a y 149.2 CE) fuese una competencia básica, sino porque así delimita este Tribunal el alcance de los mismos».

En suma, forman parte de los sectores materiales, o «submaterias», incorporados a las «competencias estatales» en materia de patrimonio histórico, aquellos contenidos que el Tribunal Constitucional «interpretando directamente los enunciados del texto constitucional», reconoce como tales, hállese o no disciplinados en la LPHE. En este sentido, por tanto, tales «submaterias» se integran en los títulos competenciales del Estado en virtud de la específica «delimitación» operada por el Tribunal Constitucional, no por el hecho de la incorporación de su regulación a la LPHE, u otra ley estatal, como ocurriría de haber procedido el texto constitucional a la atribución en favor del Estado de una «competencia básica».

III. EL MANDATO DE PROTECCIÓN PENAL

Uno. La *ley penal* sancionará los atentados contra este patrimonio [histórico, cultural y

artístico], dice el último inciso del art. 46 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de conocer, con ocasión del oportuno recurso de amparo, de la amplitud de la protección/represión penal en este ámbito. En concreto, se enjuiciaba el reproche dirigido *ex art. 25.1* del texto constitucional a una condena penal por daños en una zona que contenía restos arqueológicos aun cuando aquélla no había sido objeto de una formal declaración protectora. En el FJ 8 de la STC 181/1998, de 17 de septiembre, se dice a este respecto:

«La ausencia en el tipo penal aplicado de un requisito de carácter normativo —que el daño se produzca en el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional— sirve a los demandantes para alegar que los órganos judiciales han realizado una interpretación extensiva de la norma penal que se opone a las garantías consagradas por el principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 CE [...].

Los arts. 557 y 558 del anterior Código Penal (TR de 1973), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1983, castigaban con pena de prisión menor a quienes causasen daños en el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional siempre que su cuantía excediese de 250.000 pesetas. Pues bien, lo que deba entenderse por Patrimonio Histórico-Artístico Nacional constituye un concepto normativo que es necesario integrar con la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español. En la idea de los recurrentes, la aplicación del art. 1, párrafos (*sic*) 2 y 3, de la expresada Ley obliga a entender que los bienes que integran el Patrimonio Histórico, en cada caso, precisan de su previa calificación formal como tales o, lo que es lo mismo, que sean declarados Bienes de Interés Cultural o, al menos, se haya incoado el expediente administrativo al efecto. Como quiera, ar-

guyen, que en la fecha en que se llevaron a cabo las obras en C'an Partit, que dañaron las necrópolis y restos arqueológicos por los que se siguió este procedimiento, no había sido declarado el yacimiento ni los restos como Bienes de Interés Cultural [...], las Sentencias recurridas habrían castigado penalmente unos hechos que no eran, en la fecha de su comisión, constitutivos del delito tipificado en el art. 558.5.º del aplicable Código Penal, por no concurrir en los bienes dañados el elemento normativo, exigido por la Ley 16/1985, de formar parte del Patrimonio Histórico Español.

En realidad, lo que pretenden los actores con tal alegación es la incorporación al tipo penal de un requisito adicional, no previsto en la norma que lo configura, que ha de buscarse en la Ley de Patrimonio Histórico Español, a saber: que los bienes dañados hayan sido declarados como bienes de interés cultural o, al menos, incoado el expediente administrativo para ello.»

Alegato frente al que el Tribunal Constitucional señalará:

«Hemos de partir del dato de que el art. 46 de la Constitución encomienda a los poderes públicos la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de España y de los pueblos que lo integran, encomendando a la ley penal la sanción de los atentados contra este patrimonio “cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”.

La interpretación que del art. 558.5.º del Código Penal han realizado las sentencias impugnadas no es, en modo alguno, arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente. Si se atiende a la regulación contenida en la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico

Español, su art. 1, párrafo (*sic*) 2.º, comprende en su ámbito a los yacimientos y zonas arqueológicas, y si bien es cierto que otorga una especial protección a aquellos que han sido inventariados o declarados de interés cultural, según resulta del párrafo (*sic*) 3.º del mismo, en relación con los arts. 9 y 14 y siguientes de la misma Ley, ello no significa que los bienes no declarados de interés cultural queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español. Así lo prueba el art. 40 de la Ley, cuando afirma que tanto “los bienes muebles como inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto se encuentren en la superficie como en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental” forman parte del Patrimonio Histórico Español, sin perjuicio de que puedan ser declarados como bienes de interés cultural, como “zona arqueológica”, una vez que se tramite y resuelva el expediente administrativo correspondiente (arts. 14 a 25 de la Ley 16/1985).»

Más, ahora a la luz del proceso de interpretación de la norma penal:

«Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, tratándose de cuestión inordinada en la legalidad ordinaria, cuya interpretación corresponde con exclusividad a la jurisdicción ordinaria (*ex* art. 117.3 CE), la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha inclinado, en la aplicación de la circunstancia de afectar a bienes históricos, artísticos, culturales, etc., por entender que esta concurrir, aunque no haya precedido a la actuación delictiva una formal declaración de que aquéllos ostenten la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventa-

rio correspondiente, bastando con atender a las circunstancias y valor intrínseco de las cosas o bienes, puestas de relieve por las actuaciones (SSTS de 6 de junio de 1988 y 13 de noviembre de 1991).»

Corolario:

«No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial, requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objeto del Patrimonio Histórico Español, conforme este es configurado por la citada Ley 16/1985.»

Dos. El 321 del Código Penal de 1995, primero de los relativos a los «delitos contra el patrimonio histórico», no alude, en la línea del 558.5.º del anterior Código Penal, objeto de la STC 181/1998, a la exigencia de formal declaración, al amparo de la legislación histórica o cultural, de los bienes de que se trate a fin de integran el tipo penal, si bien ahora se acentúa («edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental», dice el recepto) la particular sujeción a aquella legislación como elemento del tipo correspondiente («los que derriben o alteren gravemente», en la dicción de la acción típica), circunstancia que podría llevar a entender («singularmente protegidos») que la previa inscripción o catalogación en algún instrumento administrativo de protección se configura como requisito del tipo penal. Conclusión que, *a fortiori*, avala el tenor de los arts. 322 a 324, los otros tres preceptos que junto al art. 321 integran hoy el Capítulo II del Título XVI del Código Penal, los dos últimos de aquellos tres, esto es, los arts. 323 y 324, en la redacción introducida por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 15/2003, respectivamente.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, Prólogo de L. MARTÍN REBOLLO, 2 tomos, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

- «La Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2014, de 17 de julio y la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2013, de 28 de junio», *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 18, 2014, págs. 469-501.
- «Patrimonio histórico y expolio: variaciones y paradojas», en *Problemas derivados del régimen de protección de los bienes culturales en el País Vasco* (XXXVI Cursos de Verano de la Universidad del País Vasco), Publicaciones del Ararteko, Colección «Jornadas sobre Derechos Humanos», Vitoria-Gasteiz, 2017, págs. 45-70.

ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R., *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Prólogo de R. MARTÍN MATEO, Civitas, Madrid, 1992.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Prólogo de A. PÉREZ MORENO, Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1990.

YÁÑEZ, A., «Los bienes integrantes del “Patrimonio Histórico Español”. A propósito de la Sentencia 181/1998 del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 103, 1999, págs. 459 y ss.

Artículo 47

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Sumario: I. Introducción: el art. 47 de la Constitución. II. Regulación de la afectación de plusvalías con anterioridad a la Constitución. 1. Principio de afectación de plusvalías «versus» derecho de propiedad. 2. Principio de afectación de plusvalías y derecho de igualdad. 3. Principio de afectación de plusvalías y participación de la comunidad en las plusvalías: la financiación de los entes locales. 4. Participación de la comunidad en las plusvalías y derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. III. Regulación, con anterioridad a la Constitución, de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. IV. El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada como principio rector de la política económica y social. V. Algunas consideraciones sobre la efectividad de los principios rectores contenidos en el art. 47 de la Constitución. 1. El sistema constitucional de distribución de competencias: inexistencia de una normativa estatal vinculante en materia de urbanismo y vivienda. A) Interpretación del art. 47 de la Constitución, desde la perspectiva competencial en materia de vivienda. B) Interpretación del art. 47 de la Constitución, desde la perspectiva competencial en materia de urbanismo: incidencia de las competencias del Estado. 2. Dispersión normativa y cultura jurídica común. A) Potenciación de la libertad de empresa en el ámbito de la política de suelo. B) Política del suelo y vivienda de protección pública. C) Tendencia expansiva en política de suelo y protección de medio ambiente: convenios internacionales y Derecho comunitario. a) El Convenio Europeo del Paisaje. b) La Comunicación de 11 de febrero de 2004 sobre el medioambiente urbano. D) La Ley estatal 8/2007, del Suelo. 3. Las aparentes paradojas del mercado: incremento del número de viviendas e incremento del precio. 4. La necesidad de un mercado de referencia de viviendas de protección pública. A) La reserva de terrenos para viviendas objeto de protección pública. B) Los patrimonios públicos de suelo y la hacienda de los entes locales. C) La colaboración de la Administración del Estado en la política de vivienda. D) Consideración final. 4. Las cuestiones planteadas a partir de 2008. A) El problema de pérdida de la vivienda: derecho de la Unión Europea y del Estado. B) Legislación de las Comunidades Autónomas y conflictos de competencia. C) La realización de una política de vivienda.

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución en un art. 1 se traduce no solo en derechos de carácter liberal (libertad negativa) y democrático (libertad positiva), sino también en los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección, inspirarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3, inciso primero).

Entre estos principios se encuentra el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que la propia Constitución no califica propiamente como un derecho, ya que, como indica el propio art. 53.3 en su inciso segundo, estos principios «solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispongan las leyes que los desarrollen».

De esta forma resulta que el Estado en su conjunto (la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los «poderes públicos») se encuentra con un mandato constitucional que le impone actuar para dar efectividad a los principios rectores de la política social y económica.

Según la estructura del precepto, la efectividad de este derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada se pone en conexión con la regulación de la utilización del suelo y también toma en consideración la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos.

El hecho de que la Constitución no se limite a referirse al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y se refiera además a la regulación del suelo y a la participación en las plusvalías, pone de manifiesto algo tan obvio, por lo demás, como lo siguiente: la Constitución toma en consideración la cultura jurídica existente en el momento de su elaboración y

promulgación, y de ahí que estime necesario referirse de forma expresa a estos otros dos principios rectores, como tendremos ocasión de demostrar.

En definitiva, y siguiendo un orden que se ajusta en lo posible a la evolución de nuestro ordenamiento, y decimos «en lo posible» porque la evolución no es secuencial, sino que se producen también actuaciones paralelas en el tiempo, vamos a referirnos separadamente a estos tres extremos: la participación en las plusvalías, la regulación del suelo, y la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

A lo largo de esta exposición, que por fuerza ha de ser sucinta dados los límites del presente trabajo, tendremos ocasión de poner de manifiesto cómo la efectividad de los principios rectores de la política social y económica a que se refiere el art. 47 de la Constitución, incide sobre el ámbito y alcance de derechos de carácter liberal —como el derecho de propiedad y la libertad de empresa—, y ha de contemplarse en conexión con otros principios rectores como el derecho al medio ambiente y también con el Derecho europeo.

II. REGULACIÓN DE LA AFECTACIÓN DE PLUSVALÍAS CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN

Una cuestión central en la formación del Derecho urbanístico, y de la cultura jurídica común, ha sido determinar en virtud de qué título podía regular el legislador la incidencia del urbanismo en el derecho de propiedad.

De esta compleja cuestión voy a referirme tan solo, como es obligado, a la gestación del principio de afectación de plusvalías al coste de la urbanización y a su evolución posterior hasta llegar al principio de participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, que consagra el art. 47 de la Constitución.

1. Principio de afectación de plusvalías «versus» derecho de propiedad

Este principio va a surgir en el siglo XIX, para intentar solucionar el problema que fundamentalmente preocupó al legislador, que fue el de la adquisición y coste de los terrenos para llevar a cabo la obra urbanizadora (legislación de ensanche) y también la propia financiación de las obras (legislación de reforma interior).

En síntesis, el legislador tiene conciencia de que el ensanche de una ciudad va a producir una revalorización de la propiedad privada afectada y de que es justo que el propietario contribuya al coste de su realización, puesto que en definitiva va a quedarse con las plusvalías consiguientes. La efectividad de esta concepción chocaba sin embargo con la concepción entonces vigente del derecho de propiedad como derecho inviolable (Ley de 17 de julio de 1836), salvo el supuesto de expropiación forzosa para obras de utilidad pública; concepción que conducía a que la Administración hubiera de expropiar los terrenos necesarios pagando su justo precio, así como también el coste de las obras de urbanización, quedando las plusvalías producidas en beneficio de los propietarios.

El legislador intentará solucionar esta antinomia por diversos medios que van evolucionando al compás de las distintas leyes de ensanche (medidas de fomento en relación con los propietarios que cedan los terrenos necesarios para la vía pública en la Ley de 1864; fomento complementado con la expropiación sanción en la Ley de 1876; cesión de la mitad de los terrenos necesarios para la vía pública en 1892).

Estas medidas de la legislación de ensanche van a quedar ampliamente superadas por la legislación de reforma interior de las ciudades. Así, la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 va a instaurar el sistema de afección total de las plusvalías al coste de la urbanización, mediante la extensión de la

expropiación no solo a los terrenos destinados a vías públicas, sino también a las zonas laterales que van a ver incrementado su valor por la realización de la reforma, y la determinación de que el justiprecio sería el valor de las fincas antes de realizar la aprobación del proyecto (art. 49).

2. Principio de afectación de plusvalías y derecho de igualdad

La Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 supone un salto cualitativo, dado que viene a configurar el urbanismo como función pública, a introducir el concepto de plan y a intentar solucionar por nuevas vías las tensiones entre la Administración y los propietarios.

La ley amplía el ámbito de la afectación de plusvalías, ya que viene a introducir con carácter general al obligación de los propietarios de fincas emplazadas en sectores que fueran objeto de urbanización (art. 114) de subvenir a la misma en justa compensación de los beneficios que su ejecución habrá de reportarles mediante la cesión de terrenos libres destinados a viales, parques y jardines, y el deber de costear la urbanización del modo y en la proporción establecida al regular cada sistema de ejecución de los planes.

Ahora bien, para la efectividad del **principio de afectación de las plusvalías** al coste de la urbanización, el legislador va a introducir otro **principio** de capital importancia que es el **de justa distribución de beneficios y cargas**, reflejado en la figura de la reparcelación.

Para comprender la importancia de esta institución debe examinarse desde la perspectiva de la incidencia del planeamiento que normalmente afecta en muy desigual medida a los propietarios.

La Administración tiene derecho a que los propietarios de un sector (considerados en su

conjunto) le cedan gratuitamente determinada extensión de terrenos cuya ubicación afecta desigualmente a los propietarios. En tales circunstancias, para que el total de superficie que debe cederse a la Administración coincida en su emplazamiento con la de los viales, parques y jardines, es necesario que la obligación de los propietarios se considere de forma unitaria; el sujeto pasivo de la obligación será el conjunto de los propietarios del sector que deberá así ceder la total superficie de aportación obligatoria gratuita, concentrándola en los terrenos destinados a espacios libres públicos, con independencia de quién sea su propietario. Para llegar a este objetivo es necesario considerar a todos los propietarios del sector como formando una comunidad; y luego internamente deberán compensarse las diferentes aportaciones verificadas por cada uno de ellos, según la incidencia del planeamiento en sus propiedades. De esta forma se consigue aplicar el principio de afectación de plusvalías a la urbanización y el principio de justicia distributiva, al superar las desigualdades del planeamiento, distribuyendo justamente entre los propietarios las cargas derivadas del plan en orden a la cesión de espacios libres públicos.

3. Principio de afectación de plusvalías y participación de la comunidad en las plusvalías: la financiación de los entes locales

En la reforma de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975 y TR de 1976 se intensifica el principio de afectación de plusvalías; así, según el TR de 9 de abril de 1976, los propietarios de suelo urbano deberán (art. 83.3) costear la urbanización y ceder gratuitamente los terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y Centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, y los de suelo urbanizable programado (art. 84.3) deberán ceder obligatoriamente los terrenos que se destinen con carácter permanente a viales, parques y jardines públicos,

zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, centros culturales y docentes, así como el 10 por 100 restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentre la finca, y costear la urbanización.

De esta forma, como vemos, la evolución histórica anterior a la Constitución había consagrado el principio de participación de la Comunidad en las plusvalías que produzca la acción urbanística de los entes públicos; esta participación se ha ido ampliando desde la afectación de las plusvalías al coste de la urbanización hasta comprender también el necesario para determinados servicios. Y aún más, la cesión del 10 por 100 del restante aprovechamiento medio del sector comienza a marcar una línea de tendencia, que se acentuará en la legislación posterior a la Constitución, en orden a conectar las plusvalías urbanísticas con la financiación de los entes locales.

4. Participación de la comunidad en las plusvalías y derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada

El principio de afectación de plusvalías ha supuesto sin duda una solución a los problemas de financiación del urbanismo, por medio de una técnica compleja como es la justa distribución de beneficios y cargas, y ha facilitado una mejora sustancial en el urbanismo, en cuanto facilita que las viviendas se construyan en un entorno urbanístico y de servicios adecuado, lo que constituye un elemento relevante en orden a que las viviendas —por razón del entorno— puedan ser dignas y adecuadas.

Pero dicho esto, debe observarse que el principio de afectación de plusvalías por sí mismo no tenía en la regulación anterior a la Constitución una relación directa con la efectividad del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que viene a establecer el art. 47 de la Constitución.

Para ello era necesario conseguir que los precios de venta y alquiler de las viviendas sean

accesibles a las posibilidades económicas de quienes precisen de una vivienda.

Y de ahí surge otro de los principios que refleja el art. 47 de la Constitución, dado que se entiende que la especulación del suelo es un elemento que encarece el precio de la vivienda.

III. REGULACIÓN, CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN, DE LA UTILIZACIÓN DEL SUELO DE ACUERDO CON EL INTERÉS GENERAL PARA IMPEDIR LA ESPECULACIÓN

En el momento en que se dicta la Constitución el legislador entiende que la excesiva elevación del precio del suelo ha tenido como gravísimas secuelas, entre otras, el encarecimiento de las viviendas en todas sus categorías.

Así lo indica la E. de M. de la Ley de 2 de mayo de 1975, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que entiende que desde el punto de vista de la política urbanística el condicionante fundamental de la oferta de suelo y de su precio excesivo lo constituye la escasez de suelo urbanizado. Por ello, la nueva clasificación del suelo urbanizable —en programado y no programado— y la incorporación de formas de actuación de la iniciativa privada, debía tener una inmediata repercusión en la oferta de suelo urbanizado que está en la base de la especulación. Según resulta de la indicada E. de M., la especulación consiste en las ventajas que en la retención de suelo han encontrado los propietarios, desde su posición dominante en el mercado de suelo.

En definitiva, aunque la Ley de 2 de mayo de 1975 no prescindía de la regulación de los patrimonios públicos ni de la enajenación forzosa de solares sin edificar, ya contemplados en la Ley de 12 de mayo de 1956, venía a establecer una política de suelo que propiciara una mayor oferta de suelo urbanizado, lo que se suponía que haría disminuir el excesivo precio de las viviendas.

No puede ignorarse, sin embargo, que la confianza en que estas medidas hicieran disminuir el precio de las viviendas era limitada, como demuestra la existencia de una legislación paralela a la urbanística que pretendía conseguir la construcción de viviendas en régimen de protección; bien mediante medidas de fomento, bien incluso mediante la actuación directa consistente en la construcción de polígonos de viviendas de protección con distintas denominaciones: así, las casas baratas, reguladas por RDL de 10 de octubre de 1924, y sucesivamente, las casas económicas, las viviendas bonificables, las viviendas de renta limitada, las viviendas subvencionadas, las viviendas de tipo social, la vivienda social, y el RDL 31/1978, de 21 de octubre, de viviendas de protección oficial.

Esa última norma, inmediatamente anterior a la Constitución, viene a simplificar la multiplicidad de los regímenes aplicables al establecer que en lo sucesivo existirá una única categoría de viviendas de protección oficial, e intenta poner remedio al deterioro progresivo de la oferta de viviendas de protección.

El RDL 31/1978 se inserta, según indica su E. de M., en una política de vivienda que se fundamenta en criterios de simplificación administrativa, de máxima liberalización del mercado y ayuda estatal a las familias con unos bajos niveles de rentas; de ahí que dentro de esta política se alude a la reforma de la política de suelo y al fomento de la construcción de viviendas para arrendamiento.

IV. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL

De acuerdo con las consideraciones expuestas, en la legislación anterior a la Constitución existía ya la convicción de que había que conseguir una regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para

impedir la especulación, con la finalidad, no exclusiva, de conseguir que los españoles pudieran disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Por ello, el art. 47 de la Constitución se inscribe en la cultura jurídica existente al establecer el principio rector de política económica y social consistente en el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y la necesidad, a tal efecto, de una regulación adecuada del suelo; así como también en lo relativo a la participación de la Comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

A partir de la Constitución, y de conformidad con su art. 53, estos principios rectores han de inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Debemos por tanto preguntarnos cuál ha sido la efectividad del mandato constitucional hasta el momento actual.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS RECTORES CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN

A partir de la Constitución, la efectividad de los principios rectores contenidos en su art. 47 ha suscitado una serie de cuestiones; dado el alcance reducido de este trabajo, me limito a efectuar una referencia a las que me parecen de mayor interés.

1. El sistema constitucional de distribución de competencias: inexistencia de una normativa estatal vinculante en materia de urbanismo y vivienda

La Constitución de 1978 supone un cambio de radical importancia. Hasta ese momento la potestad legislativa correspondía en exclusi-

va al Estado, por lo que una misma ley podía reunir contenidos conexos sin que ello planteara problema alguno. Así, la Ley estatal sobre régimen de suelo y ordenación urbana podía reunir uno y otro contenido, dada su íntima conexión, y era de obligada observancia en todo el territorio nacional.

Ahora bien, la Constitución viene a establecer un sistema de distribución del poder sobre el territorio, lo que da lugar a un sistema constitucional de distribución de competencias que se plasma de forma expresa en la Constitución respecto del Estado y las Comunidades Autónomas y que contempla también el nivel de la Administración Local.

Resulta además que en este sistema la Constitución reserva al Estado competencias sobre determinadas materias —como son las enumeradas en el art. 149.1 de la Constitución— entre las cuales no se encuentran las relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, que son asumibles —y han sido asumidas— por las Comunidades Autónomas.

En concreto, las competencias en materia de vivienda y urbanismo han sido asumidas en exclusiva por todas y cada una de las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, y ello iba a plantear en un futuro inmediato el problema de deslindar las competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas, y las cuestiones que suscita el entrecruzamiento de títulos competenciales. Este problema se iba a reflejar en la interpretación del art. 47 de la Constitución.

A) Interpretación del art. 47 de la Constitución, desde la perspectiva competencial en materia de vivienda

El alcance de la competencia exclusiva asumida por las Comunidades Autónomas se plantea tempranamente en relación con la política del Estado en materia de viviendas protegidas. Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional en sus Senten-

cias 179/1985, 95/1986 y 152/1988; esta última estableció una doctrina acerca del conjunto de cuestiones planteadas, a la que nos referimos a continuación.

En síntesis, el problema planteado es el de deslindar las actuaciones que puede llevar a cabo el Estado en el ejercicio de las competencias que le reserva la Constitución, aun cuando tales actuaciones incidan en la competencia asumida por las Comunidades Autónomas. Los puntos esenciales de esta doctrina son los siguientes:

— **El Estado puede**, en ejercicio de sus competencias relativas a la planificación y coordinación de la actividad económica y las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 y 13), **llevar a cabo una actividad promocional de la vivienda**, dada su muy estrecha relación con la política económica general, en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo. De otro lado, en cuanto que esta actividad de fomento de la construcción de viviendas queda vinculada a la movilización de recursos financieros no solo públicos, sino también privados, no puede hacerse abstracción de las competencias estatales sobre las bases de la ordenación del crédito.

— La política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece **el art. 47 de la Norma fundamental**, siendo así que uno y otro aspecto —el económico y el social— se revelan difícilmente separables. Sin embargo, el art. 47 **no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato** o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la Constitución), en el ejercicio de sus respectivas competencias.

— Por lo que se refiere al art. 149.1.1, añade la Sentencia, **este faculta al Estado para**

regular las condiciones no ya que establezcan, sino **que garanticen la igualdad sustancial de los españoles** en el ejercicio de los derechos constitucionales, pero esta función de garantía básica en lo que atañe al **derecho a disfrutar de una vivienda digna**, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito.

— «La persecución del interés general —en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles— se ha de materializar “a través de”, no “a pesar” del sistema constitucional de reparto de competencias».

— La regla general debe consistir en la **transferencia a las Comunidades Autónomas** de los recursos estatales destinados a la financiación de las actividades que se fomentan, bien sea mediante la fijación de criterios de reparto objetivos o mediante convenios ajustados a los principios constitucionales, de manera que las Comunidades Autónomas dispongan de aquellos recursos y puedan gestionarlos en cumplimiento de la normativa estatal básica; la gestión por el Estado de tales medidas solo sería constitucionalmente admisible si «resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos o de los créditos que hayan de destinarse al sector».

— La competencia del Estado de que se trata permite una **política propia de la Comunidad Autónoma de fomento de la vivienda protegida**, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuesta.

B) *Interpretación del art. 47 de la Constitución, desde la perspectiva competencial en materia de urbanismo: incidencia de las competencias del Estado*

Como ya se ha indicado, con anterioridad a la Constitución la regulación estatal existente se refería conjuntamente al suelo y a la ordenación urbana; ello planteaba la cuestión de si con posterioridad a la Constitución existía la posibilidad de que el Estado siguiera dictando leyes con este contenido, pese a que la competencia en materia de urbanismo había sido asumida en exclusiva por las Comunidades Autónomas.

Ante esta situación surge una primera interpretación del sistema constitucional de distribución de competencias que entendía que el Estado conservaba una competencia legislativa plena, de tal forma que podía legislar sobre las competencias que le reservaba la Constitución y además, si bien con carácter supletorio, sobre las materia cuyas competencias hubieran sido asumidas en exclusiva —como sucedía en la materia de urbanismo— por todas y cada una de las Comunidades Autónomas.

Esta interpretación es la que se refleja en la Ley estatal 8/1990, de 25 de julio, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por RDL 1/1992, de 26 de junio, que fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad que fueron acumulados y resueltos por la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo.

En síntesis, esta Sentencia del Tribunal Constitucional sostiene que el Estado carece de toda competencia en materia urbanística y que no puede legislar en esta materia ni aún con carácter supletorio, dado que la competencia en esta materia ha sido asumida con carácter exclusivo por todas y cada una de las Comunidades Autónomas; la legislación preconstitucional del Estado queda congelada.

El problema que se plantea en la sentencia (FJ 5), como era obligado, es determinar el alcance de la competencia exclusiva asumida por las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, teniendo en cuenta que tal exclusividad competencial no autoriza a desconocer la competencia que con el mismo carácter viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 de la Constitución.

A partir de este momento el problema que surge es el de dilucidar la legislación que puede dictar el Estado en el ejercicio de competencias que le reserva la Constitución, como son las contempladas en el art. 149.1.1.^a de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garantice la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; el art. 149.1.13.^a —bases y coordinación de la actividad general de la actividad económica—, 18.^a —bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas—, 23.^a —legislación básica sobre protección del medio ambiente, legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias— el art. 149.1.4.^a —defensa y fuerzas armadas—, y 8.^a —legislación civil—.

Pues bien, poco después de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, el Estado dictó la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, cuyo contenido pretende ajustarse al criterio establecido por el Tribunal Constitucional, lo que implica no regular la materia de urbanismo; dicha ley fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad que fueron resueltos por la Sentencia 64/2001, de 11 de junio, que, con algunas excepciones, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la ley. No demos obviamente entrar a considerar esta

sentencia, por lo que nos limitamos a dejar constancia de tres puntos:

— La afectación de plusvalías incluye también, respecto del suelo urbanizable objeto de transformación, el **deber de ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario** para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya o adscriba al ámbito correspondiente.

— La clasificación residual del suelo como urbanizable solo actúa en defecto de expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción esta última que sustancialmente corresponde a cada Comunidad Autónoma (FJ 15).

— **El art. 47 de la Constitución no atribuye competencias, sino que fija un objetivo común** para los distintos entes públicos [STC 61/1997, FF.JJ. 6.a) y 17.c)] (FJ 20).

En definitiva, **el cumplimiento efectivo de los principios rectores establecidos en el art. 47 de la Constitución corresponde a los distintos poderes públicos en el ámbito de sus competencias.**

Entre estos poderes públicos hay que incluir también a los entes locales, y singularmente a los Municipios, en el ámbito de sus competencias en materia de urbanismo y vivienda (arts. 25, 26 y 28 de la Ley Reguladora de la Bases del Régimen Local y legislación sectorial).

2. Dispersión normativa y cultura jurídica común

La distribución de competencias ha dado lugar, como es lógico, a que en el ejercicio de sus competencias las Comunidades Autónomas hayan ido dictando leyes en materia de urbanismo y de vivienda, si bien ha de señalarse que esta dispersión normativa se ha movido, en términos generales, dentro de la cultura jurídica común gestada a lo largo de un siglo.

Sin perjuicio de ello, no puede ignorarse que en estas leyes se han ido introduciendo novedades de importancia, de las cuales me limito a señalar algunas que tienen mayor relación con el objeto de nuestro estudio.

A) *Potenciación de la libertad de empresa en el ámbito de la política de suelo*

Si bien tradicionalmente se había contemplado la necesidad de armonizar el derecho de propiedad y el interés público, lo que se había traducido en técnicas de colaboración en la planificación urbanística y ejecución de los planes (así, planes de iniciativa particular, ejecución por el sistema de compensación), con posterioridad a la Constitución alguna Comunidad inicia una nueva línea de regulación que tiende a dinamizar el sistema, introduciendo la figura del agente urbanizador.

En definitiva, dada la complejidad del ordenamiento, la línea de razonamiento era sencilla: como los Ayuntamientos y propietarios pueden no disponer de la necesaria capacidad de gestión, se introduce la figura del agente urbanizador con la idea de que actúe para conseguir la realización de la justa cesión de beneficios y cargas, conseguir las cesiones gratuitas de terrenos y el pago de las cargas de urbanización (que podía, eventualmente, financiar el agente a cambio de parte de los terrenos que van a ser urbanizados).

Esta figura fue introducida por la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 1994, y se ha incorporado con posterioridad por otras Comunidades Autónomas.

En definitiva, la introducción de esta figura ha planteado el problema de su preferencia, o no, en relación con la participación de los propietarios en la ejecución de los planes.

B) *Política del suelo y vivienda de protección pública*

La legislación normativa de determinadas Comunidades Autónomas —como la de Madrid— ha sido también sensible a la necesidad de conectar la política de suelo con la política de vivienda, regulando la necesidad de destinar a este uso una determinada proporción de viviendas en el ámbito de las transformaciones urbanísticas que se efectuaran en el suelo urbanizable.

Esta cuestión, dada su trascendencia para este trabajo, será considerada más adelante de forma diferenciada.

C) *Tendencia expansiva en política de suelo y protección de medio ambiente: convenios internacionales y Derecho comunitario*

Por otra parte, los convenios internacionales y la Unión Europea, como vamos a ver, vienen a frenar la tendencia expansiva que se reflejaba en la legislación española en orden a la consideración del suelo como urbanizable, es decir, susceptible de urbanización, salvo que fuera urbano o se clasificara como no urbanizable por razones de protección —de carácter medio ambiental esencialmente—.

a) El Convenio Europeo del Paisaje

La política del suelo no puede dar preferencia sin más a las necesidades urbanísticas y a la política de vivienda, sino que ha de armonizar y ponderar la consecución de todos los intereses en presencia.

En este sentido, conviene destacar el respeto creciente al medio ambiente, que ha tenido unas de sus más recientes manifestaciones en el Convenio Europeo del Paisaje (Florencia, 20 de octubre de 2000), gestado en el seno del Consejo de Europa, que ha sido ratificado por

España en 26 de noviembre de 2007, con entrada en vigor en 1 de enero de 2008.

En el Preámbulo se reconoce el paisaje como un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones en todas partes: en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos.

El Convenio trata en su Capítulo II de las medidas nacionales a adoptar —con arreglo al reparto de competencias en cada parte— y entre ellas cada parte se compromete —art. 5.d)— a *integrar el paisaje en las políticas de ordenación territorial y urbanística* y en sus políticas en materia cultural, medioambiental, agrícola, social y económica, así como en cualesquiera otras políticas que puedan tener un impacto directo o indirecto sobre el paisaje.

La reciente Ley estatal del Suelo 8/2007 ha tomado ya en consideración esta exigencia (como anteriormente lo habían hecho las Comunidades Autónomas Valenciana y de Cataluña), que conduce lógicamente a la necesidad de ponderar en qué medida el sacrificio del paisaje cotidiano —aunque no sea objeto de una protección específica— viene exigido por una necesidad de interés general prevalente.

b) La Comunicación de 11 de febrero de 2004 sobre el medio ambiente urbano

También debe señalarse que desde la perspectiva medio ambiental se están produciendo en el ámbito de la Comunidad Europea diversas actuaciones. De entre ellas interesa ahora dejar constancia de la *Comunicación* de 11 de febrero de 2004 de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «**Hacia una estrategia temática sobre el medio ambiente urbano**».

En esta comunicación se efectúa un diagnóstico de la situación, se mantiene la necesidad de revitalizar el centro de las ciudades y se describe la estrategia sobre cuatro temas transversales, fundamentales para la sostenibilidad de las ciudades a largo plazo. Estos temas son la gestión urbana sostenible, el transporte urbano sostenible, la construcción sostenible y el urbanismo sostenible. Los temas se presentan de forma separada, pero existen entre ellos interacciones significativas.

En concreto, por lo que se refiere al *urbanismo sostenible*, la comunicación pone de relieve una serie de cuestiones y, lo que ahora interesa, considera la expansión urbana como el aspecto más acuciante por los problemas que genera [sustitución de espacios verdes rurales (zonas agrícolas o naturales de gran valor) congestión de tráfico, consumo de energía, emisiones contaminantes], y reitera —como ya puso de relieve en anteriores documentos— la necesidad de crear zonas urbanas compactas, de alta densidad y utilización mixta, con el fin de minimizar los problemas expuestos anteriormente.

En esa comunicación se ofrece una importante visión de conjunto y se reflejan las diversas directivas dictadas con incidencia sobre el territorio y el urbanismo, en cuyo estudio no puedo detenerme.

D) *La Ley estatal 8/2007, del Suelo*

La Ley estatal del Suelo 8/2007 (objeto de refundición en el actual TR aprobado por RDL 2/2008, de 20 de junio) incluye una regulación que viene a incorporar, en un esquema común en el que las Comunidades Autónomas habrán de ejercer sus competencias, las aportaciones a que nos hemos referido en orden a la libertad de empresa, al **destino del suelo para viviendas de protección pública**, a la protección del paisaje y, en general, del medio ambiente.

Nos limitamos ahora a dejar constancia de estos extremos, que son los de mayor relevan-

cia al objeto del presente trabajo, prescindiendo de considerar otras cuestiones de alcance constitucional que plantea esta regulación; ello sin perjuicio de tratar más adelante del aspecto relativo a las viviendas de protección pública.

3. **Las aparentes paradojas del mercado: incremento del número de viviendas e incremento del precio**

Como hemos visto, existía la creencia de que el precio excesivo de la vivienda obedecía a la escasez de oferta de suelo urbanizado. Y esta creencia se basaba en un razonamiento lógico: si se incrementaba el suelo urbanizado y, consiguientemente, el número de viviendas y se producía un equilibrio entre la oferta y demanda disminuiría el precio de la vivienda y sería accesible a un segmento de población mayor.

Pues bien, nos encontramos ahora con un resultado paradójico: durante los años anteriores a la crisis económica producida a partir de 2007-2008, se han estado construyendo más viviendas de las necesarias, y sin embargo no solo no habían disminuido los precios, sino que habían aumentado extraordinariamente.

Este resultado puede parecer paradójico, pero no es difícil de explicar, al menos *a posteriori*.

Los vendedores de viviendas, como es propio de la economía de mercado, pretenden enajenarlas al mayor precio posible. Y este mayor precio posible depende de la capacidad económica de los compradores.

Esta capacidad económica se había visto incrementada no solo por la mejora del nivel de vida, sino también por la mayor capacidad de endeudamiento (bajada de los tipos de interés en conjunto, mayor duración de las hipotecas), a lo que hay añadir la existencia de una demanda especulativa que entendía que adquirir uno

o varios pisos —aunque fuera para mantenerlos vacíos— era una buena inversión.

De esta forma se había ido creando una burbuja inmobiliaria en la que todo el mundo podía estar contento, en cuanto todos se beneficiaban, de una forma u otra, de la situación del sector: los propietarios de suelo, los establecimientos de crédito, los urbanizadores, los promotores de viviendas, y los Ayuntamientos, que se financiaban en parte con cargo al urbanismo; y, paradójicamente, también podían estarlo incluso los compradores, que veían como se incrementaba de año en año el precio de la vivienda que habían adquirido, lo que les hacía pensar —en medio de las dificultades de pago— que habían efectuado una magnífica inversión.

El despertar del sueño con la crisis económica ha sido brusco, pero debía producirse antes o después porque no se estaba efectuando, como es obvio, un desarrollo económico sostenible, ya que no se podía estar construyendo cada año en exceso de forma indefinida para alimentar, en definitiva, una bolsa de viviendas cerradas.

Naturalmente se trata de una reflexión elemental, que prescinde de otras causas desencadenantes de alcance internacional; pero ello no debe impedir una reflexión acerca de lo que ha acontecido.

4. Las cuestiones planteadas a partir de 2008

A partir de 2008, la crisis económica ha suscitado una serie de cuestiones que siguen proyectándose en el momento actual; me refiero de forma sintética a estas cuestiones, dado el límite de extensión del presente trabajo.

A) *El problema de pérdida de la vivienda: derecho de la Unión Europea y del Estado.*

El **problema** nuevo que se plantea con la crisis económica es el **de la conservación de la vivienda** a la que se había accedido, dado que se producen miles y miles de desahucios por la imposibilidad de hacer frente al pago de la misma (normalmente del préstamo hipotecario).

Esta realidad iba a dar lugar a que el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona planteara la cuestión prejudicial de si determinadas cláusulas de contratos de préstamo hipotecario celebrados con los consumidores eran o no abusivas, cuestión que fue resuelta por la **Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013**, asunto 415/11, cuyo contenido se reflejó en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables; esta Ley introduce medidas de mejora de mercado hipotecario con modificación de la Ley Hipotecaria y limitación del tipo de intereses de demora, regulación de sociedades de tasación, información de riesgo, hipoteca inversa; modifica de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en cuanto a la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria; protección de deudores hipotecarios sin recursos; Código de Buenas Prácticas; y promoción por el Gobierno de un Fondo Social de Viviendas; a lo que debe añadirse la modificación del ap. 4 del artículo 695 de la LEC por la D.F. 3.^a del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre*.

Además de lo expuesto, en conexión con el Derecho de la Unión Europea se ha produci-

* También se suscitó otra cuestión prejudicial por la Audiencia Provincial de Castellón, que fue resuelta por la STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14). Con posterioridad a esta Sentencia, y como consecuencia de la misma, la Ley 9/2015, de 25 de mayo (DF 3.^a) modificó el apartado cuarto del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de admitir el recurso de apelación contra el auto que desestime la oposición a la ejecución por la causa fundada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

do una importante **jurisprudencia del Tribunal Supremo**; me limito ahora a referirme a la trascendental Sentencia de 9 de mayo de 2013 dictada en el recurso de casación 485/2012, que efectúa un examen completo del control de las cláusulas abusivas a partir del Derecho de la Unión (FJ sexto), las condiciones generales sobre el objeto del contrato y su imposición (FF.JJ. séptimo y octavo), las condiciones generales en sectores regulados —con referencia a los préstamos hipotecarios (FJ noveno) — y su aplicación al recurso planteado (FF.JJ. décimo y siguientes)**.

B) *Legislación de las Comunidades Autónomas y conflictos de competencia.*

Para enfrentarse a la gravísima cuestión social suscitada por los muy numerosos desahucios, es insuficiente la competencia en materia de vivienda asumida en exclusiva en todas las Comunidades Autónomas, porque el impacto social de los desahucios supera las posibilidades económicas de las Comunidades

Autónomas afectadas e incluso la del Estado por la vía de fomento en los términos establecidos por las Sentencias del Tribunal Constitucional 179/1985, 95/1986 y 152/1988***. Y entonces, como es lógico, se plantea la posibilidad de utilizar otros medios de carácter normativo, de los que son significativos los adoptados por el Estado en el ámbito de su competencia, ya indicados, y los adoptados por las Comunidades Autónomas por medio de las Leyes dictadas al efecto.

Y es aquí donde se plantean **los conflictos de competencias**, que aparecen enmascarados en forma de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Y ello, porque en la medida en que las Leyes de las Comunidades Autónomas pretendan adoptar medidas contra los desahucios o para remediar sus consecuencias, es muy fácil que incidan en la competencia del Estado en materia de Administración de justicia y de legislación procesal (art. 149.1.5.^a y 6.^a)****, y también en la competencia del Estado sobre las bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11.^a) y sobre las bases y coordinación de la planifica-

** En relación con estas cuestiones, el Tribunal Supremo ha contemplado diversas situaciones; así, se ha referido al enriquecimiento injusto (así, STS de 13 de enero de 2015, recurso núm. 1147/2013); ha puesto de relieve que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ha de producirse con normalidad —y no con carácter excepcional— en las circunstancias actuales (SSTS de 30 de junio de 2014, recurso núm. 2250/2012, y de 15 de octubre de 2014, recurso núm. 2992/2012); y ha aplicado el error de consentimiento en las Sentencias 23 y 24/2016 de 3 de febrero, aplicable a los pequeños inversores, en la adquisición de acciones de Bankia.

*** El esfuerzo efectuado por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de vivienda, para convertir el principio rector en un verdadero derecho, tiene el límite de las posibilidades económicas de la Comunidad de que se trate. La evolución producida, con referencia a las Leyes de las Comunidades Autónomas se expone en el trabajo del Magistrado E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo», publicado en la *Revista Aranzadi Doctrinal*, septiembre 2015, págs. 13 a 20.

**** Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/2015, de 30 de noviembre, que reitera la doctrina de las Sentencias 92/2013, de 22 de abril, 82/2014, de 28 de mayo, y 149/2014, de 22 de septiembre, establece que resulta incompatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal —art. 149.1.6 CE— que el legislador autonómico establezca una causa de suspensión o aplazamiento de las Sentencias que implican el derribo de las edificaciones, determinando que la ejecución de la Sentencia —como es aquí el caso— termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado a tenor de lo dispuesto en artículo 117.3 de la Constitución. Estas Sentencias se refieren a cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación a leyes de las Comunidades Autónomas de *Cantabria y Galicia*.

La reciente STC 2/2018, de 11 de enero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 2002/2017 interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley 7/2016, de 21 de julio de medidas extraordinarias contra la exclusión social de la Comunidad Autónoma de *Extremadura*, ha reiterado en su FJ 4.c) que las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas *ex art. 149.1.6.^a de la Constitución*, han de limitarse a aquellas que, por conexión directa con las particularidades del derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas (STC 47/2004, FJ 4.^o).

ción económica del subsector vivienda (art. 149.1.13.^a, en conexión con el 149.1.1.^a de la Constitución)*****.

Y es entonces cuando se plantea el problema. **Desde la perspectiva del ciudadano el problema es único, pero no lo es desde la perspectiva constitucional de la distribución de competencias** entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La cuestión entonces consiste en **cómo reconducir la pluralidad a la unidad**.

Pues bien, para hacer frente al problema desde la perspectiva del ciudadano y no de forma disociada, es necesaria una actividad de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; y para facilitarla sería importante, entre otros medios, que se interpretara el art. 149.3 de la Constitución —como hizo el

Tribunal Constitucional en una primera fase— en el sentido de que la asunción de competencias legislativas con carácter exclusivo sobre una materia realizada por todas las Comunidades Autónomas y por la Comunidad Foral de Navarra, no priva al Estado de su competencia para legislar sobre esta materia aunque su legislación fuera de carácter supletorio*****.

C) *La realización de una política de vivienda.*

Durante la crisis económica, dada la paralización de la construcción de nuevas viviendas, se dictó la Ley 8/2013 de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, cuyo Preámbulo exponía sus objetivos, uno de los cuales era, por lo que aquí interesa, el

***** Este es el problema planteado en recursos contra la Ley 24/2013, de 2 de julio, de *Navarra*, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda; contra la Ley 4/2013, de 1 de julio de *Andalucía*, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; contra la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de *Canarias* y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; contra Ley del País Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; y contra la Ley de *Cataluña* 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

En relación con estos recursos, en los que el Tribunal adoptó medidas cautelares de suspensión de preceptos objeto de la impugnación correspondiente, ha recaído la importante y reciente *Sentencia 16/2018, de 22 de febrero*, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6036/2013 interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación a diversos preceptos de la Ley 24/2013, de medidas urgentes para garantizar el derecho de la vivienda en Navarra.

En esta Sentencia —que tiene un precedente en la STC 93/2015 sobre la Ley andaluza— se estudia detenidamente la constitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley de Navarra (teniendo en cuenta la legislación más reciente como Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo), partiendo de la doctrina constitucional reiterada según la cual «dentro de la competencia de “ordenación general de la economía” tienen cabida “las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”».

No es posible detenerse en este trabajo en la consideración de la doctrina establecida por esta Sentencia 16/2018, por lo que me limito a dejar constancia de que si bien declara la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional, desestima el recurso en cuanto a los artículos objeto de impugnación, y, entre ellos, respecto al art. 52.2.a) de la Ley, según la cual se podrá considerar causa justificativa de la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad «mantener una vivienda deshabitada en los casos en que constituye infracción sancionable en virtud de la presente Ley Foral y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a esta situación»; a lo que debe añadirse, para la comprensión de este artículo, que según el art. 42 bis, apartado quinto, «en orden al ejercicio de la potestad sancionadora... solo se considerará vivienda deshabitada aquella cuya titularidad corresponda a una persona jurídica».

En definitiva, como indica la Sentencia al final de su FJ sexto, «A la luz de lo razonado, procede afirmar que los arts. 52.2.a), 66.1 y 72.2 imponen que el propietario de vivienda la destine efectivamente a uso habitacional y, además, prevén las consecuencias que conlleva no hacerlo cuando el titular es una persona jurídica y se dan las circunstancias que cada uno de ellos contempla».

***** Cuestión de la que traté de forma detenida en mi trabajo *Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la Constitución*, Discurso leído el 12 de diciembre de 2016, en el acto de recepción como Académico de número, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 127 a 134.

de ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción encontrando nuevos ámbitos de actuación (como la **rehabilitación, regeneración y renovación**).

El Texto Refundido aprobado por RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre, con el título «Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana», integra la Ley 8/2013 en el anterior TR de la Ley del Suelo de 2008; este Texto Refundido, reiterando lo que ya decía el de 2008, en relación con el suelo, establece en su art. 20, ap. primero, letra b) la **reserva para viviendas de protección pública**, a cuya efectividad se dedica la DT 1.^a «Aplicación de la reserva de suelo para vivienda protegida y regla temporal excepcional». Además, los arts. 51 y 52 del TR regulan los patrimonios públicos de suelo, y los arts. 53 y 54 el derecho de superficie; a lo que debe añadirse que la DA 4.^a «Gestión de suelo del patrimonio del Estado» establece en su núm. 1 que «Será aplicable a los bienes inmuebles del patrimonio del Estado lo dispuesto en el art. 52 de esta ley sobre el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino en las enajenaciones de fincas destinadas a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta o alquiler».

Esta regulación cobra ahora plena actualidad porque, en la medida en que se va saliendo de

la crisis económica, se plantea la **necesidad de realizar una política que permita solucionar el acceso a la vivienda**, en régimen de alquiler o de propiedad, a la población que no ha podido conseguirlo durante la crisis; se trata de una cuestión que suscita graves dificultades, incluso respecto de las personas que se van reincorporando a la actividad económica, dado que se ha producido una importante brecha salarial (que disocia capacidad económica y precios de alquiler o compra), una proporción importante de precariedad en el empleo, y un significativo incremento del precio de los alquileres y precios de venta — especialmente en Madrid y Barcelona—.

Por ello, para intentar solucionar esta cuestión es necesaria una **acción concertada de todas las Administraciones Públicas**. Por parte del Estado, una política de fomento que se ha plasmado en el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 regulado por RD 106/2018, de 9 de marzo, y además una movilización con este destino de los patrimonios municipales del suelo, y del suelo en poder de las Comunidades Autónomas y del Estado, además de otros medios económicos que puedan destinarse a esta finalidad, y de la colaboración público-privada.

Se trata de un reto muy importante para todo el sector público, que es necesario afrontar de modo decidido para conseguir la efectividad del Estado Social de Derecho en una cuestión tan trascendental.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Derecho Administrativo Común*, Iustel, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *La protección del paisaje. Un estudio de derecho español y comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, 25.^a ed., Civitas, Madrid, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, T. I y T. II, Madrid, 1979 y 1981.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Los principios de unidad y autonomía en la Constitución de 1978: problemas actuales», en JOVER ZAMORA, J. M. (Dir.), *Historia de España. Menéndez Pidal*, J.M XLIII*, Espasa Calpe, Madrid, 2007, págs. 38 a 72.

— *Deconstrucción del sistema jurídico y reforma de la Constitución*, discurso leído en 12 de diciembre de 2016 en el acto de recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Marcial Pons, Madrid 2016.

HÄBERLE, P., «Derecho constitucional común europeo», en PÉREZ LUÑO, A.-E., *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 8.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico General. Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Derecho a la vivienda: de principio rector a derecho subjetivo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, septiembre 2015, págs. 13 a 20.

Artículo 48

Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

Sumario: I. Preliminar. II. Elaboración y debate parlamentario durante el período constituyente. Antecedentes. III. Desarrollo normativo. IV. Doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido y alcance del art. 48 CE. V. A modo de Conclusión.

EUGENIO GAY MONTALVO

ABOGADO Y VICEPRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PRELIMINAR

Conviene recordar que el art. 48 de la Constitución Española se encuentra comprendido en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», en cuya embocadura el art. 10 indica, sin lugar a dudas, que la dignidad de la persona se convierte en el fundamento sobre el que debe levantarse nuestro ordenamiento jurídico, considerándolo elemento primigenio y esencial del orden político y de la paz social. Además, las normas relativas a los derechos fundamentales, como es el caso, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Es decir, consagra, en este caso, el principio de convencionalidad, que obliga a todos los poderes del Estado sin excepción. Sin embargo, la dificultad de perfilar el concepto material de la juventud, que ha ido cambiando con los tiempos, dificulta precisar cuál es el período comprendido entre el inicio y el fin de la juventud a que refiere el art. 48 CE. A principios

del pasado siglo se entendía como aquel período que mediaba entre la niñez y la virilidad, según se definía en los diccionarios jurídicos de la época; hoy en día, la Real Academia Española la define como la edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta. La indeterminación, pues, de los conceptos nos obliga a acudir tanto a la doctrina como a la ley y a la jurisprudencia para tener una comprensión que permita la certeza de aquellas personas que van a ser susceptibles del derecho que les ampara y de las obligaciones que para con ellas están obligados los poderes del Estado.

El propio art. 48 CE plantea otro problema de precisión en cuanto a la determinación del sujeto, pues los conceptos de desarrollo político, social, económico y cultural vendrán condicionados por las coyunturas sociales, económicas y culturales y por los anhelos que pueda mostrar la sociedad. Tampoco podemos olvidar que el artículo en cuestión está ubicado en el Capítulo III del Título I, al que veníamos refiriéndonos y, en consecuencia,

donde se fijan los principios rectores de la política social y económica que deben desarrollar los poderes del Estado en aras a la seguridad jurídica y el progreso de la vida social.

II. ELABORACIÓN Y DEBATE PARLAMENTARIO DURANTE EL PERÍODO CONSTITUYENTE. ANTECEDENTES

Pocos artículos de la Constitución sufrieron menos enmiendas en el debate parlamentario como el art. 48, a pesar de que su contenido no tiene precedente en la historia del constitucionalismo español. Solamente unas poquísimas enmiendas, cinco en total, dejaron el Texto tal y como apareció redactado en el Borrador como art. 42 y que en el Anteproyecto pasó a ser el art. 41, para convertirse, en definitiva, en el art. 48 CE.

Ciertamente la aprobación del mismo fue pacífica y únicamente planteó un cierto debate en la Comisión de Constitución en la Cámara Alta. En el Senado, sobretodo, se puso de manifiesto el carácter prescindible del mismo por su total abstracción e incluso inutilidad. El senador Villar Arregui consideró, en su intervención, que el artículo «no decía absolutamente nada» y desprestigiaba el propio texto constitucional. Las intervenciones de los senadores Cazorla Prieto y Alzaga Villaamil se manifestaron en sentido similar, indicando este último que «se podía haber omitido sin pérdida alguna»; y Cazorla Prieto no lo consideraba preciso porque el desarrollo político, social y económico que afecta a la juventud lo cubren, sin duda alguna, las reglas establecidas para todos los ciudadanos en la Constitución.

Considero que las observaciones que se hicieron sobre la conveniencia o no de su inclusión en la Constitución no carecen de cierto fundamento. Sin embargo, es evidente que hoy por hoy la juventud es un segmento de nuestras sociedades que se diferencia de manera objetiva del resto de la población a pesar

de que goce, como todos los ciudadanos, de los derechos consagrados en la Constitución y, en consecuencia, de la obligación que los poderes públicos tienen de protegerlos. La referencia que la propia Norma Fundamental hace en los arts. 39 sobre la familia y los hijos y en el art. 49 en relación al tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos resulta oportuna y nada empece a hacerlo respecto de la juventud o de la ancianidad. La complejidad de la vida en sociedades desarrolladas, densas y cada vez más impersonales obliga al Estado a una atención que, sin causar privilegios ni desigualdades, procure por su especial atención, y qué duda cabe que la juventud es una de ellas.

Como hemos dicho, no hay precedente en nuestro Derecho constitucional que justifique la inclusión de un artículo como este. Sin embargo, sí existían precedentes, algunos recientes, en los textos constitucionales de Italia, Grecia y Portugal, que, de una forma u otra, lo incluían en el articulado de sus respectivas Constituciones. Así, en Italia viene recogido en el art. 31, comprendido en el Título II, relativo a las relaciones ético-sociales, en la Parte I de los derechos y deberes de los ciudadanos y en el que textualmente se dice: «la República estimulará a través de medidas económicas y otras providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella, dedicando atención especial a las familias numerosas. Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias a tal fin»; pero es en la Constitución portuguesa de 1976 en su art. 70, incluido también en la Parte I, de los Derechos y Deberes Fundamentales, y en su Título Tercero, sobre Derechos y Deberes Económicos, Sociales y Culturales y, más concretamente, en el Capítulo de los Derechos y Deberes Sociales, donde encuentra su antecedente más inmediato en la alusión exclusiva a la Juventud. Dice así el art. 70:

«1. Los jóvenes gozan de protección especial para la efectividad de sus de-

rechos económicos, sociales y culturales, especialmente en lo que concierne:

- a) A la enseñanza, la formación profesional y la cultura.
- b) Al acceso al primer empleo, al trabajo y a la seguridad social.
- c) Al acceso a la vivienda.
- d) A la educación física y al deporte.
- e) Al aprovechamiento del tiempo libre.

2. La política de la Juventud tendrá como objetivo prioritario el desarrollo de la personalidad de los jóvenes, la creación de las condiciones para su efectiva integración en la vida activa, el placer de la libre creación y el sentido del servicio de la Comunidad.

3. El Estado, en colaboración con las familias, las escuelas, las empresas, las organizaciones de vecinos y las fundaciones culturales y de recreo, apoya a las organizaciones juveniles en la protección de tales objetivos, así como el intercambio internacional de la Juventud.»

No se debe olvidar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que contempla en su Título XII la «Educación, formación profesional, Juventud y Deporte», urge la acción comunitaria a fomentar la participación de la juventud en la vida democrática de Europa y también a fomentar los intercambios entre jóvenes en los ámbitos educativos y de formación profesional, así como el intercambio de trabajadores jóvenes, entre otras cuestiones.

III. DESARROLLO NORMATIVO

El desarrollo normativo vendrá, en consecuencia, condicionado tanto por el precepto

constitucional como por las exigencias derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea, que, de manera mediata, irá siendo asimilada por los países que conforman la Unión política encaminándola en el sentido contenido en nuestro mandato constitucional y, a través de ello, se irán perfilando incluso los límites de aquel período de tiempo que abarca la juventud de las personas.

Un ejemplo claro lo representa el muy reciente Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de la Vivienda para el período de 2018-2021. Ya en su Preámbulo indica: «El nuevo Plan también se orienta de modo particular a los jóvenes, atendiendo a la realidad social de los últimos años en los que un segmento de la población joven ha sufrido con mayor intensidad el problema del paro y ha tenido y tiene mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo» y, entre otras varias consideraciones, en tal sentido, expone que el Plan se ha de llevar a cabo en aras a: «facilitar a los jóvenes el acceso al disfrute de una vivienda digna y adecuada». En su art. 1 el Real Decreto especifica que las aportaciones contempladas en el Plan deben destinarse también a la concesión de «nuevas subvenciones a los jóvenes de escasos recursos en su acceso a la vivienda». Más adelante en el art. 57.1.b) fija el tope de tener menos de 35 años en el momento de solicitar la ayuda. Así, parece que será esa edad la que deberá entenderse como el final de la juventud, a los efectos que concierne a lo dispuesto en el Real Decreto.

Sin embargo, fue mediante la Ley 18/1983, de 16 de noviembre, que se inició el verdadero desarrollo normativo del art. 48 con la creación del entonces Organismo Autónomo de la Juventud de España, como «Entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines», conforme a lo previsto en el precepto constitucional. Posteriormente, ya en la segunda década del presente siglo, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Reordenación del Sector Público, suprimió el Consejo

de la Juventud de España como Organismo del sector público y lo configuró como una entidad corporativa de base privada «atendiendo a la naturaleza privada de las entidades que lo integran», puesto que coexistían dos organismos autónomos: el propio Consejo y el Instituto de la Juventud, de manera que en muchos casos se duplicaban funciones que resultaban innecesarias. Así, el art. 21 de esa Ley reservó el Consejo como cauce de encuentro, diálogo, participación y asesoramiento en las políticas públicas con el objeto de impulsar la participación de la juventud «en el desarrollo social económico, cultural y político», así como el de interlocutor ante los correspondientes poderes del Estado; y la representación de España, en ese mismo sentido, ante organismos y espacios internacionales, entre otras cuestiones.

Por su parte, el Instituto de la Juventud, que había sido creado por Real Decreto 1119/1977, de 20 de mayo, adscrito en un principio a la Presidencia del Gobierno, a través de la Subsecretaría de Familia, Juventud y Deporte, mediante Real Decreto 485/2017, de 12 de mayo, se ha adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Este Real Decreto fija la actuación del Instituto sobre tres principios generales que son: la promoción de la igualdad de oportunidades; la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural de España, tal y como indica el propio art. 48; e impulsar la colaboración con todos los Departamentos Ministeriales y demás Administraciones públicas, cuyas competencias y actividades afecten a la juventud.

Era lógico que un concepto incluido de forma innovadora en el texto constitucional español, y que afecta a un segmento tan importante de la población, no fuera obviado por las Comunidades Autónomas. Sin embargo, debe hacerse notar que no consta en el art. 149.1 CE que el Estado tenga atribuida la competencia exclusiva en esta materia, como tam-

poco el art. 148 CE la contempla en el listado de aquellas competencias que sí pueden asumir. El olvido era la lógica consecuencia de que el tema no suscitó la especial atención del constituyente más allá del reconocimiento de la incuestionable realidad social. Como quiera que el art. 48 CE estableció un mandato dirigido a todos los poderes públicos del Estado, las CC.AA., mediante una lectura extensiva del art. 148.1.20 CE referida a los asuntos sociales, fueron integrando en sus Estatutos y en sus respectivos ordenamientos autonómicos las competencias sobre la juventud, haciéndolo incluso en sus «competencias exclusivas». Pero ya en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional, STC 37/1981, de 16 de noviembre, se estableció que las Comunidades Autónomas podían llevar a cabo todas las funciones públicas dentro de su ámbito territorial, pero sin que ello condujera necesariamente a prohibir cualquier intervención del Estado, sobre las mismas materias, dado que en muchos casos las competencias exclusivas están llamadas objetiva y necesariamente a ser concurrentes.

IV. DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL ART. 48 CE

El Tribunal Constitucional ha examinado, en contadas ocasiones, el sentido y alcance de este precepto que expresa el mandato a todos los poderes públicos de promover la participación de la juventud en los distintos aspectos de la vida social. En estas ocasiones ha tenido oportunidad de destacar fundamentalmente dos aspectos: por un lado, el que consagra un mecanismo de democracia participativa; por otro, que la promoción de la participación de la juventud puede justificar decisiones de los poderes públicos que constriñan otros derechos o bienes jurídicos. El primer pronunciamiento se encuentra en la STC 13/1992, de 6 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional, después de afirmar que el art. 48 CE señala el objetivo de promover la

participación de la juventud, que deberá ser perseguido por los distintos poderes públicos, resalta —y esto me parece que es lo relevante en esta resolución— que cada uno de ellos debe perseguir ese objetivo dentro del ejercicio de sus respectivas competencias materiales, pues la promoción de la participación de la juventud consagrada en el precepto no es en sí misma una materia competencial que corresponda íntegramente a los poderes de uno u otro nivel territorial.

También se destaca esta vertiente de participación en la STC 119/1995, de 17 de julio, pero sobre todo en la STC 31/2015, de 25 de febrero, esta última dictada en relación a las consultas populares, que, por no realizarse mediante referéndum, no se consideran formas de participación política en sentido estricto. Estas sentencias han reconocido en el art. 48 CE una manifestación específica de la democracia participativa que caracteriza a la Constitución de 1978. Vienen a exponer que nuestra Carta Magna junto a la participación política propiamente dicha, que se concreta en los instrumentos de democracia directa y de democracia representativa, recogidos y protegidos en el art. 23 CE, ha contemplado otras formas de participación que, a pesar de no tener la naturaleza de participación política, aun así, informa y vivifica nuestro sistema político y permiten calificarlo de democracia representativa. De esta manera, el Tribunal Constitucional deja claro el mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación de la juventud en los distintos ámbitos de la vida pública, que era la genuina intención del constituyente.

En especial, esta última STC 31/2015, de 25 de febrero, hace esta consideración del art. 48 CE en relación con la facultad de todos los poderes públicos de convocar para hacer efectiva esta participación, constitucionalmente prevista, en aquellos sectores materiales en que son competentes consultas populares no refrendarias. Esta conexión resulta particularmente relevante porque aquellas consultas que se encaucen en la forma de re-

feréndum, no sustentan el mandato participativo consignado en el art. 48 CE, pues en realidad, al reconducirse al concepto de instrumentos de democracia directa, serían manifestación de la participación política en sentido estricto consagrada en el art. 23 CE.

Por último, el Tribunal ha dedicado al art. 48 CE un cuarto pronunciamiento en la STC 154/2015, de fecha 9 de julio. El aspecto que esta sentencia resalta es distinto al de las tres anteriores, en ella manifiesta el Tribunal que el art. 48 CE habilita para que los poderes públicos, en particular el legislador, adopten decisiones que supongan un límite a los derechos de un tercero o a la posición jurídica de otras instituciones públicas. En otras palabras, el legislador puede justificar una norma restrictiva de intereses o derechos legítimos que se adopta en orden a la promoción de la participación de la juventud en alguna dimensión de la vida en sociedad. En la Sentencia se hace referencia a dos supuestos. En el primero la Ley examinada limitaba el derecho del propietario de la vivienda, y en el segundo restringía la posición jurídica de los entes locales derivado de la autonomía que constitucionalmente se le reconoce.

Así, en su FJ 4, analiza la constitucionalidad de la legislación andaluza que limita la libertad de transmisión del propietario de la vivienda al incluir un derecho de tanteo a favor de la Administración pública competente en materia de vivienda. El Tribunal Constitucional afirma que este límite al derecho de propiedad es constitucionalmente admisible porque sirve a una política de vivienda que, facilitando el acceso de la juventud a la misma, se orienta a la promoción de la participación de la juventud en la vida social.

Por su parte, la misma STC 154/2015 (FJ 11) enjuicia una previsión legal que exige que la Administración autonómica otorgue su conformidad a los plazos de inicio y terminación que establezca la planificación urbanística municipal para la ejecución de los sectores delimitados en dicho plan para la construc-

ción de vivienda protegida. Este precepto, sin duda, supone una restricción a la autonomía municipal en la determinación de los plazos, menoscabo que el Tribunal considera constitucional por encontrarlo justificado en otro bien jurídico de relevancia, también constitucional, como es el mandato que se desprende del art. 48 CE. La puesta a disposición de vivienda protegida facilitaría, pues, el acceso a la vivienda de la juventud, y, consecuentemente, su participación efectiva en la vida social, por lo que la fijación de unos plazos, más o menos extensos, coadyuva a la realización del mandato del art. 48 CE, prestando su amparo para la restricción que ello supone de la autonomía local constitucionalmente garantizada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente cabe resaltar que el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de

la Constitución (art. 1 LOTC 2/1979, de 3 de octubre), ha tenido únicamente ocasión de examinar este precepto constitucional desde su capacidad para habilitar que el legislador imponga límites a otros derechos o bienes jurídicos constitucionales. En ningún caso, en estas últimas cuatro sentencias sobre las que se ha pronunciado lo ha considerado como norma que establezca un vínculo, y no una habilitación, para el legislador u otro poder público; de manera que si sus decisiones dejan de perseguir ese objetivo constitucional a que están sujetas, pudiera incurrir en un supuesto de inconstitucionalidad. Es por esta razón por la que podría concluirse que en la doctrina constitucional el art. 48 CE podría aún tener una mayor presencia, siempre que, en atención al principio de justicia rogada que rigen los procesos constitucionales, esta dimensión sea invocada en las demandas que den comienzo a los mismos ante la jurisdicción ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

BUISÁN GARCÍA, N., «Artículo 48», en CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Toledo, 2008.

CAZORLA PRIETO, L. M., «Artículo 48», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA MARTÍNEZ, A., «Artículo 48», en *Índice Sistemático de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2017.

RUIZ RICO, J. J., «Artículo 48. Participación de la juventud», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983.

Artículo 49

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

Sumario: I. La protección del discapacitado desde la perspectiva de los derechos humanos. II. Sobre el concepto de discapacidad y la lectura renovada del art. 49 CE. III. El art. 49 CE en la jurisprudencia constitucional.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA PROTECCIÓN DEL DISCAPACITADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La inclusión de este precepto dentro del Capítulo III del Título II, sobre los principios rectores de la política social y económica, no parece haber planteado problemas en el debate constituyente, aunque, respecto al constitucionalismo comparado, suponía una gran novedad —salvo el cercano precedente de la Constitución portuguesa cuyo art. 71 se refiere a los ciudadanos portadores de deficiencia—, dado que les reconoce sus derechos constitucionales y obliga a los poderes públicos a una prevención, tratamiento y rehabilitación de esas personas.

Se ha visto en el art. 49 CE una cierta influencia de la Carta Social Europea, cuyo art. 15 se refiere a un «derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social»,

que obliga a los Estados a adoptar medidas adecuadas para procurar medios para la formación profesional y para facilitarles un puesto de trabajo, favoreciendo su colocación y empleo.

El texto constitucional se aparta sensiblemente de la Carta Social Europea, primero, porque no se define como otros preceptos del propio Capítulo en clave de derechos de la persona, ni tampoco asegura garantías institucionales, se limita a imponer unas tareas a los poderes públicos que se corresponden con los fines sociales del Estado, que prescriben una determinada acción pública, de forma vinculante pero abierta. Por otro lado, contiene algo que no incluye la Carta Social Europea, una referencia específica al disfrute de los derechos que otorga a todos los ciudadanos el Título II CE, referencia que no puede dejar de vincularse con el art. 9.2 CE, en cuanto al aseguramiento de la efectiva participación de los sujetos afectados en la vida social, política y económica del país, y también al

art. 14 CE en cuanto prohíbe la discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal, entre las que la evolución del tratamiento del problema ha incluido sin ninguna duda a las personas con discapacidad.

El texto del art. 49 CE refleja, incluso en su terminología, la situación del tratamiento de los «disminuidos» en el momento de aprobarse la Constitución. Por ello pudo ser calificado de «voluntarista», por indicar «un objetivo a cumplir sin contar con el apoyo social y cultural suficientes; y sin la fuerza normativa suficiente para cumplir con ese objetivo, que del tenor literal del precepto se podría deducir como muy enérgico» (VIDA, 1996, 358). Sin embargo, no es correcta la frecuente interpretación del art. 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración «social» de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional.

Más allá de la letra del precepto, su puesta en práctica ha tenido consecuencias jurídicas trascendentes e intensas, que han ido mucho más allá de su inicial aparente carácter programático. El art. 49 CE ha adquirido desde la aprobación de la Constitución, y a través de la normativa internacional sobre derechos humanos y de la Unión Europea y desde la jurisprudencia constitucional, una importancia relevante que ha permitido hablar de un reconocimiento constitucional de derechos de las personas con discapacidad o, incluso, de servir de base de un llamado «Derecho de la Discapacidad».

En la evolución del tratamiento de los problemas de estas personas ha tenido una especial incidencia el Derecho internacional. **El Convenio núm. 159 (1983) de la OIT** sobre la

readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), trata de asegurar la plena participación y la igualdad de las personas «inválidas», asegurando su integración social y la igualdad de oportunidades de trato con los demás trabajadores, previendo medidas de acción positiva para la integración social de estas personas. Se trata de un nuevo enfoque centrado en la igualdad de oportunidades, más allá de la readaptación y formación profesional, que impone a la propia sociedad «readaptarse» para facilitar el empleo de estas personas. El Preámbulo del Convenio 159 se refiere a la plena participación y a la igualdad; su art. 1 pone el acento en la finalidad de permitir la obtención y conservación de un empleo que asegure su integración social, y su art. 4 declara que la política de readaptación se basará en el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores con minusvalías y los trabajadores en general, y que no deben considerarse discriminatorias las medidas positivas especiales encaminadas a hacer efectiva esa igualdad y a eliminar los obstáculos que impiden la integración social de estas personas.

Este enfoque desde la igualdad supone un cambio sustantivo del tratamiento de la discapacidad, desde la tradicional política de rehabilitación y de educación a una política de integración social que, incluso, se refleja en sucesivos cambios terminológicos que reflejan cambios de óptica en los objetivos y en el planteamiento mismo de la acción pública al respecto, centrados en la igualdad de oportunidades con políticas positivas y coherentes, más allá de la readaptación y formación profesional. «La cuestión de la discapacidad no se analiza desde las limitaciones de las personas discapacitadas en sí mismas consideradas, sino desde la discapacidad de la sociedad para ajustarse a las diferencias que supone la discapacidad y para garantizar una igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos» (GARRIDO PÉREZ, 2001, 173).

Estas nuevas ideas, inspiradas por la OIT y por Naciones Unidas, van a ser aceptadas

también en el Derecho comunitario, donde el principio de igualdad ha sido el punto de partida de un planteamiento basado en el reconocimiento de los derechos de las personas con minusvalía, principio de igualdad que engloba también el principio de no discriminación. Estas ideas aparecen en diversos documentos de la Comisión y del Consejo, se incorporaron a la Estrategia Europea de Empleo, y se van a reflejar en el nuevo art. 13 del TCE, reformado por el Tratado de Ámsterdam de 1997, que menciona la discapacidad entre las circunstancias de discriminación prohibida y que incluye una declaración relativa a las personas discapacitadas, previendo medidas de aproximación legislativa en la materia. Por primera vez, además de reconocerse la discapacidad como motivo vedado de discriminación, se otorgan de manera expresa a la Comunidad competencias en el ámbito de la discapacidad. Fruto de ello fue la aprobación de la **Directiva 2000/78 CE**, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incluye dentro de los motivos vedados de discriminación la discapacidad, una Directiva que fue incorporada formalmente por la Ley 62/2003, completada por la Ley 51/2003, y luego la Ley 49/2007.

El instrumento más trascendente que ha obligado a una necesaria relectura del art. 49 CE ha sido la **Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad**, de 13 de noviembre de 2006, cuyo objeto es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, dejando claro que la discapacidad es un tema de derechos humanos. Esta Convención, ratificada por España y también por la Unión Europea, es un tratado y acuerdo internacional sobre materia de derechos fundamentales y libertades constitucionales a los efectos del art. 10.2 CE y, por ello, **el art. 49 CE ha de ser interpretado a la luz de la misma**.

La Convención impone a los Estados garantizar que las personas con discapacidad gocen, en igualdad de condiciones con los demás, de una serie muy amplia de derechos que van mucho más allá de los específicos de empleo y ocupación de los que se ocupa la Directiva 2000/78/CE. Confirma **el acceso de los discapacitados a los derechos humanos** (a la vida, al acceso a la justicia, a la libertad y seguridad, a la integridad, a la libre opinión, etc.), pero también a derechos **específicos** o cualificados respecto al grupo afectado, como el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, el derecho a vivir de forma independiente, a la movilidad personal, a la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad, a un nivel de vida adecuado y a la protección social, a participar en la vida política, pública y cultural, en las actividades recreativas, el esparcimiento y en el deporte.

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, dejando claro que **la discapacidad es un tema de derechos humanos**, y los discapacitados sujetos de tales derechos y no meros objetos de políticas sociales, considerándose las desventajas que sufren algo que pone en juego su propia dignidad y libertad. La Convención hace una **aplicación transversal del principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad**, y pone un especial acento en la **accesibilidad**, al imponer a los Estados garantizar a las personas con discapacidad que gocen, en igualdad de condiciones con los demás, de una serie muy amplia de derechos para asegurar al discapacitado una plena participación activa en la

vida política, económica social y familiar y que en lo posible pueda decidir y valerse por sí mismo.

El tratamiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad que ha partido de los valores de igualdad, dignidad humana y autonomía personal, ha permitido una **lectura renovada del art. 49 CE**, desde una interpretación sistemática de la Constitución, que lo pone **en conexión con los arts. 9.2, 10 y 14 CE**, y que extrae de su texto su sentido más profundo, poniendo el acento en su último inciso, su remisión al disfrute de los derechos que el Título II CE otorga a todos los ciudadanos y que permite una **lectura en clave subjetiva** del mandato contenido en el art. 49 CE, que garantiza al discapacitado un derecho a la autonomía personal, a la integración social y profesional y a la plena participación en la vida de la comunidad, si bien el precepto requiere un necesario desarrollo para hacer efectivo e, incluso, justiciable ese derecho (STC 3/2018).

El objetivo de garantizar al discapacitado una plena participación activa en la vida política, económica social y familiar, de poder decidir y valerse por sí mismo en lo posible, es predicable del art. 49 CE y afecta transversalmente a todos los ámbitos del ordenamiento, así, por ejemplo, a la regulación de la capacidad de obrar, habiéndose recomendado a España revisar las leyes que regulan la guarda y tutela, reemplazando regímenes de sustitución por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. La discapacidad ha tenido reflejo en el Derecho tributario, se ha utilizado el art. 49 CE como fundamento constitucional de la protección frente a la dependencia, existe una conexión directa entre la discapacidad y la Seguridad Social, la accesibilidad física afecta a medidas urbanísticas, el derecho de la propiedad intelectual ha conocido excepciones en su protección para facilitar el acceso a la lectura a personas discapacitadas, y en materia de empleo se han adoptado diversas medidas para favorecer el

acceso y el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad, junto a todo ello, opera como regla general la prohibición de discriminación por razón de discapacidad.

La dignidad de la persona significa que todos los seres humanos son iguales y tienen igual valor; impone un especial tratamiento de la persona discapacitada para asegurar la efectividad de ese valor igual, que se refleja en especial en la autonomía y autodeterminación personal. **Esa autonomía y determinación debe permitir al discapacitado adoptar decisiones sobre el propio curso vital, asegurando así su dignidad, el respeto propio y de los demás, y su integridad como sujeto autónomo de derechos.** Asegurarlo y garantizarlo es el propósito y contenido del art. 49 CE, cuyo significado actual implica reconocer un derecho de ciudadanía igual para las personas con discapacidad, tanto en sus derechos cívicos como en sus derechos sociales, aunque ese derecho tenga un contenido legal, requiera medidas legales en buena parte ya adoptadas y no goce en todos sus contenidos de la protección reforzada del art. 53.1 CE (MONEREO y MOLINA), salvo cuando afecte a algunos de los derechos protegibles en amparo o implique una discriminación directa o indirecta por discapacidad a afectos del art. 14 CE.

La interpretación hoy dominante del art. 49 CE interpretado a la luz de la Convención de Naciones Unidas entiende que **la protección frente a la discapacidad exige actuar sobre los factores que la crean, suprimir barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercitar y disfrutar sus derechos en igualdad de condiciones con los demás**, como una cuestión de derechos humanos y desde una perspectiva de accesibilidad universal (DE ASÍS, PALACIOS y BARRIFFI). Por eso se ha podido decir que la Convención de Naciones Unidas «tiene un impacto sumamente relevante para la comprensión del sentido y alcance de los derechos constitucionales en el ámbito de la discapacidad que implica una ampliación de sus contenidos y

un reforzamiento de su protección en este contexto» y que «la integración de los derechos constitucionales con los contenidos en la Convención se convierte, así, en la vía adecuada para hacer realidad el fin básico al que, por mandato constitucional, se ordena nuestro sistema jurídico, posibilitar el desarrollo de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, también de las personas con discapacidad» (CUENCA GÓMEZ).

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y LA LECTURA RENOVADA DEL ART. 49 CE

El art. 49 CE **no define el concepto** de persona con discapacidad, aunque se refiere a disminuciones físicas, sensoriales y psíquicas. El **art. 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad** establece que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La Convención se refiere no solo a las «deficiencias» o limitaciones, sino también a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, lo que implica un tratamiento de la discapacidad más allá del tratamiento sanitario o de la protección social, para conseguir, desde la perspectiva de los derechos humanos, que la persona con discapacidad, respetando su individualidad y el pleno desarrollo de su personalidad, sea tratada como un ciudadano con iguales derechos que los demás, adoptando las medidas oportunas para lograr esa igualdad y, con ello y en lo posible, garantizar su independencia y autonomía. El objetivo fundamental de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y promover el respeto de su dignidad.

En relación con la Directiva 2000/78/CE y con el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha tenido que ocupar de delimitar el concepto de discapacidad, una jurisprudencia que, aunque referida a la discapacidad en materia de empleo, puede ser útil para delimitar ese concepto, sobre todo en relación con el de la enfermedad. La STJCE de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, había afirmado que el concepto de «discapacidad» debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la Directiva 2000/78 pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional no incluyendo sin más la mera enfermedad.

El Tribunal de Justicia ha revisado esa noción de discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas en la Sentencia de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 en la que se ha vuelto a plantear la delimitación del concepto de discapacidad del de mera enfermedad y a interpretar la noción de ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan acceder al trabajo, garantizándoles el goce del derecho al trabajo en igualdad de condiciones que los demás. La Sentencia ha considerado que, a efectos de la Directiva 2000/78, **el concepto de discapacidad «debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores».**

De acuerdo a esa Convención, esas deficiencias deben ser «a largo plazo», pero el Tribu-

nal de Justicia de la Unión indica que tales discapacidades no excluyen las causadas por una enfermedad, curable o incurable, si la misma acarrea una limitación que puede impedir la participación de la persona en la vida profesional, pero sí las enfermedades que no supongan tal limitación. Además, declara que el que la persona solo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que se le aplique a su estado de salud el concepto de discapacidad que no implica «la exclusión total del trabajo o de la vida profesional», o sea una imposibilidad para ejercer tal actividad, calificable entre nosotros de incapacidad permanente de posible cobertura por los mecanismos de protección social.

La Directiva 2000/78/CE afirma, en sus considerandos, que la discriminación por motivo de discapacidad pone en peligro la consecución de los objetivos sociales del Tratado, que la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad, que **la Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, o para seguir una formación**, sin perjuicio de la obligación del empresario de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, siendo preciso establecer medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, adaptando las instalaciones, equipos, sistemas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadramiento. La persona con discapacidad es «capaz» de trabajar, pero con algunas limitaciones y, por ello, la existencia de la discapacidad depende de la posibilidad de los ajustes previstos en el art. 5 de la Directiva, una consecuencia y no un elemento constitutivo del concepto de incapacidad.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la noción de discapacidad se ha enfrentado con temas novedosos como su aplicación a una madre por la discapacidad del hijo que requiere especiales cuidados, su inaplicación a la mujer con incapacidad para tener un hijo por medios convencionales, a la exigencia de agudeza visual para poder obtener un permiso de conducción de ciertos vehículos, a la obesidad como enfermedad susceptible de crear limitaciones duraderas para el trabajo, o a la excesiva morbilidad ligada a una discapacidad que pueda justificar un despido. El Tribunal de Justicia ha reiterado el deber de interpretar la Directiva y el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre la discapacidad, aceptando una noción flexible de discapacidad que puede ser útil para la comprensión del alcance del art. 49 CE.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el principio de no discriminación del art. 14 CEDH incluye en su cláusula final también a **los discapacitados como personas particularmente vulnerables** (SSTEDH de 30 de abril 2009, *Glor contra Suiza*, 22 de marzo 2016, *Gubernina contra Croacia*, y 23 de marzo de 2017, *M.MV contra Finlandia*).

El desarrollo legal del art. 49 CE, la adaptación de nuestra normativa a la Directiva 2000/78 y, sobre todo, a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha dado lugar a una serie de leyes que han sido refundidas en el RDLeg. 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión, que ha regularizado, aclarado y armonizado esos textos legales y teniendo en cuenta esa Convención acentuando el enfoque de derechos humanos, ya implícito en el art. 49 CE. En el dictamen sobre su Anteproyecto, el Consejo de Estado valoró muy positivamente la iniciativa legal

de eliminar la dispersión reguladora existente que dificultaba la interpretación y aplicación de la normativa, admitió la inclusión de nuevos preceptos en el Texto Refundido en particular una definición legal de discapacidad no contenida en ninguno de los textos legales que se refunden, así como una serie de conceptos como el de igualdad de oportunidades, discriminación directa o indirecta, acoso, medidas de acción positiva, vida independiente, normalización, inclusión social, accesibilidad universal, diseño universal, ajustes razonables y diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, reproduciendo, por ejemplo, una parte en el art. 3 del Texto Refundido, los principios que establece el art. 3 de la Convención.

El art. 4 del Texto Refundido define a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentemente que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás», de modo concorde con la Convención; sin embargo, añade una restricción que ha sido criticada de exigir para considerar a la persona con discapacidad que se le haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, esta restricción puede tener efectos para la aplicación del texto legal pero no para la interpretación del precepto constitucional.

La evolución del entorno internacional sobre los derechos de los discapacitados desde los valores de igualdad, dignidad humana y autonomía personal, el desarrollo legislativo y nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria han confirmado la integración de la discapacidad en los motivos de discriminación vedados del art. 14 CE vulneradores de la dignidad humana y han permitido una nueva lectura del art. 49 CE, más allá de la encomienda de tareas a los poderes públicos, desde una interpretación sistemática de la Constitución, y que extrae de su texto su sentido más pro-

fundo, poniendo el acento en su último inciso, su remisión al disfrute de los derechos que el Título II CE otorga a todos los ciudadanos. Ello permite, como ya se ha dicho, una lectura en clave subjetiva del art. 49 CE, en el sentido del art. 21 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como **un derecho del discapacitado a la autonomía personal, a la integración social y profesional, al acceso en igualdad a los derechos cívicos y sociales de la ciudadanía y a la plena participación en la vida de la comunidad.**

La dignidad de la persona significa que todos los seres humanos son iguales y tienen igual valor, ello impone un especial tratamiento de la persona discapacitada para asegurar la efectividad de ese valor igual, que se refleja en especial en la autonomía y autodeterminación personal que debe permitir al discapacitado adoptar decisiones sobre el propio curso vital, asegurando así su dignidad, el respeto propio y de los demás, y su integridad como sujeto autónomo de derechos. **Asegurarlo y garantizarlo es propósito y contenido del art. 49.1 CE.**

III. EL ART. 49 CE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en diversas sentencias del alcance del art. 49 CE, y en ellas ha realizado una **interpretación del art. 49 CE** desde una perspectiva de derechos humanos, en conexión con otros preceptos constitucionales y teniendo muy en cuenta la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es interesante seguir **la evolución de esa jurisprudencia, que ha sido muy sensible a los cambios del tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos.** Además, la jurisprudencia constitucional ha confirmado la transversalidad del tratamiento de la discapacidad, **al haber aplicado el art. 49 CE en materias diversas mucho más lejos de la temá-**

tica del empleo y la ocupación, que es propia del enfoque de la Unión Europea.

La **Sentencia 269/1994, de 3 de octubre**, referente a una reserva de plaza a minusválidos en convocatoria pública, fue la que declaró por primera vez que no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el art. 14 CE, **la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación**, un factor de discriminación con sensible repercusiones para el empleo de los colectivos afectados que legitima la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas con diversas formas de incapacidad para conseguir una igualdad sustancial, reconociendo la estrecha conexión de estas medidas con el mandato contenido en el art. 9.2 CE y específicamente con su plasmación en el art. 49 CE.

La **Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre**, relativa a la legitimación y el proceso del tutor de un incapaz en relación con el art. 24.1 CE, ha hecho referencia al art. 49 CE al declarar que la conclusión estimatoria del amparo se corrobora desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz, dado que la exclusión de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz «desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, **máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces** y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE». De este modo, **el Tribunal Constitucional confirma la conexión del art. 49 CE con el mandato de tratamiento igual y no discriminatorio de las personas con discapacidad**.

Las **Sentencias 190/2005, de 7 de julio**, y **274/2005, de 7 de noviembre**, han declara-

do constitucional la toma en cuenta de la discapacidad en las tablas indemnizatorias a los perjudicados por accidente en los seguros privados por considerarlas **medidas de acción positiva a favor de los discapacitados** que encuentran fundamento en los arts. 14 y 49 CE.

La **Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre**, ha resuelto una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 763.1 de la Ley 1/2000, en relación con el **internamiento involuntario de una persona mayor de edad en centro psiquiátrico**. La Sentencia se refiere, ante todo, al art. 17 CE en relación con el principio de legalidad penal del art. 25 CE, pero, dado que un trastorno psíquico era la causa del internamiento, ha invocado también **el art. 49 CE**, entendiéndolo que de cuyo mandato **sería una concreción el precepto procesal cuestionado** como garantía de los derechos de las personas incapacitadas por razón del trastorno psíquico, sin perjuicio de exigir el carácter orgánico de la regulación legal de ese internamiento.

La **Sentencia 2005/2011, de 15 de diciembre**, ha considerado constitucional la diferencia de trato que contiene el apartado 2 del art. 143 de la Ley General de Seguridad Social en el plazo de revisión de las situaciones de incapacidad permanente entre los pensionistas que están trabajando y los que no lo están. Ha estimado que esa diferencia no vulnera la exigencia de medidas de rehabilitación e integración a las personas con discapacidad a las que **obliga el art. 49 CE, a cuyos fines incluso serviría esa diferencia de trato, por facilitar a los pensionistas que trabajan la revisión inmediata de su grado de incapacidad**.

La **Sentencia 2008/2013, de 16 de diciembre**, se ha ocupado de la **libertad de expresión** en un supuesto de **humillación y burla en televisión de un discapacitado** y ha justificado la limitación de ese derecho para **proteger el derecho al honor, a la propia imagen y el respeto a la dignidad de la**

persona con discapacidad. Para ello ha invocado el art. 49 CE «y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales».

La **Sentencia 10/2014, de 27 de enero**, no ha considerado vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE el escolarizar a un menor en un centro de educación especial, por admitir que su escolarización en un centro ordinario hubiera sido inadecuada y que el menor requería un aula especial con una organización muy pendiente del mismo y un sistema de educación diferenciada. Para el Tribunal Constitucional, la adopción de esa medida excepcional era respetuosa «con el contenido de los arts. 27, 14 y 49 CE, interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España, afirmando que el **art. 49 CE ha de ser interpretado a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales celebrados por España, en concreto en la Convención de la ONU en relación con los derechos de las personas con discapacidad, que al referirse al derecho a la educación de las personas discapacitadas alude a los ajustes razonables en función de las necesidades individuales**».

La **Sentencia 77/2014, de 22 de mayo**, ha conocido de la celebración de un juicio oral sin la presencia del imputado con indicios suficientes sobre su discapacidad psíquica médicamente diagnosticada que pudiera haber influido en la comprensión de las consecuencias derivadas de su incomparecencia. La Sentencia ha estimado el amparo por considerar que **el juzgador no había valorado la condición mental del recurrente, incumpliendo con ello su deber de evitar la indefensión del justiciable** en el proceso penal, citando al respecto la STEDH de 30 de enero de 2001, causa *Vaudelle contra Francia*, según la cual la existencia de indicios de que el acusado puede sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible a los órganos judiciales desarrollar las diligencias procesales necesarias. Para el Tribunal Constitucional tal deber tendría base en el

art. 9.2 CE y en el art. 49 CE, que establece que los poderes públicos deben amparar a los disminuidos psíquicos para el disfrute de los derechos que el Título otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentran los derechos reconocidos en el art. 24 CE. Además, ha invocado la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se refiere a **ajustes adecuados del procedimiento judicial para las personas con discapacidad**.

Las **Sentencias 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio**, han conocido de la posible vulneración del derecho a la libertad personal por el internamiento no voluntario de personas discapacitadas por una enfermedad degenerativa en relación con la urgencia de la adopción de la medida, y ha entendido más adecuado que la misma se adoptara por el órgano judicial dentro del proceso de incapacitación. Ambas Sentencias muestran una especial sensibilidad por la protección de la libertad de las personas discapacitadas y, aunque no mencionen expresamente el art. 49 CE, se refieren a «los **convenios internacionales en materia de derechos de personas discapacitadas, a favor de facilitar la igualdad de derechos de estas con los demás ciudadanos y su mejor integración en la sociedad**, junto con la elección de aquel **régimen de representación o de asistencia que mejor se adapte a las circunstancias personales de cada afectado**... aspectos que no quedan en absoluto descuidados en el proceso por los arts. 756 y ss. LEC».

En relación con la limitación del derecho al sufragio activo de una persona con incapacitación parcial, el **Auto 196/2016** ha desestimado el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y ha confirmado la providencia de 23 de julio de 2016 que había inadmitido un recurso de amparo contra una Sentencia del Tribunal Supremo que, reiterando una jurisprudencia precedente, justifica la **privación judicial del derecho de sufragio activo del incapacitado parcialmente** por con-

siderarla compatible con el art. 29 de la Convención de Naciones Unidas y estimando que el órgano judicial había adoptado la decisión de forma concreta y particularizada teniendo en cuenta las circunstancias personales concurrentes. El Auto ha considerado insuficientes los argumentos del Ministerio Fiscal para cuestionar la constitucionalidad por infracción de los arts. 23.1 y 14 CE de los arts. 3.1.b) y 3.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, preceptos compatibles con el art. 29 de la Convención de Naciones Unidas, que atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre la restricción del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, de modo individualizado, en razón a las concretas circunstancias de la persona y tras el oportuno proceso judicial, pero sin poder privar de ese derecho a las personas por el mero hecho de padecer cualquier discapacidad.

El Auto cuenta con un voto particular que ha apoyado la estimación del recurso formulado por el Ministerio Fiscal. El voto recuerda que en 2011 el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad había manifestado la preocupación porque se pudiera ver restringido el derecho de voto a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, y había solicitado a España la modificación del art. 3 LOREG. Además, destaca que el art. 49 CE contiene un claro mandato de amparar a los discapacitados en el disfrute de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos, incluido el derecho de sufragio activo, cuyo desarrollo legal no puede infringir preceptos constitucionales, entre ellos el art. 49 CE, que impone la realización de una actividad de promoción del derecho por las personas discapacitadas, con la que no se cohonestan el art. 3.1 LOREG., ni ignorar lo dispuesto en el art. 29 del Convenio de Naciones Unidas. El voto cita la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de agosto de 2010, asunto *Kiss contra Hungría*, que ha afirmado que **cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la socie-**

dad, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como las personas con discapacidad mental, el Estado dispone de un margen de apreciación estrecho y debe tener razones muy poderosas para poder imponer restricciones, evitando su exclusión de la sociedad, debiendo ser objeto de un control estricto las restricciones de los derechos a estas personas.

La **Sentencia 18/2017, de 2 de febrero**, para justificar la competencia estatal en materia de tarjetas de estacionamiento en favor de personas con discapacidad, ha destacado que las mismas por sus limitaciones físicas de movilidad tienen dificultades de desplazamiento para ejercer su derecho a la libre circulación, y ha invocado el art. 9.2 CE, sobre remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del goce de los derechos y de manera específica el art. 49 CE, «que exige también a los poderes públicos que les ampare especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Ha de destacarse que la Sentencia se refiere al respecto a **«un doble mandato constitucional tanto general como específico» sobre facilitar el goce efectivo de derechos y libertades a las personas con discapacidad**.

La **Sentencia 3/2018, de 22 de enero**, ha conocido de un caso de la exclusión de un programa Individual de atención a una persona de 67 años con discapacidad intelectual declarada por tener más de sesenta años, y ello en aplicación de la Orden 1363/1997, que aprueba el procedimiento de tramitación de solicitudes y adjudicación de plazas en los centros de atención a personas con minusvalía, afectadas de deficiencia mental, que integran la red pública de la Comunidad de Madrid, incluyendo dentro de ellos centros residenciales. Esas plazas pueden solicitarse por quienes al presentar la solicitud tengan entre 18 y 60 años, un límite de edad explicable porque a partir de los 60 años existen otros programas de atención en los que ya no se exige la minusvalía. El recurrente en amparo impugnó la denegación

administrativa confirmada judicialmente de su solicitud alegando haber sido discriminado por razón de edad, rechazando la oferta que había recibido de una plaza en un centro residencial normal por necesitar cuidados especiales que le eran ofrecidos en la residencia privada en la que llevaba años, y lo que solicitaba era recibir la ayuda económica otorgada a quienes no disponían de una plaza en una residencia. Por así decirlo, demandaba un tratamiento de atención a deficientes mentales que hubiera podido obtener de haberlo solicitado antes de cumplir los 60 años.

En la demanda de amparo se invocaba sobre todo la diferencia de trato entre los deficientes mentales en función de su edad, ya que a partir de los 60 años el sistema permitía su ingreso en residencias de mayores. Desde la perspectiva aislada de la edad, la diferencia de trato podía tener fundamento, pues no implicaba una desprotección, sino una distinta protección que el demandante de amparo, o su representante, no consideraba adecuada. Por ello, **la Sentencia ha tenido que jugar conjuntamente con dos criterios vedados de discriminación, la discapacidad psíquica, en este caso por no haber sido tenida en cuenta como causa de diferenciación, y la edad como causa de diferenciación.** En este juego, como novedad a destacar, la Sentencia ha aplicado el concepto de **discriminación múltiple** en el sentido de conjugar ambos motivos para, a través de su resultado, decir que se ha producido una situación discriminatoria, y, por otro lado, ha dado mayor relieve al tema de la discapacidad que al de la edad, en la que sobre todo se había basado la demanda.

Ello puede explicar que la Sentencia haya dedicado el largo fundamento 5 al examen genérico de la discriminación por discapacidad. Ha recordado la jurisprudencia constitucional precedente, en particular las Sentencias 269/1994, de 3 de octubre, 10/2014, de 27 de enero, y 18/2017, de 2 de febrero, ha reiterando la conexión del art. 14 CE, base para el amparo, con los arts. 9.2 y 49 CE, ha invocado el

art. 10.2 CE para dar relevancia interpretativa a la Convención de Naciones Unidas, en particular la de sus arts.1, sobre el concepto de discapacidad, y 2, sobre las proscripción de discriminación por razón de discapacidad, a los ajustes razonables que incluye para garantizar a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y al art. 25, que impide a los Estados denegar de forma discriminatoria servicios de salud o de atención a la salud por motivos de discapacidad, desarrollado en el art. 10 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

El Tribunal Constitucional ha aludido también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la inclusión de los discapacitados en el art. 14 CEDH, así como la jurisprudencia del TJUE sobre los arts. 21 y 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ha utilizado la Convención de Naciones Unidas de fuente interpretativa.

Aplicando al caso esa doctrina, el fundamento 6 de la Sentencia considera **discriminatoria la negativa al tratamiento residencial de personas con discapacidad, al concederle una plaza de residencia de personas mayores y una ayuda económica hasta que no ingresase en ellas, prescindiendo de toda valoración médica y de las necesidades de tratamiento especializado**, no se le denegó la asistencia residencial para personas discapacitadas porque no la necesitase, sino porque estaba excluido por razón de edad, ni se valoró la convivencia de personas normales con el recurrente, añadiendo que la Orden 1362/1997 no justifica la exclusión por razón de edad, reconoce que las atenciones sociales continúan, estimando haber reglas posteriores y de superior rango que podían haberle sido aplicadas.

La Sentencia declara que la discriminación lo es, en primer lugar, por razón de discapaci-

dad, al haber perdido el derecho a la asistencia médica por su discapacidad psíquica, una causa que se une a la edad en cuanto el recurrente no va a tener la atención que necesita para su salud y su integración social frente a quienes en su misma situación de discapacidad tienen menos de sesenta años, y añade que el ajuste razonable pasaba por asegurar el servicio asistencial adecuado a su situación. Según la Sala, el tema no estaba tanto en la regla, que considera puede ser inconstitucional pero no lo declara así, «sino en **la negativa de las resoluciones aquí impugnadas en evitar la aplicación de aquella norma de exclusión, pese a disponer de instrumentos jurídicos suficientes para que tal aplicación no tuviera lugar**». Tales instrumentos no serían, sin embargo, tan claros, pues se basan en que otras normas no esta-

blecen tales límites, pero del razonamiento se deduce algo parecido a lo que el TJUE ha calificado de **efecto de exclusión, es decir, no aplicación de la norma contraria en este caso a los preceptos constitucionales**.

De ahí la conclusión: «al facilitar que se materializara la situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente, en los términos que han sucedido, aquellas vulneraron su **derecho a la no discriminación del art. 14 CE, cuyo contenido venimos a interpretar de acuerdo con los Convenios internacionales** suscritos por España en la materia (art. 10.2 CE), que expresamente han invocado el recurrente y el Ministerio Fiscal en sus escritos». Con ello se confirma la transcendencia que ha adquirido con el tiempo el mandato contenido en el art. 49 CE.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS ESCRIBANO, F. y CABRA DE LUNA, M. A. (Coords.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, La Ley, 2015.

CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, Universidad de Alcalá, 2012.

GÁLVEZ MONTES, J., «Art. 49», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, págs. 935-940.

GARCÍA MURCIA, J., «La integración laboral del minusválido», en PÉREZ PÉREZ, M. (Ed.), *IV Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, D. L., 1986, págs. 67-77.

GARRIDO PÉREZ, E., «El tratamiento comunitario de la discapacidad desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales*, núm. 59/01, págs. 165-192.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», en *IV Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., págs. 78-79.

LÓPEZ GUERRA, L., «Discapacitados, derechos fundamentales e igualdad en el marco de la Administración de Justicia», *La administración de justicia y las personas con discapacidad*, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ-GLIÓN MACHUCA, M. A., *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho a la protección de las personas con minusvalías», en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, págs. 1755-1801.

PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018.

VIDA SORIA, J., «Protección de los disminuidos físicos: art. 49», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales, 1996-1999, tomo IV, págs. 355-364.

Artículo 50

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD. COMENTARIO AL ARTÍCULO 50 CE A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Sumario: I. La consideración global de la protección de los ciudadanos de la tercera edad. II. Relevancia jurídica y principios informadores del art. 50 CE. III. Ámbito subjetivo de los mecanismos de protección social. IV. La garantía de suficiencia económica de las pensiones. 1. Los tipos de pensiones incluidos en el mecanismo de protección. 2. La determinación de la «suficiencia económica». A) La noción de «pensión adecuada». B) El significado de la «actualización periódica» de las pensiones. 3. La inembargabilidad de la pensión. 4. La ampliación del sistema de pensiones mediante ayudas económicas de carácter autónomo. V. La promoción del bienestar social de las personas de la tercera edad a través de servicios sociales. 1. La configuración del sistema de los servicios sociales en el conjunto del sistema de protección social. 2. Determinación de las competencias del sistema de servicios sociales entre los poderes públicos. 3. Los sistemas de cobertura de las necesidades de las personas mayores: el equilibrio entre el sistema informal y el formal o institucional. 4. El contenido de los servicios sociales de las personas mayores.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

I. LA CONSIDERACIÓN GLOBAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA TERCERA EDAD

El constituyente afronta en el art. 50 CE el problema del envejecimiento en toda su dimensión, integrando las **dos técnicas o mecanismos de cobertura** en que debe reposar el tratamiento de protección social de las personas mayores.

Por un lado, impone a los poderes públicos la obligación de garantizar a los ciudadanos durante la tercera edad la suficiencia económica a través de **«pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas»**, y, por otro, trata de promover «su bienestar social mediante **un sistema de servicios sociales** que atienda los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

El constituyente configura, así, un sistema integrado de protección de la vejez, en el que se reconoce un importante papel no solo a los mecanismos de aseguramiento social, sino al sistema de servicios sociales que amplía y complementa la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

Esa necesidad de consideración global de la protección para las personas mayores, mediante un doble mecanismo de protección social, constituye una exigencia del propio sistema de bienestar que requiere, junto al aseguramiento de un nivel de subsistencia económica, acciones específicas tendentes a garantizar a los mayores una vida digna y decente, en línea con lo previsto en el art. 9.2 CE, de promoción de la igualdad del individuo, el ejercicio efectivo de los derechos y la plena participación en todas las esferas.

La protección de la vejez —como se evidencia, en particular, en las personas en situación de dependencia— «excede de la función sustitutiva o complementaria de rentas, mediante prestaciones económicas de la Seguridad Social» e implica la provisión de servicios sociales que van más allá de la atención sanitaria (RODRÍGUEZ-PINERO, 2007, 34). El logro del bienestar social para los mayores exige superar esa visión demasiado angosta de las necesidades y tratamiento de las personas mayores, centrada exclusivamente en la debilidad económica y en el deterioro físico y psíquico, para ampliar el círculo limitado de atenciones y prestaciones a toda una serie de acciones que sirvan para eliminar las situaciones de exclusión y promover una mayor integración social de las personas mayores.

En esta línea, el art. 50 CE se preocupa de exigir a los poderes públicos una más extensa consideración de las necesidades de las personas mayores, obligándoles a dispensar una protección adecuada en el contexto de la promoción del bienestar, que abarque los múltiples ámbitos de la vida personal y social, con técnicas diversas de la cobertura propia del

régimen de financiación del sistema público de Seguridad Social, y sin predeterminar el contenido básico, ni asignar el espacio de regulación a los distintos poderes que han de intervenir.

II. RELEVANCIA JURÍDICA Y PRINCIPIOS INFORMADORES DEL ART. 50 CE

Aunque la previsión constitucional se encuentra, en el Capítulo III del Título I del texto constitucional, dentro «De los principios rectores de la política social y económica», que, como se sabe, gozan de una tutela constitucional comparativamente menor respecto de los derechos sancionados en el propio Título I (art. 53.3 CE), no cabe considerarla como una norma de escasa o nula virtualidad jurídica. Los principios rectores «lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal» (SSTC 16/1982, 80/1982), constituyen normas provistas de un valor normativo general con fuerza vinculante para todos los poderes públicos, que cumplen una función interpretativa importante de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1982).

Es evidente que no reconocen derechos directamente invocables ante los Tribunales ordinarios, ni menos ante el Tribunal Constitucional en vía de amparo (ATC 17/1981) (aunque sí por la vía de la declaración de inconstitucionalidad). Ahora bien, fijan una serie de pautas en la configuración del objeto o ámbito material que han de ser tenidas en cuenta por el legislador en cuanto que «informan la legislación positiva», de manera que, si son desconocidas, resultan judicialmente exigibles. Tienen, por tanto, una **voluntad no ya solo informadora sino «conformadora»** del fin perseguido por el precepto constitucional, convirtiéndose en parámetros de constitucionalidad de las condiciones en que ha de regularse un derecho.

Asimismo, el art. 50 CE no contiene derechos subjetivos, pero impone a los poderes públicos unas tareas con el objeto de garantizar el ejercicio de derechos sociales de las personas de la tercera edad. Dicha previsión constitucional concreta el contenido de la protección social de los ciudadanos durante la tercera edad, estableciendo un doble mandato a los poderes públicos: por un lado, garantizar «mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica», y por otro, promover «su bienestar social mediante un sistema de servicios sociales».

El precepto consagra, así, en primer lugar, la garantía de suficiencia económica de pensiones, propiciando una consideración dinámica del poder adquisitivo de los pensionistas, junto al mantenimiento de una cierta intensidad, que les permita mantener una vida digna en todo momento. La exigencia de ese elemento cualitativo y cuantitativo supone una indicación muy precisa que condiciona cualquier desarrollo normativo. El constituyente ha querido vincular la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad con la noción de las pensiones de Seguridad Social. Por tanto, en la interpretación del texto constitucional deben tenerse en cuenta los rasgos estructurales del sistema de pensiones definidos en el art. 41 CE.

Por otro lado, la norma constitucional contempla, como segundo tipo de actuación o técnica de protección, la implantación de un sistema de servicios sociales que atienda los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Del precepto analizado se desprende, asimismo, una segunda exigencia, cual es la articulación de un instrumento universal y comprensivo de atención personal a los pensionistas. En la configuración definitiva del diseño, el legislador está obligado a tomar en consideración los problemas específicos de las personas de la tercera edad en su globalidad, creando instrumentos universales y comprensivos para asegurar ese bienestar.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

No es tarea fácil concretar con precisión quiénes son los titulares de los derechos sociales reconocidos por la norma constitucional, pues la determinación del campo de aplicación del art. 50 CE presenta algunos perfiles oscuros.

A primera vista parece que los **sujetos protegidos** o destinatarios de estos mecanismos de protección son genéricamente las personas mayores. Pero el campo de aplicación, al menos por lo que se refiere a la suficiencia del sistema de pensiones, se determina con arreglo a dos criterios selectivos: uno, el concepto de la «tercera edad», y otro la condición de pensionista. El **concepto de «tercera edad»** admite una lectura amplia, asociada al «momento de declive o decadencia del desarrollo de la persona» por razón de edad, momento en que la persona «necesita especial atención asistencial y/o médica» (MONEREO y MOLINA, 2002, 1840). Ahora bien, como el constituyente ha querido poner en relación la suficiencia económica con la pensión, lo más correcto sería vincularlo a la situación de «inactividad pensionable». En consecuencia, a quien queda garantizada la suficiencia económica no es a todo el colectivo de personas mayores, sino a los distintos sujetos titulares del sistema de pensiones.

Queda la duda de si ese mismo criterio restrictivo rige también respecto del segundo mecanismo de protección social (sistema de servicios sociales). Parece que sí, ya que existe una completa interrelación entre ambos, de manera que los concretos titulares de los servicios sociales no son, al igual que en el supuesto anterior, todos los de la tercera edad, sino exclusivamente los pensionistas. A esta aseveración se llega tras comprobar que el párrafo segundo del art. 50 CE utiliza la partícula «su», refiriéndose a otros sujetos anteriormente citados, lo que induce a pensar que el ámbito de aplicación del sistema de servi-

cios sociales se corresponde con el del primer párrafo (sistema de garantía de pensiones), con lo que se identificaría con el previsto para este colectivo. No obstante, tal solución interpretativa no es óbice para que el legislador pueda hacer un diseño más generoso que contemple en general a todos los sujetos que entran dentro del concepto de la tercera edad, con independencia de si son pensionistas o no.

No ha de verse en este artículo un criterio subjetivo restrictivo de atribución de las prestaciones del sistema de servicios sociales. El art. 50 se limita a realizar una función de promoción institucional de los servicios sociales para los ciudadanos de la tercera edad, y no a crear un sistema general de servicios sociales. No es posible observar aquí la configuración subjetiva del sistema de los servicios sociales en abstracto por la Constitución. Quiénes sean los potenciales beneficiarios de los servicios sociales en su generalidad no es elemento deducible de este artículo de la Constitución.

IV. LA GARANTÍA DE SUFICIENCIA ECONÓMICA DE LAS PENSIONES

Como ya se ha señalado, el primer deber impuesto a los poderes públicos en el art. 50 CE es la referida garantía constitucional de suficiencia económica de las pensiones. Con dicho mecanismo de protección social el constituyente no se propone mejorar o ampliar la acción protectora dispensada por el sistema de Seguridad Social, sino simplemente reforzar algún rasgo estructural para asegurar un mínimo de vida digna a este colectivo de personas especialmente sensible a la evolución de la economía. En la medida en que el régimen de acceso a las pensiones viene determinado por el sistema de Seguridad Social (art. 41 CE), el precepto en cuestión no puede tener por objeto una regulación al margen de las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. El art.

50 CE no le otorga al legislador libertad de configuración para articular o condicionar de otra manera el sistema de pensiones de las personas de la tercera edad. Solo le habilita para garantizar una suficiencia económica de las pensiones públicas sin desfigurar sus rasgos.

1. Los tipos de pensiones incluidos en el mecanismo de protección

Tal habilitación para el establecimiento de unas pensiones en un nivel de suficiencia económica se constriñe a las pensiones del sistema de Seguridad Social que perciban las personas de la tercera edad. Dentro de ellas se incluyen tanto las pensiones de la modalidad contributiva como las prestaciones de la modalidad no contributiva financiadas con impuestos, donde su régimen de devengo no se determina con arreglo a cotizaciones anteriores, como sucede con las prestaciones de la modalidad contributiva, sino en atención a las situaciones de necesidad y la carencia de recursos económicos suficientes para cubrir dichas necesidades. Entre las varias pensiones reconocibles por el sistema de Seguridad Social a las personas de la tercera edad, adquieren un peso especial las **pensiones de jubilación**, previstas tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, y las **pensiones de viudedad**, que solo están contempladas en el nivel contributivo o profesional.

2. La determinación de la «suficiencia económica»

La pieza esencial de la protección garantizada en cualquiera de los dos tipos de pensión (contributiva y asistencial) lo constituye la noción de la «suficiencia económica», que no está definida por el constituyente. Ella determina el nivel de lo que debe ser garantizado, pero, teniendo en cuenta el contexto tan diverso en que se producen unas y otras pensiones, no está muy claro si significa una misma cosa o si adquiere para cada tipo de pensión significados distintos.

No puede obviarse que el nacimiento del derecho y la cuantía de la pensión no tienen un mismo fundamento. En la prestación contributiva, la situación generadora de la pensión «no se basa en la pobreza sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos por un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (jubilación, muerte, incapacidad, etcétera)» (STC 253/1988); existe, por otra parte, una correlación entre cotización y pensión (STC 38/1985). En cambio, en las no contributivas se determinan en atención a las situaciones de necesidad; no se tiene en cuenta la relación de cotización y prestación; se concede una cuantía más o menos fija, una vez que el beneficiario acredite hallarse en una auténtica situación de penuria económica.

El **concepto de suficiencia económica** puede llegar a significar cosas muy distintas dependiendo de la situación de la que trae causa la ayuda. En el contexto de la compensación frente a los eventos dañosos por la falta o minoración de ingresos generadora de las **pensiones contributivas**, la suficiencia se pondría en relación con las rentas dejadas de percibir. Por el contrario, en la consideración de las **pensiones asistenciales** que tienen por estricta finalidad atender a una situación de necesidad, la suficiencia económica tendría un alcance más limitado, relacionado con la garantía de un mínimo vital.

No está claro que el constituyente haya querido establecer una consideración diferenciada de la suficiencia económica según el riesgo o la situación de necesidad de que deriva; antes bien, parece optar por un único alcance de la protección garantizada. En efecto, el art. 50 CE, al exigir la suficiencia económica en las pensiones, no hace sino reforzar la garantía de suficiencia establecida previamente en el art. 41 CE para todas las prestaciones sociales en situaciones de necesidad. La noción de suficiencia económica del art. 50 CE no adquiere una significación distinta a la del art. 41 CE, de manera que lo que hace es, al igual que este, garantizar a los ciudadanos un míni-

mo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección (STC 104/1983). Por otra parte, acoger una noción de suficiencia medida en términos de relación de correspondencia entre contribución y pensión nos lleva a un concepto no unívoco, difícilmente aprehensible e imposible de garantizar, ya que la cuantía de la pensión estaría determinada por el historial asegurador como cotizante del beneficiario con exclusión de la capacidad del legislador de modificar dicha correspondencia para atender otras situaciones de necesidad que han de ser tenidas en cuenta y apreciadas en el contexto general del equilibrio económico financiero del conjunto del sistema. De ahí que lo más razonable sea entender que el mandato de suficiencia económica de las pensiones de la tercera edad contenido en el art. 50 lo que comporta es una función de garantía de ingresos mínimos existenciales para la persona.

Ello no quiere decir que la protección del art. 50 CE se otorgue solo en las situaciones de necesidad de las pensiones de modalidad no contributiva. Beneficiarios de este mecanismo protector lo serán también los pensionistas de nivel contributivo que tengan unas rentas consideradas insuficientes, pues «no es ocioso recordar la función de cobertura de situación de necesidad que cumplen las pensiones de Seguridad Social» (STC 5/1992).

El alcance que finalmente se atribuya al concepto de suficiencia económica de las pensiones viene determinada en el art. 50 CE en función de dos datos: a) «pensiones adecuadas», y b) «periódicamente actualizadas». Es obligado, por tanto, hacer una referencia a estos dos elementos auxiliares de definición del significado de la denominada «suficiencia económica».

A) *La noción de «pensión adecuada»*

Respecto del primer elemento, el espacio dejado abierto por el estado indeterminado del término «adecuada» no ha sido aún cubierto por

el Tribunal Constitucional, que tan solo ha podido hacer reflexiones genéricas sobre la configuración del derecho a la pensión en abstracto sin ponerlo en relación con el concepto de suficiencia económica. Entiende que «el concepto de “pensión adecuada” **no puede considerarse aisladamente**, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales» (SSTC 134/1987 y 100/1990). Las afirmaciones están hechas desde la consideración de los límites legales a las cuantías más elevadas a la vez que se mantienen y actualizan las de cuantía más baja, en atención a los recursos limitados. No se ha entrado todavía a razonar desde la perspectiva de la regulación de las pensiones mínimas, por lo que no es posible extraer conclusiones sobre las formas de articulación de ese mecanismo de suficiencia para los pensionistas con pensiones bajas y reducido nivel de rentas.

No obstante, puestos a encontrar algún significado, diríamos que el concepto de «pensión adecuada» como requisito de suficiencia económica implica el reconocimiento a los ciudadanos de la tercera edad de una pensión que garantice un mínimo de existencia vital. Ahora bien, determinar cuál es el nivel económico de subsistencia de las personas, si debe ser el salario mínimo interprofesional o cualquier otro umbral numérico, «corresponde determinarlo al legislador dentro del margen razonable de libertad que es necesario reconocerle cuando se trata de concretar un concepto indeterminado o cláusula general que es preciso coordinar con los límites que exige el respeto debido a los derechos fundamentales» (SEMPERE y CARDENAL, 2007, 473).

B) *El significado de la «actualización periódica» de las pensiones*

El planteamiento que subyace en este otro criterio que debe perfilar la garantía de la sufi-

ciencia económica se podría interpretar, en línea con lo sugerido por la Carta Social Europea (art. 12), como la obligación de elevar progresivamente el nivel de las cuantías de las pensiones, especialmente de las más bajas, de forma que los pensionistas no pierdan su poder adquisitivo. Una vez garantizada legal o reglamentariamente la existencia de una pensión adecuada, este segundo requisito supone la revalorización o la corrección de la pensión. No obstante, el entendimiento de esta exigencia está sujeto a variabilidad en función de la situación originaria de la pensión.

Tratándose de pensiones del nivel contributivo, la garantía de actualización periódica no es un principio absoluto de aplicación incondicionada. Se debe entender que está supeditada a las posibilidades financieras y a un reparto solidario de los recursos existentes. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que el concepto de pensión adecuada «**no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones**. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de actualización del sistema de pensiones» (SSTC 134/1987, 100/1990 y 49/2015).

Sin embargo, en el ámbito de las pensiones del régimen no contributivo, que «acoge el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección», esa actualización deviene en un requisito inexcusable de protección de situaciones de necesidad. Debe ser algo inherente a su configuración legal porque está instrumentada a garantizar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y a poder llevar una vida digna. Se puede decir que el art. 50 CE otorga a los pensionistas de la tercera edad del régimen no contributivo un cierto derecho a la revisión periódica de sus pensiones en un proceso de acrecimiento constante a fin de mantener su poder adquisitivo y asegurar la cobertura suficiente.

El legislador estatal tiene asumida esta garantía de actualización periódica de las pensiones, no solo de las asistenciales, sino incluso de las calculadas con arreglo a principios contributivos. Tal mandato se cumple, por un lado, mediante la **revalorización** de sus cuantías (la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones), y por otro, a través del **complemento por mínimos** (art. 59 RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, Ley General de la Seguridad Social), que es un mecanismo por el que se reconoce a los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban rentas de capital o trabajo personal o que, percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, el derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones (CAVAS y FERNÁNDEZ, 2007, 118).

3. La inembargabilidad de la pensión

Otra institución ligada a la protección mínima garantizada por el requisito de la suficiencia económica es la inembargabilidad de la pensión. El Tribunal Constitucional ha subrayado que los «límites a la embargabilidad tienen, en principio y con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Norma Fundamental), principio al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar **el mínimo económica vital del deudor**» (SSTC 113/1989 y 158/1993). En consecuencia, considera «razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción colectiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna». No obstante, para evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, considera imprescindible que «la declaración de inembargabilidad se des-

envuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital» (STC 113/1989).

4. La ampliación del sistema de pensiones mediante ayudas económicas de carácter autonómico

El art. 50 CE, al encomendar a los poderes públicos la garantía de suficiencia económica, sin prejuzgar a cuál de ellos, deja inicialmente abierta la posibilidad de que pueda haber otros provisos distintos del Estado. No obstante, con su referencia a las pensiones, parece decantarse finalmente a favor del Estado, pues si el Estado retiene todas las potestades en esta materia, al Estado le corresponderá garantizar en exclusiva la suficiencia económica de las pensiones.

No obstante, sin cuestionar la única legitimidad del Estado en esta materia, el Tribunal Constitucional ha aceptado un cierto resquicio de **intervención normativa de las Comunidades Autónomas** en materia de suficiencia económica, al admitir que, por la vía de ayudas de «asistencia social» no integradas en el sistema de Seguridad Social, se puedan complementar las pensiones de nivel no contributivo de las personas cuyos medios de subsistencia resultan insuficientes para llevar una vida digna. Así, la STC 239/2002 señala que «nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de “asistencia social” otorgasen **ayudas** de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho sistema o de su régimen económico. En definitiva, es una exigencia del Estado social de Derecho

(art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las Comunidades Autónomas que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, referida a esta zona asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE)».

V. LA PROMOCIÓN DEL BIENESTAR SOCIAL DE LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD A TRAVÉS DE SERVICIOS SOCIALES

Como se ha indicado anteriormente, el art. 50 CE, además de garantizar a los pensionistas la suficiencia económica, impone promover su bienestar social mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. A diferencia del mecanismo del sistema de pensiones, que ya contaba en el momento histórico constituyente con el soporte de la acción protectora del sistema público de Seguridad Social del Estado, el servicio social a la tercera edad como forma de organización carecía de un sistema articulado; es decir, de un instrumento universal y comprensivo de aten-

ción personal de los pensionistas. De ahí que el constituyente haya empleado el término «promover», que supone una inducción a crear un sistema de servicios sociales, entendido como la configuración de un diseño, que garantice una atención integral de sus problemas específicos.

1. La configuración del sistema de servicios sociales en el conjunto del sistema de protección social

Sobre la forma en que ha de configurarse este sistema de servicios sociales, el precepto constitucional no aporta grandes pistas, por no decir ninguna. No se ha diseñado una fórmula de organización, ni se ha concretado la intensidad de la acción protectora, ni la forma de gestión. Del art. 50 CE no se desprende, por tanto, un modelo de sistema de servicios sociales. No obstante, una cosa parece clara, cual es la necesaria configuración de la iniciativa como **un sistema unitario** con el establecimiento de elementos generales conformadores del mismo, lo que, por lógica, debe corresponder al Estado, a fin de garantizar la igualdad de todos los españoles y de asegurar el acceso y la efectividad de una serie de servicios básicos.

Las posibilidades de articulación de tal sistema que se ofrecen a priori son dos: a) un enfoque separado, autónomo o diferenciado del régimen público de Seguridad Social, o b) un diseño integrado en el sistema público de Seguridad Social.

Aun cuando los mecanismos de protección de la Seguridad Social y los de asistencia y de servicios sociales tienen ciertas áreas en común (de la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia y servicios sociales internos al sistema de Seguridad Social), y se tiende a una consideración más global de los sistemas de protección social y del conjunto de las piezas que lo componen (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2007, 34), la opción constitucionalmente más correcta sería crear un sistema

de servicios sociales fuera de la acción protectora de la Seguridad Social. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la cobertura de prestaciones técnicas y servicios requeridos por un sistema de servicios sociales «excede de la función sustitutiva o complementaria de rentas, mediante prestaciones económicas, de la Seguridad Social»; y en segundo lugar, porque es un ámbito de competencias concurrente en el que el Estado ha de dejar espacio para el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia de asistencia social y de servicios sociales.

En el momento actual **no existe una regulación estatal del sistema de servicios sociales**. Los servicios sociales carecen de una ley general que delimite el objeto y regule las condiciones básicas de acceso a las prestaciones. No obstante, una parte importante del modelo ha quedado configurado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. El legislador estatal ha previsto, con fundamento en los arts. 49 y 50 CE, un mecanismo asistencial y de servicios sociales llamado «sistema para la autonomía y atención a la dependencia» (SAAD), que constituye «un subsistema del sistema de servicios sociales y uno de los núcleos fundamentales del mismo junto a los servicios sociales de base (también denominados de atención primaria, generales o comunitarios)» (RODRÍGUEZ CASTEDO, 2007, 146).

2. Determinación de las competencias del sistema de servicios sociales entre los poderes públicos

El concepto de «servicio social», simplemente enunciado en el art. 50 CE, no es una materia que integre un título competencial específico. Ni el art. 149 CE (competencias exclusivas del Estado) ni el art. 148 CE (competencias de las Comunidades Autónomas) aluden al mismo. Existe, por tanto, una indeterminación en cuanto a quién corresponde dicha competencia. No obstante, en tanto

que orientado a garantizar con carácter universal una serie de prestaciones técnicas en sus niveles básicos y una financiación basada en la solidaridad, es evidente que el **Estado** goza de una capacidad de intervención. La competencia del Estado para regular en esta materia se basaría en el mismo título competencial que ha justificado la creación del mecanismo de atención a la dependencia; esto es, el **art. 149.1.1 CE, que sería un título perfectamente invocable** en el supuesto de que el legislador optara por regular los elementos generales reguladores del sistema de servicios sociales, ya que corresponde al Estado garantizar los valores a la igualdad y solidaridad en materia de protección social (STC 124/1989).

En todo caso, parece claro que este título competencial no habilita al Estado para una regulación extensiva y completa del sistema de servicios sociales, pues las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias como las de asistencia social, que se interfieren en este ámbito. Tal concepto de asistencia social no está definido en el texto constitucional. Por tal ha de entenderse, según el Tribunal Constitucional, «una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines», dispensada «por entes públicos o por organismos de pendientes de entes públicos» (STC 146/1986). Independientemente de su discutible identificación con los servicios sociales, desde las Comunidades Autónomas se ha propiciado, de siempre, una consideración integrada de los mismos en el concepto de asistencia social. Tan es así que todos han terminado aceptando —también el Estado, que ha hecho muy poco por reivindicar su espacio— como un título competencial propio de las Comunidades Autónomas. De hecho, han sido las que han cubierto el vacío existente en materia de servicios sociales, creando sus propias estructuras y mecanismos asistenciales y de servicios sociales.

Con todo, y habida cuenta de que el art. 50 CE exige que el conjunto de prestaciones técnicas

que los poderes públicos puedan otorgar en materia de servicios sociales estén caracterizadas por su integración en un «sistema» unitario, habría de partirse de la base de la competencia del legislador estatal para establecer, desde la referida garantía de igualdad y solidaridad en materia de protección social, una regulación que estructurase y ordenase las prestaciones técnicas requeridas, fijando —al estilo de la Ley de la dependencia— «los niveles básicos o esenciales de las prestaciones, y para asegurar la efectividad y exigibilidad territorial de los correspondientes derechos». Más allá de esa elaboración de elementos generales, a las **Comunidades Autónomas** les correspondería completar el sistema, incluso con **desarrollos normativos diferenciados**, pues la exclusividad de la competencia de asistencia social (art. 148.1.20 CE) «permite a aquellas optar por configuraciones diferentes en sus territorios respectivos» (STC 239/2002).

Para determinar su alcance podría servir de pauta, como se acaba de indicar, lo regulado en la Ley de protección frente a la dependencia, donde el legislador ha establecido elementos y conceptos comunes, indisponibles para las Comunidades Autónomas y, al mismo tiempo, ha dejado espacio a las iniciativas autonómicas para establecer modalidades o subsistemas distintos de cobertura de la dependencia, adoptando «una perspectiva “multinivel” de protección en la que, más allá del nivel mínimo, se prevé, e incluso, se fomenta por el Estado, mediante su cooperación y financiación, la existencia de niveles adicionales de atención a las Comunidades Autónomas y, en su ámbito, de las Corporaciones Locales» (RODRÍGUEZ-PINERO, 2007, 37).

3. Los sistemas de cobertura de las necesidades de las personas mayores: el equilibrio entre el sistema informal y el formal o institucional

El art. 50 CE es, como se ha señalado al principio, un texto moderno en la concepción de los posibles mecanismos de cobertura del

conjunto de necesidades de las personas mayores de edad, por cuanto integra y sitúa en su justa posición las distintas instancias de provisión de los servicios sociales. Por una parte, alude al sistema tradicional de atención a los mayores basado en el apoyo familiar; no ignora, en tal sentido, el papel esencial que corresponde desempeñar a la familia, más allá de la obligación de alimentos impuesto por los arts. 142 y 143 CC, en la cobertura de los cuidados a las personas mayores. Y por otro, hace referencia a todo un sistema asistencial de cuidados formales, suministrados por los poderes públicos.

Pero adopta un enfoque que supone «**la superación definitiva de la vieja relación de subsidiariedad de la iniciativa pública respecto de la privada**, en particular la familiar» (MONEREO y MOLINA, 2002, 1843). El art. 50 CE viene a propiciar una actuación preeminente de las instituciones públicas a favor de las personas mayores, en detrimento del papel tradicional de los mecanismos sociales informales. Y ello porque el constituyente, al buscar el bienestar social, ha optado por un objetivo amplio y ambicioso respecto de la protección de los mayores de edad. La consecución del bienestar social como objetivo fundamental excede de las limitadas posibilidades de las familias de atención de las personas mayores y obliga a crear instrumentos de protección que aseguren a la persona de la tercera edad la plena participación en la vida social y el ejercicio de los derechos y libertades como un ciudadano más. La opción constitucional supone, por ello, ampliar y completar la acción protectora dispensada por la familia y por el propio sistema público centrada en poco más que en la atención sanitaria a las personas de edad, aceptando una expansividad casi sin límites de la acción de los poderes públicos.

Este enfoque se ha convertido, además, en una forma ineludible de afrontar el problema de la provisión de bienestar de las personas mayores, dadas las limitadas posibilidades actuales del sistema de apoyo informal, esto es, de los familiares y terceros, para hacerse

cargo de la atención plena de los mayores. Ese papel de protección de los mayores, asignado secularmente a la familia, y la mayoría de las veces a las mujeres, incluso en la etapa constitucional vigente, es asumido cada vez más por el Estado, ante una insuficiente cobertura del sector informal. La evolución de la familia (reducción de miembros, la desestructuración, etc.), el envejecimiento demográfico de la población, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y otros cambios sociales y culturales, están actuando en contra del papel primordial que ha jugado tradicionalmente la familia en la atención de los mayores y están obligando a los poderes públicos a desempeñar una función sustitutiva o complementaria de la familia.

El problema es que, pese a que el precepto constitucional sitúa en el primer plano la promoción de los servicios sociales y obliga, en definitiva, a una mayor acción de los poderes públicos, el sistema no es capaz de asegurar con carácter universal la satisfacción de las múltiples necesidades sociales de las personas mayores. El sistema público no puede prever todos los instrumentos de servicios sociales necesarios para una atención personalizada y directa de las personas mayores, ni subvencionar todos los costes personales de las necesidades de las personas que envejecen.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el precepto constitucional no asigna un papel único a los poderes públicos. La Constitución impone crear los instrumentos de protección social necesarios para una adecuada respuesta institucional a las necesidades de los mayores, pero reconoce también un espacio de actuación propio a la familia. Ambos sistemas no se contraponen, sino que se complementan. Independientemente de que la Constitución preferencia a los poderes públicos, la consecución del bienestar social y una vida digna, decorosa y participativa no siempre requiere «cuidados formales». El bienestar de los mayores está más bien asociado a la autonomía y al mantenimiento de su capacidad de elección sobre sus proyectos vitales y la inde-

pendencia en su vida cotidiana. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la acción pública en esta materia puede exteriorizarse y plasmarse en muy diversas medidas; no en todos los casos se requieren residencias o centros día, porque incluso la atención a la dependencia es posible garantizarla mediante un conjunto diversificado de servicios de proximidad —sociales y sanitarios— y mediante el apoyo institucional a las familias cuidadoras encargadas del cuidado informal, que en ocasiones desarrollan su labor (invisible y no reconocida) en condiciones indignas. Así, resulta que la oferta más requerida por las personas mayores es la ayuda para desenvolverse en su vida cotidiana.

En consecuencia, el gran reto reside en **integrar el sistema de apoyo informal en un sistema de protección social global**, buscando la **complementariedad**, de forma que se pueda garantizar el mantenimiento y atención en el entorno habitual como es el deseo de la gran mayoría de las personas mayores, junto a un conjunto diversificado de servicios que puedan ser utilizados simultáneamente y que «puedan combinarse con flexibilidad y eficacia para adaptarse a la situación concreta de dependencia y a la evolución que experimenta a lo largo del tiempo» (SANCHO, DÍAZ, CASTEJÓN, DEL BARRIO, 2007, 39). Solo de no ser posible la atención mediante el apoyo familiar o el servicio de ayuda a domicilio tendría sentido plantear el alojamiento en centro residencial, bien dentro de la red pública, o bien en algún centro privado, financiando al beneficiario total o parcialmente el coste del servicio. Esta política es la más secundada a nivel europeo y la que, por otra parte, se revela como la alternativa más viable económicamente (MONEREO y MOLINA, 2002, 1844).

4. El contenido de los servicios sociales de las personas mayores

La acción protectora prevista en el precepto constitucional apunta al establecimiento de un elenco de servicios en el que se distinguen

los servicios de salud, vivienda, cultura y ocio. En coherencia con el ambicioso objetivo fijado de bienestar social de las personas mayores, el precepto constitucional obliga a los poderes públicos a la provisión de una serie de servicios sociales vinculados a las distintas necesidades y contextos y factores ambientales en las que personas envejecen.

En el diseño de tal conjunto de servicios sociales se advierte la pretensión de superar lo que ha sido el tratamiento tradicional de las personas mayores, circunscrito al ámbito sanitario y a ciertos servicios y cuidados específicos propios de las situaciones de dependencia. La opción constitucional, al haber previsto servicios que aseguran a las personas mayores otro tipo de atenciones más ligadas a la satisfacción de necesidades sociales o culturales, refleja una manera de **afrontar la vejez desde el «enfoque del ciclo vital»**.

Desde la OMS se propicia, asimismo, una consideración amplia del envejecimiento como la prevista en la Constitución. En el documento «Envejecimiento activo: Un marco político»,

elaborado en la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (2002), se apuesta por un envejecimiento activo entendido como «el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen».

El sistema público de servicios sociales habrá, pues, de suministrar a este colectivo, aparte de una buena atención sanitaria primaria y especializada, así como en el caso de enfermos en situación de dependencia la prestación de cuidados para promover su autonomía personal, toda una serie de prestaciones destinadas a mejorar su calidad de vida, cualquiera que sea su independencia o capacidad de estas personas. En tal sentido, las Administraciones están obligadas a diseñar intervenciones y programas adaptados a las diferentes situaciones de este grupo de población y, especialmente, puesto que en ello se pone especial énfasis, a impulsar políticas de promoción de la salud, de protección de la vivienda y de tipo educativo o cultural, así como de tiempo libre o de ocio.

BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F., «Acción protectora no contributiva (Pensiones complementos a mínimos y prestaciones familiares)», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.

MONEREO, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. R., «El derecho a la protección de las personas de la tercera edad», en MONEREO, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. R. y NIEVES MORENO, M. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

RODRÍGUEZ CASTEDO, A., «La acción protectora futura», en IV Jornadas Técnicas de Seguridad Social sobre «La Seguridad Social del futuro», *Foro de Seguridad Social*, núms. 18/19, 2007, pág. 146.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los objetivos generales de la protección de las personas en situación de dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007.

SANCHO CASTIELLO, M., DÍAZ MARTÍN, R., CASTEJÓN VILLAREJO, P. y DEL BARRIO TRUCHADO, E., «Las personas mayores y las situaciones de dependencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007.

SEMPERE NAVARRO, A. y CARDENAL CARRO, M., «La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional», en TORTUERO PLAZA, J. L. (Dir.), *Cien años de Protección Social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, M.º de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

Artículo 51

- 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
- 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.*
- 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*

LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS *

Sumario: I. La justificación de la inclusión de la protección de los consumidores en el texto constitucional: la consecución de un cierto reequilibrio en el mercado. II. Análisis general del contenido del artículo 51. 1. La distinción entre unos derechos o intereses de carácter básico y otros de carácter instrumental. A) La salud y la seguridad. B) Los legítimos intereses económicos. C) La mención a los «procedimientos eficaces». D) El fomento de las organizaciones de consumidores. 2. La omisión de una noción del sujeto destinatario de esta especial protección: el consumidor y usuario. La apuesta por una concepción transversal. 3. La difícil justificación e interpretación del apartado tercero del artículo 51 CE. III. Las consecuencias jurídicas de la proclamación constitucional de la protección de los consumidores. 1. La protección de los consumidores como un principio rector de la política social y económica. El mandato a los poderes públicos. 2. Un mandato a los poderes públicos que también vincula a estos en sus actividades empresariales o prestacionales. 3. Su valor para justificar la modulación de otros derechos constitucionales, en particular la libertad de empresa. IV. El desarrollo normativo de la protección de los consumidores. 1. La protección de los consumidores como un elemento transversal que impregna los diferentes sectores del ordenamiento. 2. La noción jurídica de defensa del consumidor en sentido estricto. A) Las normas sustantivas de defensa del consumidor. B) Las normas instrumentales de defensa del consumidor. 3. En especial, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A) De la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al Texto Refundido de esta Ley y otras leyes complementarias B) La concreción de los intereses recogidos en el artículo 51 CE por el TRDCU. C) La inconstitucionalidad del sistema de graduación de las infracciones. V. La distribución de competencias en la materia de protec-

* Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P. Fondos FEDER.

ción a los consumidores. 1. El artículo 51 CE no es un título atributivo de competencias. 2. Cuadro general de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia. El artículo 51 CE tampoco sirve como criterio delimitador.

MANUEL IZQUIERDO-CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG

CATEDRÁTICOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

I. LA JUSTIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL: LA CONSECUCIÓN DE UN CIERTO REEQUILIBRIO EN EL MERCADO

Hasta bien entrada la segunda mitad del siglo xx, los poderes públicos no se plantearon la necesidad de acometer una especial protección de los consumidores. De un lado, se partía de que, en general, las reglas del mercado y la libre competencia situaban a los consumidores, no ya en los árbitros entre los empresarios competidores, sino incluso en los verdaderos soberanos y beneficiarios de ese sistema económico. La teoría jurídica liberal reflejaba este mismo planteamiento sobre todo con el Derecho de los contratos, presidido por el principio de la autonomía de la voluntad capaz, de por sí, según se aceptaba, de prestar tutela suficiente a los consumidores sin requerir intervenciones y limitaciones específicas. De otro lado, no obstante, se admitían amplias intervenciones administrativas allí donde el mercado y la libre competencia no fueran suficientes. Así, además de convertir sectores fundamentales en servicios públicos, lo que entrañaba la exclusión de las reglas normales del mercado, se aceptaban las típicas limitaciones de policía para garantizar, sobre todo, la seguridad y la salubridad de los bienes y servicios ofrecidos. También existía una intervención pública para garantizar la honradez de las transacciones comerciales y,

después, para ordenar sectores económicos especialmente relevantes o sensibles (banca, seguros, medicamentos, etc.). Pero nada de ello, aunque con frecuencia suponía una garantía para los consumidores, estaba presidido formalmente por esa finalidad. Se trataba, si acaso, de una **protección indirecta** (se tutelaban intereses distintos pero el consumidor obtiene un beneficio como efecto reflejo) e **indiferenciada** (se protege al consumidor, pero igual que a cualquier otro que adquiera los mismos bienes o disfrute de los mismos servicios). Ni siquiera se detectaban unos intereses específicos de los consumidores. De hecho, el de consumidor era prácticamente un concepto desconocido para el Derecho, que lo veía solo como comprador, arrendatario o usuario de tal o cual servicio, sin que su condición de consumidor resultara relevante.

En ese contexto, la incorporación de una mención a la protección del consumidor en los textos constitucionales que se enmarcan dentro del constitucionalismo moderno no ha sido algo habitual y hay que esperar a las Constituciones más recientes. Así, el antecedente inmediato y fuente de inspiración en la decisión de incluir esta proclamación en la Constitución española fue la **Constitución portuguesa de 1976**.

Con este reconocimiento constitucional no solo se está dando una mayor valoración a los intereses de los consumidores, sino que, antes que ello, se está reconociendo la propia

existencia de esos intereses, y no solo la de los intereses individuales de cada consumidor, sino también y sobre todo, la de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios como categoría.

Ese cambio de planteamiento que lleva a estas proclamaciones constitucionales y que ellas mismas impulsan se debe fundamentalmente a dos **causas**. Primero, nunca antes el consumo alcanzó los niveles actuales ni la importancia que se le reconoce hoy, cuando gran parte de la población accede a un nivel de vida que le permite disfrutar de numerosos bienes y servicios. Segundo, el progreso tecnológico ha aumentado la diversidad y la complejidad de los bienes y servicios hasta alcanzar un nivel que supera la capacidad de conocimiento del consumidor más versado que, por eso mismo, es incapaz de controlar individualmente los riesgos y de defenderse; también la globalización de los mercados, la digitalización y las nuevas formas de actuación empresarial hacen que tampoco sea fácil saber ni siquiera con quién se contrata ni las condiciones de la contratación. Todo esto coloca al consumidor en una posición débil que le impide actuar en su propio beneficio con un mínimo de racionalidad y que incluso le incapacita para cumplir su función en el mercado como árbitro de los empresarios competidores.

Todas las políticas de defensa de los consumidores parten, con unas u otras variantes menores, de este diagnóstico y aspiran solo a restablecer una cierta igualdad. No hay nada en ellas contra la sociedad de consumo. Su finalidad, por el contrario, es que esa sociedad de consumo funcione razonablemente bien, conforme a sus propios mecanismos y valores. Menos todavía se trata de políticas contra el mercado, sino al contrario, aunque con algunas correcciones, dirigidas a preservarlo y a garantizar su correcto funcionamiento. Así, lo que se ha consolidado es una política de defensa de los consumidores conforme al **sistema de mercado**, que simplemente confiere especial valor y específica tutela a los intereses de aquellos. A lo sumo, sobre este núcleo

esencial, en los últimos años se han ido añadiendo algunas actuaciones públicas a favor del consumo responsable y sostenible, que incorporan una llamada de atención frente al consumismo y las consecuencias medioambientales que los actos de consumo generan.

Con todo lo dicho hasta ahora, se evidencia la conexión entre el art. 51 CE y la basal cláusula del **Estado social** proclamada en el art. 1.1 CE, convirtiéndose aquel precepto en una clara manifestación de dicha cláusula constitucional, «tanto por partir de una previa desigualdad de hecho, de la insuficiencia del individuo aislado para satisfacer sus necesidades en el mercado, de la precariedad de las declaraciones de una libertad meramente formal, como por aspirar a una igualdad y libertad reales mediante acciones colectivas o públicas» (REBOLLO, 1990, 365).

II. ANÁLISIS GENERAL DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 51

Aunque en el constitucionalismo comparado, la fuente de inspiración del art. 51 CE se encuentra en la Constitución portuguesa de 1976, en lo relativo a su concreto contenido, los **referentes** deben buscarse en la «Carta europea de protección al consumidor», aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973 —resolución núm. 543—, y en el «Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores», aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 (*DOCE C 92*, de 25 de abril de 1975).

1. La distinción entre unos derechos o intereses de carácter básico y otros de carácter instrumental

Los textos internacionales que se acaban de mencionar enumeraban, sin distinción alguna, una serie de derechos de los consumidores y añadían, con mayor o menor detalle,

las acciones que debían emprenderse para garantizar tales derechos. Por su parte, el art. 51 CE, además de prescindir del término derecho —de ello nos ocuparemos más adelante—, distingue dos categorías en estos derechos o intereses de los consumidores: por un lado, los derechos o **intereses básicos** o sustantivos, que son los que se incluyen en el ap. 1.º (la salud y la seguridad, y los legítimos intereses económicos), y por otro, los derechos o **intereses instrumentales**, a los que se refiere el ap. 2.º (la educación e información, y la representación y consulta). Más aún, incluso el mandato que se dirige a los poderes públicos en uno y otro supuesto también difiere: para los primeros, «garantizarán»; para los segundos, «promoverán». Esta distinción tuvo su origen en el debate de la ponencia constitucional mantenido en el Senado. Se trata de una distinción que refleja generalmente una realidad, aunque en ocasiones esa relación instrumental desaparece y los denominados intereses instrumentales se convierten en un fin en sí mismos o en un medio para fines distintos de los recogidos en el art. 51.1 CE [así si, como no puede ser de otra manera, se parte de que los Organismos Modificados Genéticamente (OMG) que acceden al mercado son seguros para los consumidores, la imposición al productor del deber de informar en su etiquetado si utiliza estos organismos en sus alimentos solo puede justificarse por el derecho a la información en sí mismo, sin conexión con ninguno de los otros derechos básicos]. Pero lo cierto es que la posterior legislación estatal y autonómica de protección de los consumidores ha enumerado sin distinción alguna todos esos intereses en un **cuadro único de derechos de los consumidores** (*vid.* el art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —en adelante, TRDCU—). En cualquier caso, debe destacarse que la tipología y la propia intensidad de los medios jurídicos que se utilizan en unos u otros casos es dife-

rente (p. ej., la garantía de la salud y la seguridad se hará fundamentalmente imponiendo deberes y restricciones y utilizando otros medios coactivos, mientras que el derecho a la educación se perseguirá a través de medios prestacionales y de fomento).

No procede ahora un análisis detallado de cada uno de estos derechos —más adelante ofreceremos un cuadro general (IV.3.B)—, pero sí una serie de reflexiones derivadas directamente de la propia formulación constitucional.

A) *La salud y la seguridad*

En cuanto a la seguridad, que aparece sin calificación alguna, surge la duda de a qué concreta seguridad se está refiriendo: seguridad en los abastecimientos, seguridad económica, seguridad física, etc. A nuestro juicio, los planteamientos de carácter económico deben quedar excluidos de esta mención a la seguridad que se efectúa en el art. 51.1 CE. Por tanto, ha de entenderse que la referencia se hace a la **seguridad física**. Entre los conceptos de salud y seguridad existe una íntima relación que, en ocasiones, hace prácticamente imposible su distinción. De una forma aproximada se podría decir que la noción de salud se vincula a la idea de enfermedad; y que la noción de seguridad, a la de integridad física, a la de vida y a la de patrimonio. No obstante, las actuales definiciones de salud adoptadas por organismos como la Organización Mundial de la Salud incluyen también en este concepto la perspectiva de la integridad física y de la protección de la vida frente a accidentes: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Debe reconocerse que esta proclamación constitucional es en buena medida **reiterativa** de otras ya existentes en la Constitución. Así, en el art. 43 CE «se reconoce el derecho a la protección de la salud» (de cualquier ciudadano y, por tanto, también en su faceta de con-

sumidor) y se establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas [...]»; o el propio art. 15 CE, cuando proclama el «derecho a la vida y a la integridad física [...]». Con esta concreción en el ámbito de los consumidores y usuarios de proclamaciones constitucionales de alcance más general se consigue subrayar la importancia que tiene la protección de este colectivo y, en cualquier caso, se le da un soporte constitucional más sólido y claro a las actuaciones de los poderes públicos en este ámbito (por ej., la fijación de la dosis y condiciones de uso de un aditivo alimentario o las exigencias de seguridad de un juguete).

B) *Los legítimos intereses económicos*

Como ha destacado la doctrina, «si bien los derechos a la salud y a la seguridad se configuran como absolutos, el derecho a la protección de los intereses económicos se matiza al exigir que esos intereses sean legítimos» (BERCOVITZ, 1987, 26). Lógicamente, no se van a proteger los intereses ilegítimos, pero lo que con esa expresión se quiere poner de manifiesto es que en ese ámbito los intereses en juego no son exclusivamente los del consumidor, sino también los de las otras partes que intervienen en el tráfico económico (productores, importadores, distribuidores, comerciantes, etc.) e incluso ciertos intereses públicos (por ej., contención de la inflación, facilitar el acceso a ciertos productos básicos...). Será la normativa de desarrollo, tras valorar los intereses en juego, la que concrete esos legítimos intereses económicos (por ej., el concreto plazo de la garantía legal de los productos o el alcance de la responsabilidad civil por productos defectuosos).

C) *La mención a los «procedimientos eficaces»*

El art. 51.1 CE establece que la comentada garantía de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumi-

res se tiene que alcanzar mediante procedimientos eficaces. Ciertamente, como han destacado algunos autores, esa referencia a la eficacia de los procedimientos parece innecesaria por cuanto se presupone. Sin embargo, a nuestro juicio, tal mención puede prestar un **apoyo argumental** a regulaciones procedimentales en el ámbito de la protección de los consumidores que excepcionan algunas de las reglas generales del procedimiento administrativo (p. ej., la retirada de un producto no seguro del mercado sin audiencia previa a los interesados); o la utilización de ciertas instituciones jurídicas de discutible aplicación general (p. ej., la determinación por la propia Administración de la reposición de una situación a su estado originario en caso de comisión de una infracción en materia de protección al consumidor o incluso la fijación de la correspondiente indemnización); o la imposición a los operadores económicos de unos servicios eficaces de atención al cliente; o la justificación de unos procedimientos administrativos de resolución de reclamaciones; o, en fin, la propia existencia de un arbitraje de consumo.

D) *El fomento de las organizaciones de consumidores*

El art. 51.2 CE menciona a las organizaciones de consumidores en una enumeración de distintos instrumentos para la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, estas organizaciones se sitúan en un plano distinto al que puedan estar, p. ej., otros instrumentos como la educación de los consumidores. Como se verá más adelante, el art. 51 CE contiene un mandato de protección a los consumidores cuyos destinatarios son los poderes públicos. Sin embargo, la **heterotutela de los intereses o derechos de los consumidores**, junto a los poderes públicos, descansa sobre otro pilar esencial que son las organizaciones de consumidores [*vid. supra*, IV.2.B)]. Baste por ahora decir que la Constitución utiliza la expresión «**organizaciones**», lo que permite un ámbito subjetivo más amplio que

aquel que deriva del ejercicio del derecho de asociación recogido en el art. 22 CE; y que impone a los poderes públicos su fomento, lo que sin duda alguna incluye las ayudas económicas pero también otros muchos instrumentos jurídicos.

2. La omisión de una noción del sujeto destinatario de esta especial protección: el consumidor y usuario. La apuesta por una concepción transversal

La Constitución no define el concepto de consumidor y usuario. Por tanto, es el legislador ordinario quien debe delimitar una noción más o menos amplia, donde se resuelvan cuestiones tales como si en esa concepción solo caben las personas físicas o también algunas personas jurídicas. La realidad es que no existe una única noción legal de consumidor, sino una pluralidad con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales. Una clara muestra de lo que se acaba de decir es el art. 3 TRDCU, que lleva por título «Concepto general de consumidor y de usuario», y que dispone:

«A efectos de esta norma y *sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto*, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (la cursiva es nuestra).

En cualquier caso, lo que sí está claro es que el art. 51 CE permite, e incluso obliga si se quiere una efectiva protección de estos, contemplar a los consumidores y usuarios en todas sus facetas y, por tanto, en todos los sec-

tores económicos: el consumidor es el comprador de alimentos o de productos de higiene o de ropa, y el cliente de los comercios tradicionales; pero lo es por igual el usuario de entidades de crédito, de actividades turísticas, de transportes públicos, de servicios sanitarios, o de aguas, de telefonía, de televisión, de espectáculos de todo género, de servicios de inversión, el comprador o arrendatario de vivienda, el destinatario de gran parte de la publicidad, el cliente de profesionales liberales, etc. Así, la política de defensa de los consumidores a la que obliga el art. 51 CE no se circunscribe al comercio ni a ningún sector económico concreto. Es una **política esencialmente transversal y general**, no sectorial. Junto con la de defensa de la libre competencia, son las dos políticas que afectan a todos los ámbitos de la actividad económica; incluso la de protección de los consumidores es más extensa, pues llega a sectores donde, por las causas que sea (servicios públicos, monopolios u otras limitaciones) la competencia ha sido eliminada.

Finalmente, resta decir que la Constitución y la mayor parte de la legislación estatal y autonómica dictada en este ámbito se refieren a «consumidor y usuario». Con ello solo se pretende incluir por igual al adquirente o potencial adquirente de bienes o productos (consumidor) y al utilizador real o potencial de servicios y actividades de todas clases (usuario), pero de esta **dualidad terminológica** no se deriva un régimen jurídico diferente y no hay ningún reparo en la utilización de un concepto amplio de consumidor que englobe también al usuario.

3. La difícil justificación e interpretación del apartado tercero del artículo 51 CE

De manera prácticamente unánime, la doctrina ha destacado la no necesidad y la falta de técnica de este apartado. En primer lugar, su ubicación sistemática resulta desconcertante: no recoge ningún principio informador de

la política social y económica y, a pesar de ello, se encuadra en el Capítulo III del Título I de la Constitución; y frente a las consecuencias jurídicas generales que con respecto al mencionado Capítulo establece el art. 53.3 CE, aquí solo se encuentra un mandato al legislador.

Además, tampoco es fácil encontrar una justificación fundamentada a su inclusión en el art. 51 CE. El constituyente quiso de esta manera establecer una relación expresa entre la regulación del comercio interior y la autorización de productos comerciales con la protección de los consumidores, y ello quizá con la idea de que estos dos eran los ámbitos más trascendentes para la protección al consumidor. Sin embargo, en la actualidad, tal planteamiento resulta erróneo, lo que se prueba con solo atender a la relevancia del sector servicios, e incluso esa autorización de productos comerciales como técnica administrativa de intervención ha quedado mayoritariamente en desuso, salvo en algún ámbito específico (p. ej., medicamentos o alimentos modificados genéticamente).

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PROCLAMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. La protección de los consumidores como un principio rector de la política social y económica. El mandato a los poderes públicos

El art. 51 se ubica en el Capítulo III del Título I, esto es, la protección de los consumidores se configura como uno de los principios rectores de la política social y económica. No procede ahora un estudio general de lo que significa esta ubicación sistemática, para lo que nos remitimos al comentario correspondiente al ap. 3.º del art. 53 CE, precepto que proclama que estos principios rectores «informarán la legislación positiva, la práctica

judicial y la actuación de los poderes públicos» y añade que «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Será allí donde se analizarán los debates doctrinales en torno a la eficacia jurídica directa de estos principios rectores o a si se trata solo de declaraciones programáticas que deben ser desarrolladas legislativamente para poder desplegar sus efectos jurídicos y solo así poder ser invocadas ante los Tribunales. En cualquier caso, la STC 14/1992, de 10 de febrero (ponente: Leguina Villa), precisamente a propósito del art. 51 CE, contiene un claro posicionamiento al respecto:

«Este precepto (el art. 51 CE) enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de su contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución. Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran laxitud, que pueden ser realizadas con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)» (FJ 11).

Por tanto, el art. 51 CE significa, ante todo, aunque no exclusivamente, que la política de defensa de los consumidores deja de ser una opción más o menos generalizada, pero que

igualmente puede abandonarse, para convertirse en algo **constitucionalmente impuesto a los poderes públicos**. La Constitución impone una actuación de los poderes públicos hacia un fin concreto, la protección de los consumidores, pero lógicamente no define la forma específica en que esa actuación deba producirse, que dependerá del momento histórico y de las opciones políticas predominantes. No se condiciona, por tanto, la forma jurídica que haya de adoptar esa actuación de los poderes públicos: no impone una ley que establezca el estatuto del consumidor, ni impide que se desarrolle mediante una protección indirecta o indiferenciada. El art. 51 CE tampoco significa que tenga que surgir un nuevo sector del Derecho, un **Derecho especial** que regule el estatuto del consumidor. No ha ocurrido así en otros países, donde, no obstante, ha prendido con fuerza la protección del consumidor. De Alemania, por ejemplo, se ha dicho que el Derecho de los consumidores «no ha logrado arraigar como Derecho especial», pero «ha triunfado como tenía que hacerlo: desapareciendo o diluyéndose en el Derecho general tras haber contagiado o contaminado a este de sus principios y valores» (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1991). En realidad, más que diluyéndose en el Derecho general, lo hace en múltiples y diversos sectores del ordenamiento. Los poderes públicos pueden cumplir, y efectivamente cumplen, el mandato del art. 51 CE con muy **diversas normas jurídicas**.

Por su parte, el art. 1.1 de la LGDCU proclamó, y así lo reitera ahora, aunque con peor redacción, el también art. 1 TRDCU, que la defensa de los consumidores «tiene el carácter de **principio general informador del ordenamiento jurídico**». Sobre esta proclamación, la STC 15/1989, de 26 de enero (ponente: Díez-Picazo y Ponce de León), consideró que aunque pudiera tacharse de superflua o innecesaria, «en realidad no incorpora, ni produce, redefinición alguna de los supuestos a los que es aplicable el art. 53.3», sino que simplemente se está «reiterando, en otros términos, que esa defensa, constitucionalmente garantizada (art. 51.1 CE), “informará la legislación positiva, la

práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE) [...]» (FJ 2).

2. Un mandato a los poderes públicos que también vincula a estos en sus actividades empresariales o prestacionales

Esta garantía de defensa de los consumidores que se impone a los poderes públicos opera no solo cuando frente a ese consumidor lo que hay es un empresario o profesional desarrollando una actividad de carácter privado, sino también cuando lo que se encuentra es a la propia Administración Pública actuando como un empresario más en el mercado o realizando actividades de servicio público en las que suministra prestaciones *uti singuli* a los ciudadanos (p. ej., los servicios públicos de abastecimiento de agua o de transporte público o, incluso, de sanidad o de educación). Ninguna duda hay de que también en estos supuestos las Administraciones Públicas están sometidas a este mandato constitucional. Sin embargo, sin negar ese sometimiento a este mandato, las dificultades surgen, en aquellos supuestos en los que la Administración presta servicios públicos en sentido estricto, a la hora de dilucidar el tipo de relación que se establece entre la **normativa reguladora del servicio público** y la normativa general de protección al consumidor, y si aquella desplaza a esta en mayor o menor medida, y el alcance de las potestades de los órganos administrativos propiamente de defensa del consumidor en estos ámbitos.

3. Su valor para justificar la modulación de otros derechos constitucionales, en particular la libertad de empresa

La consagración de los intereses de los consumidores con rango constitucional tiene un significado adicional muy relevante, pues ofrece una justificación plena para modular algunos derechos constitucionales con este fin. Ello es trascendental precisamente para justificar límites a

la libertad de empresa, que es en lo que esencialmente se traduce la protección del consumidor. De hecho, la protección de los consumidores es hoy un título de legitimación formidable para fundamentar la intervención de los poderes públicos en la economía, acaso el título más potente y fácil para justificar intervenciones con finalidad estricta y directamente económica.

IV. EL DESARROLLO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

1. La protección de los consumidores como un elemento transversal que impregna los diferentes sectores del ordenamiento

Como se ha dicho, el art. 51 CE no impone un determinado modelo normativo para la protección de los consumidores ni requiere la creación de un Derecho especial. Más bien al contrario, su vocación debe ser orientar e impregnar muy diversas regulaciones y diluirse en diferentes sectores del ordenamiento.

Debe afectar, y lo ha hecho notablemente, al **Derecho privado**, tanto al civil como al mercantil: en la regulación de las relaciones precontractuales; de los contratos en general (p. ej., la regulación de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas); de algunos contratos en particular (p. ej., los celebrados fuera de establecimiento mercantil, los celebrados a distancia, los de constitución de derechos de aprovechamiento por turno de inmuebles de uso turístico, los de viajes combinados, etc.); de la responsabilidad extracontractual (p. ej., la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos); de las normas de competencia desleal (p. ej., las prácticas comerciales desleales con los consumidores); de la publicidad, etc.

Es conveniente que tenga algún reflejo en el **Derecho penal**. De hecho, hay algunos delitos que están configurados específicamente para la protección del consumidor (además de otros

tipos, *vid.* la Sección 3.^a del Capítulo XI del Código Penal, que lleva por título «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores»).

Necesita asimismo, al menos conforme a nuestro sistema, una intensa actuación administrativa y, en ese sentido, afecta al **Derecho administrativo**. Pero dentro de este reclama no solo de una específica actividad administrativa dirigida precisamente a la defensa del consumidor, sino sobre todo afectar a múltiples sectores en los que, junto con otros, están implicados los intereses de los consumidores. Hay, así, una actividad administrativa que propiamente puede considerarse de defensa de los consumidores y una legislación que regula esa actuación con ese fin. Pero hay además otras muchas actuaciones administrativas reguladas por otras legislaciones que no son de defensa del consumidor, sino de entidades de crédito, sanidad, comercio, turismo, industria, vivienda, medicamentos, telecomunicaciones, transporte, metrología, seguros, electricidad, gas, publicidad, defensa de la competencia, ejercicio de profesiones, etc., en las que confluyen distintas finalidades públicas pero en las que también se desarrolla la política de defensa de los consumidores y en las que se da cumplimiento al mandato del art. 51 CE.

Por último, todo lo anterior debe encontrar un complemento capital en el **Derecho procesal**, porque precisamente el acceso a la justicia de los consumidores o la instauración de sistemas alternativos (mediación y arbitraje) se ha considerado siempre un aspecto imprescindible para la efectividad real de las normas en beneficio de los consumidores. De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 prestó una especial atención a los medios procesales de protección de los consumidores, apareciendo sus intereses como el ejemplo más sobresaliente de intereses colectivos necesitados de formas de tutela novedosas. O las previsiones contenidas en la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Siendo así, se comprende que el conjunto de normas y medidas protectoras no forman una unidad ni son homogéneas jurídicamente: ni lo pretenden ni sería posible, salvo con un cambio radical de todo el sistema jurídico que jamás han propiciado las políticas públicas de defensa del consumidor. Habrá numerosas normas con ese designio protector; pero tendrán ámbitos distintos de aplicación, utilizarán conceptos diferentes, contemplarán relaciones jurídicas diversas... y, diluidas en muchos sectores del ordenamiento, participarán de sus heterogéneas técnicas y principios. Finalmente, debe advertirse que muchas de esas normas tienen su origen en la **Unión Europea**, donde el art. 12 TFUE proclama que «al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores» y, en particular, el art. 169 TFUE recoge la competencia compartida de la Unión para la protección de los derechos de los consumidores como una política específica.

2. La noción jurídica de defensa del consumidor en sentido estricto

Dentro de ese amplio y heterogéneo conjunto normativo que protege a los consumidores, se ha desarrollado una parte que es específicamente eso y que es imprescindible delimitar. Se debe, por tanto, elaborar una noción jurídica de defensa del consumidor, que es más reducida que la de la política con esa finalidad y más reducida también que el conjunto de normas y actuaciones públicas que sirven a la protección de los consumidores. A este respecto, hay que distinguir entre lo que se pueden llamar normas sustantivas y normas instrumentales.

A) *Las normas sustantivas de defensa del consumidor*

Las normas sustantivas son las que de cualquier forma imponen o permiten imponer a quienes ofrecen bienes y servicios en el mer-

cado deberes o limitaciones que protegen a los consumidores o, por lo menos, establecen lo que estos pueden esperar de aquellos. Esto se hace en numerosas normas que no son propiamente de defensa del consumidor (por ej., las de vivienda, banca, transporte, servicios públicos, seguros, metrología, seguridad industrial o de locales públicos, deontología profesional, denominaciones de origen, etc.). No se han convertido, salvo excepciones, en normas de defensa del consumidor y, por ello, las aplican órganos administrativos que no tienen como función o competencia la defensa del consumidor. Pero también hay normas limitativas o prohibitivas que se aprueban precisamente como defensa del consumidor, justamente con esa finalidad y ese título legitimador. La distinción es algo arbitraria y en gran parte basada en razones históricas o coyunturales, pero es relevante para el Derecho. Desde este punto de vista, la defensa del consumidor en sentido estricto tiende a configurarse como algo **residual**: es aquello que protege al consumidor y que no forma parte de algún otro sector del ordenamiento.

B) *Las normas instrumentales de defensa del consumidor*

La misión de estas normas instrumentales es poner al servicio de los consumidores no solo las normas sustantivas que estrictamente sean defensa del consumidor, sino toda esa infinidad de normas que establecen, con los más diversos fines, el comportamiento obligado de quienes ofrecen bienes y servicios en el mercado. Consisten fundamentalmente en dos cosas:

a) En primer lugar, en convertir a las **asociaciones u organizaciones de consumidores** en un cauce para la defensa de estos respecto de todas las normas y actuaciones públicas en que sus intereses estén implicados. De ninguna forma quedan acantonadas a aquellos ámbitos materiales formalmente configurados como de defensa del consumidor. Bastará alguna muestra: sería completa-

mente erróneo entender que solo deben ser oídas cuando se vayan a aprobar normas dictadas formalmente como de defensa del consumidor, pues, por el contrario, debe dárseles audiencia, como dejan claro las leyes, ante disposiciones que afecten a los consumidores, incluso cuando se trate de regular servicios públicos; más absurdo aún sería constreñir su legitimación procesal o administrativa a aquellos supuestos en que invoquen normas formalmente aprobadas como de defensa del consumidor y no cuando se trate de normas sobre sanidad o defensa de la competencia o seguridad industrial.

b) En segundo lugar, en otorgar **potestades a las Administraciones** bien para hacer efectivas las normas que de cualquier forma determinan la conducta que han de observar quienes ofrecen bienes y servicios a los consumidores y usuarios (p. ej., potestades inspectoras o de restablecimiento de la legalidad), bien para proteger o garantizar por otros medios los derechos de los consumidores (p. ej., las actuaciones administrativas de educación e información, habilitaciones para instar acciones judiciales o la gestión del sistema arbitral de consumo). Estas potestades las otorgan las normas (leyes) de defensa del consumidor en sentido estricto, pero no existen solo ni principalmente para hacer efectivas las normas sustantivas formalmente dictadas como de defensa del consumidor, sino todas las que de alguna forma determinan aquello que pueden esperar conforme a Derecho de los sujetos con los que se relacionan. Así, p. ej., sería disparatado decir que las oficinas de información al consumidor no son instrumento para informar de normas de telefonía o de vivienda o de seguridad industrial; o que las potestades otorgadas por la legislación de defensa del consumidor para retirar del mercado productos insalubres o inseguros no se pueden emplear para hacer efectivas normas de sanidad o de seguridad industrial; o que las potestades de la inspección de consumo no son válidas para vigilar el cumplimiento de normas dictadas como ordenación de la banca, o

comercio, o sobre hidrocarburos, o sobre establecimientos turísticos, etc.

Estas normas instrumentales y, en concreto, esas potestades administrativas se superponen a muy diversos sectores del ordenamiento y, sin alterarlos materialmente, los convierten en un arsenal al servicio de los intereses de los consumidores. Son las que de verdad dan una idea cabal del significado jurídico de la defensa de los consumidores y sobre todo de la amplitud de la actuación administrativa con este fin. Con ellas, la defensa del consumidor conserva su carácter general y transversal.

En **resumen**, la defensa del consumidor, en sentido jurídico estricto, está compuesta, de una parte, por una serie de normas sustantivas dictadas formalmente con esa finalidad y que fundamentalmente imponen límites a las actuaciones de quienes ofrecen bienes o servicios a los consumidores; y de otra, más importante, por una serie de normas instrumentales que ponen todas las normas que establecen el comportamiento correcto de los operadores en el mercado al servicio de los intereses de los consumidores, ya sea con las asociaciones de consumidores, ya sea con las Administraciones Públicas, a las que se confieren potestades precisamente con ese fin de defensa de los derechos de los consumidores.

3. En especial, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

A) *De la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al Texto Refundido de esta Ley y otras leyes complementarias*

El **legislador estatal** optó por aprobar una ley general directamente dirigida a cumplir el mandato del art. 51 CE: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Esta Ley — cuyo contenido era heterogéneo tanto por las

materias reguladas como por el enfoque dado y su grado de desarrollo o abstracción— ofrecía solo un cuadro general que había de ponerse en conexión y completarse con otras leyes del Estado que eran y son, en su conjunto, las que plasman jurídicamente la política estatal de defensa de los consumidores. Ese mismo planteamiento de aprobación de una ley general fue el seguido por prácticamente todas las **Comunidades Autónomas**, que regulan en estas leyes fundamentalmente los instrumentos administrativos para la protección de los consumidores (inspección, régimen sancionador, medidas cautelares, actividad de fomento, etc.).

Este panorama cambia en parte con el mencionado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Es cierto que en el TRDCU se han incluido, junto con la LGDCU, otras leyes sobre la materia (la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; y algunos preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista), pero ahí no están todas. Desde luego, sigue existiendo una extensa legislación de defensa de los consumidores que ni remotamente se podría haber incluido en tal refundición, como la que se contiene en la LEC o en el Código Penal. Pero es que, además, la misma habilitación para la aprobación de este Texto Refundido que contenía la Ley 44/2006 ya limitaba la refundición de manera algo arbitraria, en función de que se tratara de leyes «de transposición de Directivas». Incluso al margen de ese pie forzado, el TRDCU hace nuevas exclusiones (p. ej., la relativa a la Ley de Crédito al Consumo) que intenta justificar en su Exposición de Motivos con razones, si acaso, de técnica legislativa o de mera opor-

tunidad, pero que, desde luego, no demuestran que sean menos defensa de los consumidores que las que sí se han refundido. En definitiva, el resultado es muy **heterogéneo**, sin que se haya conseguido un conjunto armonioso —lo que, por otra parte, era muy difícil teniendo en cuenta que se trataba de un mero Texto Refundido—.

B) *La concreción de los intereses recogidos en el artículo 51 CE por el TRDCU*

No procede ahora un análisis detallado del contenido del TRDCU, pero sí se debe recoger, siquiera sea sintéticamente, la forma en la que esta ley realiza una primera concreción de algunos de esos intereses de los consumidores a los que se refiere el art. 51 CE y que sirve de marco a otros desarrollos normativos, legales y reglamentarios. En este sentido, el art. 8 TRDCU, que lleva por título «Derechos básicos de los consumidores y usuarios» —a diferencia de lo que ocurre en el art. 51 CE, aquí sí se habla expresamente de derechos—, enumera los siguientes:

- «a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elabora-

ción de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.»

En cuanto al **derecho a la salud y seguridad**, el art. 11 TRDCU establece el deber general de que «los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros» y añade que «se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas». Se trata de un deber jurídico directamente exigible y ello sin perjuicio de que pueda ser objeto de concreción para los más diversos tipos de productos y servicios.

En cuanto al **derecho a la información y educación**, sin perjuicio de ciertas referencias a las funciones propias de las organizaciones de consumidores y de una mención a la actividad de fomento y a actividades prestacionales por parte de las propias Administraciones Públicas (p. ej., el papel de los medios de comunicación social de titularidad pública), este también se concreta mediante la imposición de un deber a los empresarios: «todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales [...]» (art. 18.2 TRDCU). A continuación, la ley enumera una serie de aspectos que ayudan a delimitar ese concepto jurídico indeterminado que es el de «características esenciales».

En cuanto a los legítimos **intereses económicos y sociales**, el art. 19 se limita a decir que «deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación». Esto es, un deber de carácter incompleto que, a diferencia de los anteriores, necesita de otras prescripciones normativas para su concreción. E íntimamente conectado con estos legítimos intereses, el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios.

Finalmente, en cuanto al **derecho de representación y consulta**, el Título II del TRDCU contiene el régimen básico de las asociaciones de consumidores, así como la regulación de la audiencia y consulta en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general y en otras cuestiones de su interés, que se articula a través del Consejo de Consumidores y Usuarios —órgano en el que se integran las asociaciones de consumidores que se consideran más representativas—.

C) *La inconstitucionalidad del sistema de graduación de las infracciones*

El **art. 50.1 TRDCU** establecía que «las infracciones podrán calificarse por las Administraciones públicas competentes como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia». En una cuestión de inconstitucionalidad, la STC 10/2015, de 2 de febrero (ponente: Martínez-Vares García) anuló dicho precepto al considerar que «posponía la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior y, por ende, externo a la previsión legal en contra de la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el art. 25.1 CE» (FJ 3). Las consecuencias de esta anulación han sido limitadas, pues buena parte de la legislación autonómica

regulaba con mayor detalle el sistema de graduación de las infracciones.

V. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

1. El artículo 51 CE no es un título atributivo de competencias

El art. 51 CE dirige un mandato a los poderes públicos para garantizar la defensa de los consumidores, pero eso no significa que cualquier poder público y, en particular, cualquier poder territorial (Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones Locales) pueda, solo sobre la base de dicho mandato, desarrollar las actuaciones que estime oportunas para la defensa de los consumidores. Tal planteamiento es erróneo y debe rechazarse frontalmente. El art. 51 CE no altera ni un ápice las reglas generales de distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (fundamentalmente, art. 149 CE y Estatutos de Autonomía), y las que corresponde a las Administraciones Locales (derivadas de la legislación estatal y autonómica).

2. Cuadro general de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia. El artículo 51 CE tampoco sirve como criterio delimitador

Ni el art. 148.1 ni el 149.1 CE se refieren a la defensa del consumidor, pero los Estatutos de Autonomía la han configurado como una materia objeto específico de distribución de competencias. Así, desde el primero, el vasco. Su art. 10 dice que esta Comunidad Autónoma «tiene competencia exclusiva» sobre «defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior», esto es, «sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del

Estado y la legislación sobre defensa de la competencia». Todos, hasta hoy con los Estatutos de nueva hornada, mantienen ese punto de partida de hacer una distribución de competencias sobre la materia defensa del consumidor; y, en general, se tiende a declararla de la exclusiva competencia autonómica, aunque con matizaciones no coincidentes. Por tanto, el primer y principal problema es **acotar esa materia**.

Se comprende, con lo dicho más arriba sobre el carácter transversal de la protección al consumidor, que esa materia no puede abarcar todo aquello donde se manifieste la política de defensa de los consumidores, incluso aunque sea cumplimiento del mandato del art. 51 CE. Es mucho más reducida. El Tribunal Constitucional lo expresa al afirmar que la defensa del consumidor «es un concepto de gran amplitud y de contornos imprecisos» [SSTC 202/1992, 95/1984, de 18 de octubre (FJ 7) y 86/1982, de 30 de noviembre (FJ 2)]. Pero para superar tales dificultades será de ayuda el **concepto jurídico estricto de la defensa del consumidor** que expusimos, aunque no pueda establecerse como criterio absoluto. Por tanto, a efectos de la distribución de competencias en la materia defensa del consumidor entran, de un lado, las **normas sustantivas** que establecen el comportamiento de quienes ofrecen bienes y servicios a los consumidores y, por las razones que sea, se presentan como tales y no como parte de algún otro sector del ordenamiento; y, de otro lado, aquellas **normas instrumentales** que regulan la actuación de las asociaciones de consumidores en defensa de los intereses que les son propios y las que regulan la actuación de las Administraciones Públicas para hacer valer específica y directamente los intereses de los consumidores.

Además, hay que tener en cuenta que los Estatutos atribuyen a la respectiva Comunidad Autónoma competencias sobre la materia defensa de los consumidores sobre la base del primer inciso del art. 149.3: «Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitu-

ción podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». Siendo así, hay que afirmar de inmediato que lo único que pueden atribuir a la respectiva Comunidad Autónoma es aquella parte de la defensa del consumidor en sentido estricto que no está comprendida en alguno de los apartados del **art. 149.1 CE**. En esto último ha insistido el Tribunal Constitucional que, además de otros títulos, ha reconocido la validez del art. 149.1.1.^a CE, sobre condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, como título estatal válido para incidir en la defensa de los consumidores. Así se lee en la citada STC 15/1989, de 26 de enero, sobre la Ley estatal de Defensa de los Consumidores:

«Dada la singularidad de la materia sobre la que versa la Ley, el Estado dispone *a priori* de diversos títulos de competencias constitucionalmente indisponibles para todas las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y usuario [...] La defensa del consumidor y usuario nos sitúa [...] ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1, 6, 8, 10, 13, 16 y 29 de la CE, principalmente).»

Especialmente reveladora es la STC 62/1991, de 22 de marzo (ponente: Gimeno Sendra):

«[...] en razón del carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consu-

midor (STC 71/1982, FJ 2.^o), resultante de normas sectoriales reconducibles a otras materias sobre las que el Estado tiene atribuidas competencias, la competencia exclusiva de Galicia en la defensa del consumidor y usuario queda limitada por la competencia exclusiva estatal en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art. 149.1.1.^a CE), y las competencias reservadas sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.) en diferentes números del art. 149.1 CE, o, por decirlo en los términos de la STC 15/1989, “ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía” (FJ 2).

En parecidos términos, aunque precisando que esto será así «sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales», se pronuncia la STC 31/2010, de 28 de junio (ponente: Casas Baamonde, FJ 10.70). Con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que en estos casos los métodos de encuadre competencial «deberán tener muy presente, el contenido, sentido y finalidad de los preceptos controvertidos, así como la **preferencia de los títulos competenciales específicos sobre los generales**» (STC 45/2015, FJ 3). Aplicando este planteamiento, la STC 62/2016, de 17 de marzo (ponente: Martínez-Vares García) falla que la regulación autonómica de una causa de suspensión de la interrupción del suministro eléctrico por impago «presenta una conexión más estrecha con el ámbito del sector energético, de preferente aplicación, dado el carácter específico del mismo, lo que determina el desplazamiento de los títulos competenciales “consumo”...» (FJ 5).

Con lo dicho, la materia competencial defensa de los consumidores adquiere un carácter doblemente residual y quedan fuera de ella todas aquellas normas y actuaciones públicas que, incluso aunque sean expresión de la política ordenada por el art. 51 CE, se diluyen en cualquier otro sector del ordenamiento y, en especial, todas aquellas que de cualquier for-

ma entren en las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1 CE. En cualquier caso, puede añadirse que estas competencias estatales serán fundamentalmente de **carácter normativo**, correspondiendo la inmensa mayoría de las **competencias ejecutivas** propiamente de defensa del consumidor a las Comunidades Autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coords. J. SALAS y R. BERCOVITZ, Civitas, Madrid, 1992.

- *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Coords. G. BOTANA y M. RUIZ, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Coord. E. LLAMAS POMBO, La Ley, Madrid, 2005.
- *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Dirs. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO-CARRASCO, Iustel, Madrid, 2011.
- *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Dir. MIRANDA SERRANO, Iustel, Madrid, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid 1987.

BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *Revista de Administración Pública*, núm. 87.

CAZORLA PRIETO, L. M.^a, «Comentario al art. 51», en *Comentarios a la Constitución*, Dir. F. GARRIDO FALLA, Civitas, Madrid, 1985.

GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración*, Civitas, Madrid, 2002.

IZQUIERDO CARRASCO, M., «Régimen jurídico de la protección de la clientela en los servicios prestados por las entidades de crédito», en *Derecho de la Regulación. X. Sistema Bancario*, Dirs. MUÑOZ MACHADO y VEGA SERRANO, Iustel, Madrid, 2013.

- «Los deberes impuestos al comerciante con la finalidad de proteger a los consumidores», en *Derecho de la Regulación. IX. Comercio Interior*, Dir. REBOLLO PUIG, Iustel, Madrid, 2013.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Iberdrola, 1994.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho», *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje prof. E. García de Enterría)*, Civitas, Madrid, 1991.

REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989.

- «La actividad administrativa de limitación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Coords. J. I. FONT GALÁN y F. LÓPEZ MENUDO, INC, Madrid, 1990.

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M., *Manual de la inspección de Consumo*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., «La participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos», *Estudios sobre Consumo*, núm. 70, 2004.

RUIZ-RICO, J. J. y CONTRERAS, M., «Art. 51. Defensa de los consumidores y usuarios», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo IV, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996.

Artículo 52

La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Sumario: I. Introducción. II. Sentido y alcance del precepto en la doctrina constitucional: la polémica sobre la adscripción obligatoria. III. Breve apunte competencial.

MATILDE CARLÓN RUIZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ACREDITADA AL CUERPO DE CATEDRÁTICOS DE UNIVERSIDAD
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
EXLETRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La introducción del artículo que nos ocupa entre los «principios rectores de la política social y económica» contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución se explica como un desgajamiento del precepto que, con intención omnicompreensiva, ofrecía en la redacción original del Proyecto de ponencia del Congreso una atención unificada a las organizaciones profesionales junto con los sindicatos y las organizaciones empresariales —regulados finalmente en el art. 7 CE— y los Colegios Profesionales —a los que se dedicó de forma independiente el art. 36 CE—. Esto explica las claras concomitancias entre los preceptos, que se muestran con más intensidad **en la comparación entre el art. 52 y el 36, lo que se ha traducido, en la doctrina del Tribunal Constitucional, en la dificultad de dotar de un perfil unívoco a estas organizaciones y al alcance de las previsiones constitucionales sobre las mismas.** Así lo demuestra la reiteración de votos particulares en las sucesivas sentencias que, en sentido divergente, han tratado de un precep-

to que, paradójicamente, en las primeras interpretaciones del texto constitucional fue tachado de superfluo (ALZAGA, 1978, 343; GÁLVEZ, 1980, 575). La jurisprudencia al respecto es, con todo, escasa.

II. SENTIDO Y ALCANCE DEL PRECEPTO EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: LA POLÉMICA SOBRE LA ADSCRIPCIÓN OBLIGATORIA

El precepto que nos ocupa —conviene atenderse a su literalidad— se refiere a **las «organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios».** Respecto de ellas establece una **reserva de ley**, cuyo **único condicionante expreso es la exigencia de que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos.**

La «laxitud de la expresión» constitucional —en los términos de la STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 10— **ha permitido al Tribunal Constitucional reconducir a este precepto una**

serie de entidades de Derecho público de base corporativa —como las Cámaras de Comercio o las Cámaras Agrarias, de origen decimonónico—, **con la consecuencia de atraer a la interpretación del art. 52 CE muchas de las dificultades que plantea la exégesis del art. 36 CE en relación con la naturaleza de los Colegios Profesionales** y, por ende, con los márgenes de libertad del legislador para su ordenación. Y, de forma muy particular, en lo que se refiere a la exigibilidad de adscripción forzosa —uno de los rasgos caracterizados de la *institución* colegial entendida en sentido clásico, a cuyas «peculiaridades» apela el art. 36 CE—, cuestión esta respecto de la que **la jurisprudencia constitucional ha generado resoluciones contradictorias**.

A este respecto, no deja de sorprender que la famosa STC 76/1983, de 5 de agosto, caracterice —sin mayor argumentación— las «agrupaciones profesionales» del art. 52 CE como «Corporaciones de Derecho público», caracterización que la STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3, solo contempla como posible en relación con los «entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos», con cita, también, de los arts. 36 y 131 CE. Sucesivamente, la STC 132/1989, de 18 de julio, advierte en su FJ 10 que «no es posible encontrar en la Constitución, y concretamente en su art. 52, una garantía de un contenido esencial, intocable por el legislador, consistente en una determinada estructura, conjunto de funciones o nivel de autonomía. El artículo citado se refiere a “organizaciones profesionales”, dentro de las cuales, y ante la laxitud de la expresión, *pueden comprenderse sin dificultad entidades de tipo corporativo*, como las Cámaras Agrarias. Pero los requisitos que este artículo establece respecto de su regulación se refieren a la reserva de ley, a que su estructura y funcionamiento interno sean democráticos [...], y a que tales organizaciones contribuyan “a la defensa de los intereses económicos que les sean propios”, lo que no es incompatible con que esa defensa se realice mediante la colaboración con la Administración y la re-

presentación ante ella de esos intereses mediante los procedimientos que la ley establezca».

Sobre estas bases, el Tribunal no duda en afrontar de forma unitaria las cuestiones planteadas por lo que reconoce genéricamente como «Corporaciones de Derecho público» —tanto las del art. 36 como las del 52—. Y ello a pesar de que en las SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9, y 179/1994, de 16 de junio, FJ 5, se afirma, sin mayor desarrollo, que para el caso de los Colegios Profesionales el art. 36 CE establece una garantía institucional inexistente en el seno del art. 52 CE —y que, dicho sea de paso, la sucesiva jurisprudencia respecto del art. 36 CE diluye—. En todo caso, su consideración basilar como «formaciones sociales» genera «cierto grado de tensión interpretativa en el interior de la Constitución, cuyos polos se sitúan en el principio general de libertad y en la libertad negativa de asociación (arts. 11 y 22 CE), por una parte, y en la previsión constitucional de estos grupos, auténticamente “bifrontes”, tal como resulta de diversos preceptos constitucionales (arts. 9.2, 36 y 52 CE)» (STC 113/1994, FF.JJ. 9 a 11, glosando las SSTC 67/1985, de 24 de mayo; 132/1989, de 18 de julio, y 139/1989, de 20 de julio).

De ahí que se plantee la **compatibilidad con el derecho de asociación de la creación mediante Ley de entes corporativos de base profesional, particularmente en la medida en que impliquen —bajo una fórmula u otra, en su caso a través de la exigencia de pago de una cuota cameral— la exigencia de adscripción forzosa**. Siendo así que se pretende extraer —indistintamente de los arts. 36 y del 52 CE— una teoría única sobre los criterios para establecer la constitucionalidad de una «determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria», en los términos del FJ 12 de la STC 113/1994 y del FJ 8 de la STC 179/1994. Se establece, pues, un **«test de constitucionalidad» común desglosado en tres límites impuestos al legislador**

(FERNÁNDEZ FARRERES, 1994, 28), todos los cuales giran en torno al criterio de la adscripción obligatoria:

— **La adscripción obligatoria no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente.** No puede, en definitiva, quedar afectada la libertad de asociación en su sentido originario, o positivo: lo que en la STC 132/1989 se llamó «límite externo», recogido anteriormente en el punto b) de la STC 67/1985, FJ 3.B).

— **El recurso a esta forma de actuación administrativa** que es, al propio tiempo y antes que nada, una forma de agrupación social creada *ex lege*, incluida la previsión de adscripción forzosa, **no puede ser convertida en la regla** sin alterar el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de libertad (art. 1.1 CE) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político (art. 10.1 CE).

— En tercer lugar, **la adscripción obligatoria a estas Corporaciones públicas**, en cuanto «tratamiento excepcional respecto del principio de libertad» que implica desconocer la libertad de asociación en su vertiente negativa, **debe encontrar suficiente justificación**, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no puede erigirse en juez absoluto de dicha «dificultad», en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación, pero sí podrá identificar legítimamente aquellos supuestos en los que, *prima facie*, tal imposibilidad o dificultad no se presente.

Es precisamente **en la identificación de los márgenes de apreciación del legislador en este punto en el que el propio**

Tribunal se ha topado con más dificultades. De hecho, en relación con la adscripción forzosa a las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana, la propia STC 113/1994 confirmó, en vía de amparo, su inconstitucionalidad, declarando expresamente derogados los preceptos preconstitucionales que la exigían. Sucesivamente, en relación con las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, la STC 179/1994 —al resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad— consideró que esta no estaba suficientemente justificada a la vista de sus concretos fines, tal y como quedaron reflejados en la normativa preconstitucional anterior a la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de dichas Cámaras, recientemente sustituida por la Ley 4/2014. Una solución, sin duda, no exenta de polémica, reflejada en los dos votos particulares a la sentencia, uno de los cuales anticipa el sentido de la posterior STC 107/1996, de 12 de junio, que al resolver una cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley Básica de 1993 —perfectamente tributaria de la normativa preconstitucional que la STC 179/1994 declaró inconstitucional—, concluye que las funciones jurídico-públicas encomendadas a las Cámaras en dicha Ley presentan clara relevancia constitucional, asumiendo que debe reconocerse al legislador un margen máximo para ponderar la dificultad para obtener los fines públicos inherentes a esas funciones a efectos de valorar la justificación de la adscripción forzosa como medio imprescindible para lograrlo. Esta sentencia contó, a su vez, con un voto particular suscrito por cuatro Magistrados, y de ella se hace eco la sucesiva STC 225/2006, de 17 de julio, FJ 2, para resolver un amparo.

La vigente Ley 4/2014, de 1 de abril, mantiene para las que pasan a denominarse Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación el criterio de la adscripción universal, pero no exige ya —como anticipó el Real Decreto-ley 13/2010— ninguna aportación obligatoria de los miembros de las Cámaras, sin que hasta el momento haya sido puesta en cuestión

su constitucionalidad. Las Cámaras Agrarias, por su parte, han sido virtualmente liquidadas por las Ley 18/2005, de 30 de septiembre.

Conviene advertir, con todo, que **el Tribunal Constitucional, sorprendentemente y aun por vía indirecta, no duda en incardinar en el art. 52 CE «agrupaciones profesionales» que carecen de toda dimensión pública.** Así, en la STC 52/2007, de 12 de marzo, se le reconoce legitimación a la Asociación Gallega de Técnicos de Laboratorio para ejercitar una acción en defensa de los intereses de sus asociados, afirmando que «la interpretación que realiza la resolución judicial impugnada, negando a una asociación profesional, por el hecho de no ser sindical, la legitimación para actuar en defensa de los intereses que le son propios, se compadece mal con el reconocimiento constitucional como derecho fundamental del derecho de asociación (art. 22 CE), así como con la llamada a la ley que efectúa el art. 52 CE para la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios» (FJ 4).

No olvidemos, dicho sea de paso, que el art. 131.2 CE llama a las agrupaciones profesionales, junto con los sindicatos y otras organizaciones empresariales y económicas, a asesorar y colaborar con el Gobierno para la elaboración de proyectos de planificación económica, lo que encuentra cierto reflejo en el art. 9 de la citada Ley 4/2014.

III. BREVE APUNTE COMPETENCIAL

Desde la STC 76/1983 —referida de forma inmediata a «las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos», en los términos del precepto impugnado: el art. 21 del Proyecto de la LOAPA—, viene reconociéndose **dentro de la competencia que al Estado atribuye la regla 18.^a del art. 149.1 CE la competencia del legislador estatal para fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse, en su**

organización y competencias, las Corporaciones, en tanto ejercen potestades públicas. En esta línea insistieron, en relación con las Cámaras Agrarias, la STC 132/1989, de 18 de julio, y la STC 22/1999, de 25 de febrero, para matizar esta última sentencia que la intensidad de las bases estatales apoyadas en aquel título es menor cuando afecta a las Cámaras Agrarias que cuando se refieren a «Administraciones públicas en sentido estricto», toda vez que «son corporaciones de afiliación voluntaria, que solo de modo parcial participan de la naturaleza propia de las Administraciones Públicas, sin que, por lo demás, deba olvidarse que se trata de corporaciones vinculadas a la Administración de las Comunidades Autónomas, no a la Administración estatal» (FJ 2). De ahí precisamente que **el margen competencial de las Comunidades Autónomas dependa, a su vez, de los títulos materiales que se correspondan con el ámbito de actuación de las Corporaciones** (POMED SÁNCHEZ, 2001, 23-33).

La sucesiva STC 206/2001, de 22 de octubre, proyecta esta doctrina al conocer de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra determinados preceptos de la Ley Básica de 1993 en relación con las Cámaras de Comercio, determinando el alcance de la legislación estatal básica al afirmar en su FJ 4 que, siendo «claro que el Estado puede, con base en el art. 149.1.18 CE, calificar a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de Derecho público en razón de su idoneidad para la consecución de fines de interés público», al Estado corresponde, en ejercicio de dicho título, regular su régimen jurídico básico, en tanto organizaciones que desempeñan funciones administrativas (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; 132/1989, de 18 de julio, FJ 23), incluyendo la fijación de sus funciones y fines característicos —como la función cameral de fomento de exportaciones, característica y distintiva de las Cámaras de Comercio en la Ley 3/1993—, y la incorporación de algún instrumento administrativo idóneo al respecto «en sus trazos generales».

BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA VILLAAMIL, O., *Constitución española de 1978*, Madrid, 1978.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el derecho de asociación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994.

GÁLVEZ, J., «Artículo 52», en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 573 y ss.

POMED SÁNCHEZ, L., «Colegios profesionales. Administración corporativa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 2001, págs. 19 y ss.

**DE LAS GARANTÍAS DE LAS LIBERTADES Y DERECHOS
FUNDAMENTALES [ARTS. 53 A 54]**

Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo 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 art. 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo II 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.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Sumario general:

La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador, por **MANUEL MEDINA GUERRERO**

Las específicas garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, por **MANUEL MEDINA GUERRERO**

La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución Española, por **JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO**

ARTÍCULO 53.1

LA EFICACIA VINCULANTE DE LOS DERECHOS FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS; EN ESPECIAL, FRENTE AL LEGISLADOR

Sumario: I. La vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades del Capítulo II. 1. La aplicabilidad inmediata de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos. 2. La doble vertiente de la vinculación de los poderes públicos a los derechos. II. La reserva de ley. 1. Sentido y alcance de la reserva del art. 53.1 CE. 2. El legislador limitador de los derechos y libertades. III. Las garantías de los derechos frente al legislador. 1. La garantía del contenido esencial. 2. El principio de proporcionalidad.

MANUEL MEDINA GUERRERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. LA VINCULACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEL CAPÍTULO II

El art. 53.1 de la Constitución comienza precisamente declarando la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I (a saber, desde el derecho a no ser discriminado —art. 14— hasta la libertad de empresa —art. 38—). No es preciso insistir en que el constituyente, al situar este precepto en el frontispicio de las garantías de los derechos y libertades, no se está limitando a recordar en esta esfera el principio general de sujeción de los poderes públicos a la Constitución que el art. 9 ya consagra. Como comprobaremos a continuación, el mandato del art. 53.1 CE supone que dicha sujeción resulta más intensa cuando se proyecta sobre las normas que consagran derechos fundamentales, imponiendo al conjunto de los poderes públicos unos compromisos y deberes específicos.

1. La aplicabilidad inmediata de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos

Como a nadie se le oculta, la asunción de la idea de que la Constitución es una verdadera

norma jurídica pasa en buena medida por aceptar la inmediata aplicabilidad de sus normas de derechos fundamentales. No es de extrañar, por lo demás, que fuera precisamente el poder judicial —todos los jueces formados bajo el franquismo pasaron a convertirse sin solución de continuidad en uno de los poderes del Estado— el que pareciera más refractario a asumir dicha concepción de la Constitución: más allá de consideraciones ideológicas, los Jueces estaban acostumbrados a operar en un sistema en cuya cúspide se situaba un heterogéneo conjunto de normas (las Leyes Fundamentales), que, especialmente en lo que a derechos concierne, no pasaban de ser más que principios programáticos carentes de eficacia jurídica directa. Esto explica por qué las primeras decisiones del Tribunal Supremo tendieron, con cierta frecuencia, a no reconocer la vigencia efectiva de los derechos y principios constitucionales en tanto que el legislador no concretase su contenido, y que incluso en alguna ocasión definiese a la Constitución en su conjunto como una norma programática (PRIETO SANCHÍS, 1981). Una posición que, vía amparo constitucional, sería de inmediato corregida por el Tribunal Constitucional (STC 18/1981, FJ 5), que vino así a subrayar la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales y la cualidad normativa de la Constitución.

Naturalmente, esta aplicabilidad directa de los derechos comienza a plantear problemas cuando no nos hallamos en presencia de los clásicos derechos de libertad, que, en línea de principio, pueden considerarse satisfechos con la mera abstención de los poderes públicos, sino con otros que sí precisan inexcusablemente una intervención estatal para su disfrute, como sucede con los derechos que reclaman alguna «**organización y procedimiento**» para su ejercicio. Pues bien, incluso en estos supuestos la tendencia jurisprudencial ha sido desde el comienzo extremar al máximo su exigibilidad inmediata, como lo acredita la doctrina vertida en torno al derecho a la objeción de conciencia. Ya en la STC 15/1982, el Tribunal Constitucional, tras destacar que este derecho «exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador», puesto que «a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia, el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta» (FJ 7), salvaría en términos inequívocos su directa exigibilidad pese a la inacción 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 solo 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» (FJ 8). Y concluiría más adelante el Tribunal en este mismo fundamento jurídico: «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 [...]».

En definitiva, incluso en los derechos que exigen alguna previa intervención estatal («derechos de organización y procedimiento», por ejemplo), es dable identificar siquiera un contenido mínimo inferible inmediatamente del texto constitucional, de tal suerte que la inacción del legislador puede ser suplida por el poder judicial y el Tribunal Constitucional, procediendo estos por sí mismos directamente a concretizar dicho contenido.

Aún más problemática resulta la vinculación inmediata de todos los poderes públicos, sin previa interposición del legislador, a aquellos derechos que, pese a estar reconocidos en el Capítulo II, se hallan más próximos, dado su **contenido prestacional**, a los principios y derechos del Capítulo III. Frente a la concepción tradicional de los «derechos de libertad» o «derechos de defensa», según la cual los derechos reconocen una esfera de libertad inmune a las intromisiones del Estado, bastando por lo tanto con su abstención para que los mismos ya se entiendan realizados, los «derechos de prestación» exigen la actuación positiva de los poderes públicos a través de prestaciones directas o indirectas (servicios públicos de sanidad, educación, etc.; concesión de ayudas, subvenciones, subsidios económicos, bonificaciones fiscales, etc.). Así pues, una vez reconocido un derecho de contenido prestacional en la Constitución, es pre-

ciso que intervenga el Estado para que proceda a organizar y regular el servicio público correspondiente, o se hace inexcusable que el legislador presupuestario autorice los gastos precisos para hacer frente a las prestaciones.

Pues bien, el constituyente quiso ubicar en el mismo *núcleo duro* de los derechos fundamentales (Sección Primera del Capítulo II del Título I) a algunos de claro contenido prestacional, que pasaban así *prima facie* a disfrutar, además de la vinculación inmediata a los poderes públicos y de la garantía del contenido esencial, de la protección de los recursos de amparo judicial y constitucional (art. 53.2). En efecto, el art. 25.2 CE reconoce a los reclusos el «derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social»; mientras que el art. 27 CE dispone que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (4), establece que los «poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación» (5) e impone a los poderes públicos que ayuden «a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca» (9). Con la inclusión de estos compromisos prestacionales del Estado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, vino a acuñarse una singular categoría de **derechos fundamentales de prestación**, a la cual, sin embargo, difícilmente puede anudarse en términos estrictos una de las notas esenciales de la *fundamentalidad* de los derechos, a saber, el reconocimiento de derechos subjetivos directamente alegables ante los Tribunales con base única y exclusivamente en el texto constitucional. De ahí que el Tribunal Constitucional haya tenido que matizar sustancialmente su exigibilidad directa cuando se ha alegado vía amparo la vulneración de alguno de los citados derechos fundamentales de prestación. Así, por lo que hace al derecho al trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social de los reclusos, ya en el ATC 256/1988 se señaló que eran «derechos de aplicación progresiva», de tal suerte que su «efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por

tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata, siempre que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos». Y en el ATC 95/1989 se abundaría en esta idea, al afirmarse que tales derechos «alcanzan relevancia constitucional únicamente si se acredita que en el centro penitenciario en el que se cumpla la condena existe puesto de trabajo a cuya adjudicación se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido —el cual no podrá ser arbitrario o discriminatorio— [...]». Por su parte, en la STC 172/1989 se argumentó que, a la hora de determinar la aplicabilidad de los derechos que nos ocupan, no bastaba con atender su ubicación sistemática, sino que era preciso tomar en consideración su naturaleza propia de derechos prestacionales (FJ 2); de ahí que debiera catalogarse el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado como «un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata» (FJ 3; en esta línea, asimismo, STC 17/1993). En suma, el *peso* de lo realmente posible no deja de imponer sus exigencias: pese al art. 53.1 y 2 CE, no es dable reconocer en la práctica, sin matices e incondicionalmente, la aplicabilidad inmediata de los derechos de los reclusos a los que nos venimos refiriendo.

Una suerte similar —como no podía ser de otra manera— ha corrido en la jurisprudencia el art. 27.9 CE, aunque en este caso, a diferencia del art. 25.2 CE, antes que consagrar un derecho, la norma adopta la forma de un mandato impositivo de legislación. De ahí que ya la STC 86/1985 afirmarse que dicho art. 27.9 CE no supone *per se* «un derecho subjetivo a la prestación pública», puesto que es de la ley «de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las Administraciones públicas de dispensarlas» (FJ 3). Dicho lo cual, el Tribunal Constitucional no pudo dejar de reconocer —acorde con su naturaleza presta-

cional— un amplio margen de libertad de conformación política del legislador en la configuración del derecho de los centros docentes a recibir ayudas públicas. En efecto, se proseguiría en ese FJ 13, no sería inconstitucional que el legislador, «del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión». En definitiva, concluiría ese mismo fundamento jurídico, no puede afirmarse que exista constitucionalmente «un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes, solo por el hecho de serlo, pues la Ley puede y debe condicionar tal ayuda [...]».

2. La doble vertiente de la vinculación de los poderes públicos a los derechos

La vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades que impone el art. 53.1 CE no es unívoca, sino que se proyecta en una doble dimensión. Se manifiesta, en primer término, como una **vinculación negativa**, derivada de la clásica concepción liberal de los «derechos de defensa», según la cual los derechos vienen a delimitar una esfera de libertad natural intangible para el Estado, a menos que los ciudadanos, a través de su representantes, consintieran su injerencia. En línea de principio, basta con la inacción de los poderes públicos para que los derechos queden preservados. A partir de esta comprensión liberal de los derechos se fraguaron categorías esenciales para la dogmática de los derechos fundamentales, como la «reserva de ley» o el concepto de «límite», sobre las que tendremos que volver páginas abajo.

La superación del constitucionalismo liberal durante el siglo xx condujo a que se «descubriese» —junto a la «negativa», que obviamente no desaparece— una **vinculación po-**

sitiva, que se traduce en el mandato dirigido a los poderes públicos de lograr que los derechos desplieguen plenamente su vigencia, procurando que todos los ciudadanos tengan un disfrute efectivo de los mismos. El derecho fundamental pasa, pues, a operar como derecho de defensa y, al tiempo, como deber de protección por parte del Estado.

Esta doble vinculación de los derechos encuentra un nítido reflejo en nuestra jurisprudencia constitucional. De hecho, prácticamente desde que tuvo por vez primera ocasión para hacerlo, el Tribunal Constitucional quiso destacar el papel esencial que los derechos fundamentales desempeñan en el conjunto del régimen constitucional, asumiendo sin matices la teoría del «**doble carácter**» de los mismos. De una parte —afirmaría ya en la STC 25/1981, FJ 5—, «son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia»; y de otra parte, «al mismo tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (STC 25/1981, FJ 5). Así pues, junto a su usual consideración de derechos subjetivos, se parte ahora de la convicción de que, además, «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»; doble carácter del que, en última instancia, se deriva para todos los poderes públicos la «obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan» (STC 53/1985, FJ 4).

En consecuencia, muy pronto la jurisprudencia constitucional declaró que la vinculación a los derechos de los poderes públicos (art. 53.1 CE) no se agota con la obligación negativa de no lesionarlos, sino que también entra-

ña la exigencia de que, en el ámbito de sus correspondientes funciones, contribuyan positivamente a la efectividad de los mismos (por todas, SSTC 53/1985, FJ 4, y 129/1989, FJ 3). El entero proceso de creación y aplicación del Derecho resulta, así, necesariamente presidido por los principios y mandatos derivados de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales. Y es, obviamente, el legislador quien está llamado en primera instancia a asumir esta tarea: el «deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos «impulsos y líneas directivas» encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, FJ 4) ha de encargarse de conformar *ab initio* todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos» (ATC 382/1996, FJ 3). Por su parte, este deber de protección que pende genéricamente sobre los poderes públicos «se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales»; de tal modo que, «cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales» (ATC 382/1996, FJ 3; asimismo, ATC 333/1997, FJ 3).

Una consecuencia importante de este «**efecto irradiación**» de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento jurídico reside en la protección que asimismo deben dispensarles los órganos judiciales cuando los mismos se desenvuelven en las relaciones *inter privados*. Pues si, en efecto, la vinculación de la jurisdicción ordinaria a los derechos fundamentales se sustancia en los términos mencionados, debe sostenerse que ese «efecto irradiación» ha de quedar protegido en todas y cada una de las fases a través de las cuales los órganos judiciales proceden a concretizar el alcance preciso de los derechos fundamentales al elucidar las controver-

sias penales, civiles o laborales. Por lo tanto, no solo al interpretar la legalidad ordinaria, sino también al acometer su aplicación orientándola a las circunstancias del caso concreto, cabría exigir a los órganos judiciales que tomen debidamente en consideración el «peso» del derecho fundamental afectado en la controversia. Y, consiguientemente, también será posible que, en todas y cada una de esas etapas, los órganos judiciales cometan errores sustanciales que, por ende, no dejarían de incidir en el derecho fundamental en liza. Otra cuestión de distinto calado reside en determinar cuáles son las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional que se le puedan plantear vía amparo contra las resoluciones judiciales impugnadas, pero sobre esto tendremos que volver necesariamente al abordar el examen del art. 53.2 CE.

Por otra parte, a partir de la consideración de que los derechos fundamentales son componentes del orden jurídico objetivo, el Tribunal Constitucional ha asumido la «**teoría de la interacción**» (o «**teoría del efecto recíproco**»), en cuya virtud se entiende que las normas que consagran derechos y las que los limitan actúan recíprocamente, de tal manera que la fuerza expansiva del derecho fundamental viene a restringir el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo: «Es cierto —se argumentaría en la STC 159/1986— [...], que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. [...] Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan

recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos» (FJ 6).

En resumidas cuentas, de conformidad con esta teoría, la resolución de estos casos de derechos fundamentales se concibe como un «proceso dialéctico» en el que los derechos y sus límites legales deben condicionarse y modularse mutuamente. La más elemental proyección de esta teoría se traduce en la exigencia de que los órganos judiciales, al abordar la interpretación de la legalidad ordinaria, no infravaloren el derecho fundamental objeto de la restricción, evitando que se asuma una lectura puramente literal de los límites. O para expresarlo con los más atinados términos del ATC 382/1996, de lo que se trata es de que no se soslaye «que entre la norma que consagra el derecho fundamental y la que, directa o indirectamente, afecta, condicionándolo, el ejercicio del mismo en las relaciones *inter privatos* existe una influencia recíproca, en virtud de la cual los órganos judiciales, lejos de optar por la aplicación mecánica de la norma limitadora deben partir de una apropiada apreciación del derecho fundamental para determinar la concreta intensidad de la restricción que de la legalidad ordinaria deriva». Y, en fin, concluiría más adelante, «de acuerdo con la aludida interacción, cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales» (FJ 3).

Pero la conclusión de mayor alcance que se desprende de esta doctrina es «la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la

eficacia y esencia de tales derechos» (STC 159/1986, FJ 6); principio que resulta también de aplicación a los supuestos de colisión entre derechos, ya que, como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional, tal interpretación restrictiva debe predicarse asimismo de los derechos fundamentales que operan como límites de otros derechos (así, por ejemplo, SSTC 190/1992, FJ 5; 42/1995, FJ 2, y 3/1997, FJ 6).

II. LA RESERVA DE LEY

1. Sentido y alcance de la reserva del art. 53.1 CE

Como apuntamos líneas atrás al aproximarnos a la noción de «vinculación negativa», la concepción clásica de los derechos como «derechos de libertad» o «derechos de defensa» partía del reconocimiento de una esfera de libertad natural inmune en principio a la intervención estatal, permitiéndose únicamente la **intromisión de los poderes públicos** en la misma cuando los propios ciudadanos consentían la injerencia a través de sus representantes. La reserva de ley en materia de derechos ha sido, pues, un componente tradicional del constitucionalismo continental. Este es, inequívocamente, el sentido fundamental que tiene el mandato de que solo por ley podrá «regularse el ejercicio de tales derechos y libertades» (art. 53.1 CE): es únicamente la ley la norma que puede establecer limitaciones, condicionantes o restricciones al ejercicio de unos derechos que, de lo contrario, habrían de desenvolverse de manera natural y sin ataduras.

Esta es, por lo demás, la comprensión de la reserva de ley *ex* art. 53.1 CE que ha sido asumida por la jurisprudencia constitucional, según ha sintetizado de forma modélica la STC 112/2006: «Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, dejara sentado que el mismo «entraña una garantía esencial de

nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6.a) [...]». Así pues, la reserva de ley desempeña una función primordial, a saber, «asegurar “que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes”» (FJ 3).

En línea de principio, pues, de acuerdo con este sentido último de la reserva, el ámbito de los derechos ha de quedar exento de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos; lo que, si bien no impide radicalmente toda forma de **colaboración normativa** del reglamento en esta esfera, sí queda esta sujeta a rigurosos condicionantes. Como ya se afirmara en la STC 83/1984, y desde entonces se recuerda de forma recurrente en la jurisprudencia: «El principio [de reserva de ley] no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (FJ 4).

En resumidas cuentas, «la fijación de los límites de un derecho fundamental [...] no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la

ley y las normas infralegales», debiendo circunscribirse esta a los supuestos excepcionales 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» (STC 112/2006, FJ 3).

2. El legislador limitador de los derechos y libertades

Frente a las diferentes posiciones doctrinales que asumen lo que podríamos catalogar de **concepción estricta** de los derechos fundamentales (consúltese, entre otros, DE OTTO, 1988; BASTIDA FRELEIDO *et al.*, 2004), que conduce todas las cuestiones relativas a la articulación entre derechos o entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos a un problema de «delimitación» conceptual de los derechos, que no de auténtica «limitación» de los mismos, la línea jurisprudencial claramente predominante se inclina por la **concepción amplia** (DÍEZ PICAZO, 2003, 104; PRIETO SANCHÍS, 2003, 218 y ss.). Desde esta perspectiva, es la propia norma que consagra el derecho fundamental la que procede a la «delimitación» de su contenido, entendiendo por tal el haz de facultades, garantías, potestades, posiciones jurídicas, posibilidades de actuación, etc. que, en cuanto conectado inmediatamente con el interés individual sustancial a cada derecho, queda salvaguardado *prima facie* frente a cualquier injerencia. Como es obvio, la determinación de cuál sea ese **ámbito inicialmente protegido** del derecho, esto es, la fijación del concreto conjunto de facultades, potestades y garantías de que disfruta en principio su titular, constituye una tarea de interpretación de la Constitución; tarea que será especialmente compleja en los casos en que la norma se ciñe estrictamente a mencionar el derecho fundamental sin mayor precisión acerca de su alcance (así, por ejemplo, art. 18.1 CE). En otras ocasiones, sin embargo, la norma que

consagra el derecho perfila más la delimitación de su contenido, bien incorporando alguna específica garantía (art. 16.2 CE), bien —lo que resulta más habitual— procediendo expresamente a reducir su alcance con el objetivo de salvaguardar otros bienes o intereses que el constituyente considera asimismo dignos de protección [la inviolabilidad del domicilio cesa en los casos de flagrante delito (art. 18.2 CE); se expulsa del contenido constitucionalmente protegido del derecho a las reuniones que no sean pacíficas y sin armas (art. 21.1 CE); solo forman parte del ámbito protegido por el derecho de asociación las asociaciones que no persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos (art. 22.2 CE) y las que no sean secretas o de carácter paramilitar (art. 22.5 CE); etc.].

Ahora bien, ni tan siquiera en estos casos, en que el propio constituyente desciende a explicitar concretas reducciones o restricciones del ámbito constitucionalmente protegido a fin de asegurar derechos de terceros o el interés de la comunidad, la Constitución está en condiciones de agotar las innúmeras posibilidades de colisión de intereses que pueden producirse con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que deba entenderse que el contenido constitucionalmente protegido que se ha «**delimitado**» mediante la interpretación de la norma constitucional constituye un contenido protegido tan solo *prima facie* frente a cualquier intromisión o injerencia, ya que, en línea de principio, todo derecho fundamental es susceptible de ser «**limitado**» de un modo constitucionalmente legítimo, en cuyo caso no cabe concluir que la afectación inicial del ámbito material del derecho derive en una verdadera vulneración del mismo. Que no existe ningún derecho ilimitado es, por lo demás, una afirmación que recuerda con frecuencia el Tribunal Constitucional: «[...] este Tribunal —se argumenta, por ejemplo, en la STC 292/2000— ha declarado que 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 deter-

minación 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» (FJ 11). Carácter limitable por naturaleza de los derechos fundamentales que, por lo demás, viene sistemáticamente sosteniendo la jurisprudencia constitucional. En este sentido, afirmaciones como la contenida en el FJ 6 de la STC 36/1982, según la cual el «derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado», pueden encontrarse, ciertamente, con frecuencia aplicadas a otros derechos: la libertad de expresión (STC 371/1993, FJ 2), el derecho a la protección de datos (STC 292/2000, FJ 11), la libertad religiosa (STC 154/2002, FJ 7), etc. Y esta tarea de «limitación» de los derechos al legislador atañe, pues la Constitución «delimita» y la Ley «limita» los derechos fundamentales: «La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y solo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental» (STC 292/2000, FJ 11).

Bajo este prisma, no puede sino tildarse de afortunada la concreta fórmula utilizada por el constituyente para acoger la reserva de ley en el art. 53.1 CE («Solo por ley [...] podrá regularse el ejercicio de los derechos»), ya que refleja gráficamente el sentido profundo de esa función limitadora del legislador, al tomar en consideración a los derechos en el momento de su ejercicio, cuando estos, ya en acción, se incorporan a la vida social y son, por tanto, susceptibles de colisionar con otros derechos o intereses generales de la comunidad. En definitiva, la reserva de ley *ex* art. 53.1 CE recuerda al legislador su esencial tarea de conciliar, en el momento de su ejercicio, los derechos entre sí y con los intereses públicos; tarea que requiere —como ya sabemos— restringir el amplio haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación que pueda configurar *ab initio* el contenido del

derecho fundamental, a fin de salvaguardar otros intereses, bienes o derechos merecedores asimismo de protección.

Dicho lo anterior, ha de ponerse el acento en que la condición previa de la que parte el Tribunal Constitucional para admitir la restricción de un derecho fundamental es que debe haber necesariamente una conexión entre el límite y la satisfacción de un derecho o un bien jurídico consagrado en la Constitución. Este es, desde luego, un requisito que de forma recurrente aparece en su jurisprudencia, aunque, obviamente, el mismo puede adoptar formulaciones diversas. Así, la injerencia en el «contenido inicialmente protegido» ha de justificarse en «el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente» (STC 154/2002, FJ 7; asimismo, STC 17/2013, FJ 4), o en la satisfacción de «principios y valores asumidos constitucionalmente» (STC 22/1981, FJ 9), de un «fin constitucionalmente legítimo» (STC 66/1991, FJ 2), o de «finalidades [...] adecuadas al espíritu constitucional» (STC 3/1983, FJ 4), o, en fin, se ha sostenido que los derechos solo pueden limitarse «en aras de otro interés o libertad fundamental constitucionalmente protegido» (STC 46/1983, FJ 7).

Constituye, en suma, una de las líneas maestras de la teoría general de los derechos fundamentales acuñada por la jurisprudencia constitucional la exigencia de que el legislador solo está habilitado para establecer aquellos límites que puedan **fundamentarse en el propio texto constitucional**. «Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución —se afirma en el FJ 6 de la STC 57/1994— solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos». En línea de principio, pues, no es dable identificar objetivo alguno carente de cobertura constitucional que pueda servir para legitimar el establecimiento de un límite por

parte del legislador. De ahí que la apelación a ideas, valores o conceptos más o menos abstractos o evanescentes y faltos de anclaje constitucional, por importantes que puedan ser, no baste para justificar constitucionalmente la restricción de los derechos fundamentales. Baste traer a colación a este respecto la STC 22/1984, en donde, frente a la tesis de que los derechos no pueden ejercitarse para obstaculizar un fin social que sea de rango superior, el Tribunal Constitucional se manifestó en términos inequívocos: «Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución» (FJ 3).

Así pues, al emprender la tarea de regular el ejercicio de los derechos que el art. 53.1 CE le asigna, el legislador, lejos de operar con plena libertad —y con independencia de los «límites de los límites» que abajo se verán—, está constreñido a no establecer más límites que aquellos que persigan la consecución de fines u objetivos de naturaleza constitucional. El legislador ha de actuar, en consecuencia, en este ámbito de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, que «no toleraría que una de sus disposiciones se desvirtuara íntegramente por lo establecido en otra» (así, por ejemplo, STC 26/1987, FJ 5). Y es que, en efecto, es de la apreciación de que la Constitución se configura «como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores» de donde deriva el deber que tiene el legislador de armonizarlos «mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones

coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren» (STC 196/1987, FJ 7). O dicho de otro modo: es el legislador quien está llamado a realizar «la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes» (ATC 375/1983, FJ 2). Y si bien esta tarea limitadora que el constituyente asigna al legislador es, por naturaleza, restrictiva, lo cierto es que, en última instancia, opera como una garantía de los derechos mismos y, en general, de la seguridad jurídica, toda vez que los límites que establece el legislador se imponen —como no puede ser de otra manera— al resto de los poderes públicos, evitándose así que estos, interpretando libremente la Constitución sin mediación alguna, puedan llegar a desvirtuar el derecho en beneficio de cualquier otro bien o valor consagrado en el texto constitucional. De ahí que el Tribunal Constitucional haya venido subrayando que la reserva de ley *ex art. 53.1 CE*, junto a su tradicional finalidad de impedir que se produzca cualquier injerencia en los derechos no autorizada por los representantes de los ciudadanos, desempeña otra relevante función, a saber, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley, garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (así, por ejemplo, recientemente en la STC 112/2006, FJ 3).

Importa, de otra parte, destacar que el legislador dispone de un cierto margen de **libertad de configuración política** al proceder a la concretización de los límites de los derechos. Pues resulta evidente que, por más que sea obligatorio que las restricciones y condicionantes de los derechos tengan un anclaje

constitucional, esta exigencia no debe conducir al equívoco de estimar que la Constitución ya proporciona una ordenación de los límites cierta, fija e inamovible; ya que, de ser así, la tarea de armonizar los derechos entre sí y con otros bienes e intereses de rango constitucional en que la limitación consiste habría de concebirse como la acción puramente mecánica de inquirir dentro de la Constitución para averiguar cuál es la «única» solución válida que esta permite. Y esta concepción —evidentemente desestabilizadora del delicado equilibrio que ha guardarse entre legislación y jurisdicción constitucional— fue claramente excluida por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras decisiones, que vino a declarar en términos inequívocos que, en su función limitadora de los derechos fundamentales, el legislador cuenta con un margen de libertad de opción, siquiera dentro del espacio acotado por el resto de los derechos y bienes constitucionales: «Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53» (STC 11/1981, FJ 7; doctrina reiterada, por ejemplo, en la STC 332/1994, FJ 3). Y, en este contexto, se rechazaría la alegación del recurrente de que la norma impugnada era restrictiva del derecho de huelga con la siguiente argumentación: «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. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas

de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo» (STC 11/1981, FJ 5).

No deja de ser significativo, por lo demás, que fuese precisamente a propósito de la limitación de los derechos cuando el Tribunal Constitucional emplease prácticamente por vez primera la comprensión de la Constitución como «ordenación marco»; doctrina a la que suele recurrir para trazar los límites jurídico-funcionales que separan al legislador del Juez constitucional. De acuerdo con esta concepción, la tarea de concretización de las disposiciones constitucionales equivale a decantarse por una de las diversas posibilidades que ofrece su texto, ya que dicha tarea se entiende como una actividad creativa destinada a dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución. Desde esta perspectiva, pues, el legislador ha de contar con un cierto margen de maniobra para «moverse» dentro del marco que la Constitución ofrece; mientras que, paralelamente, al Juez constitucional solo atañe la función de identificar los lindes de dicho marco y controlar que el legislador no los rebase. Trasladando esta concepción al tema que nos concierne, puede afirmarse que este dispone de alguna libertad de conformación política para establecer el régimen de los límites de los derechos fundamentales, dado que la Constitución no impone a este respecto una única fórmula válida, sino que se circunscribe a fijar un marco —acotado, entre otros requisitos que veremos más adelante, por la exigencia de salvaguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos— dentro del cual el legislador ostenta un propio margen de decisión. Por consiguiente, al legislador toca en principio seleccionar, «en la forma que estime más conveniente» (STC 161/1987, FJ 4), las fórmulas concretas de articulación de los derechos entre sí y con los restantes bienes y valores constitucionalmente garantizados, entrando dentro de su libertad de conformación política la facultad de decidir la cantidad e intensidad de las restricciones que habrán de sufrir los derechos al

objeto de conciliarlos con el resto de las previsiones constitucionales. En suma, al legislador le atañe «regular con mayor o menor generosidad los límites impuestos al ejercicio del derecho» (STC 13/1984, FJ 3).

III. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FRENTE AL LEGISLADOR

Según apuntamos líneas arriba, el art. 53.1 CE permite al legislador fijar condicionantes o restricciones del contenido inicialmente protegido de los derechos fundamentales con el objeto de preservar otros derechos o intereses asimismo garantizados por el texto constitucional, disponiendo a tal efecto de un cierto margen de libertad de configuración política. Resulta evidente, sin embargo, que si el legislador pudiera adoptar cualquier «límite» con la sola invocación de un determinado bien o valor contemplado en la Constitución, la virtualidad de nuestro sistema de derechos fundamentales quedaría en buena medida a la libre disposición del legislador. Su plena salvaguardia reclama, en consecuencia, la existencia de algún «límite de los límites» de los derechos; categoría con la que se quiere evocar a los requisitos o condicionantes que han de satisfacer los límites de los derechos para que puedan considerarse conformes a la Constitución. De hecho, una de principales transformaciones que experimentó el sistema de garantía de los derechos fundamentales durante el pasado siglo —por no decir que fue el primordial avance— consistió, precisamente, en la configuración de estos «límites de los límites» y en su proyección a la propia acción del legislador. Al fin y al cabo, como se ha escrito atinadamente, la capacidad de limitar al poder legislativo es, junto a la tutela judicial, lo que hace reconocible a los derechos fundamentales como categoría (CRUZ VILLALÓN, 1989, 39-40).

1. La garantía del contenido esencial

El primer «límite de los límites» que se constitucionalizó expresamente para evitar que el

legislador de los derechos llegase a desvirtuarlos fue la garantía del contenido esencial, que se estableció en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Técnica que, pese a los hondos problemas de delimitación dogmática que planteó en Alemania, fue inequívocamente asumida en el art. 53.1 de nuestra Constitución: «Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...]».

Pues bien, frente a la «**teoría relativa**» del contenido esencial, que llega prácticamente a equiparar esta garantía con el principio de proporcionalidad, nuestra jurisprudencia constitucional vino muy pronto a sumarse a la «**teoría absoluta**», según la cual hay en los derechos fundamentales un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada. Contenido esencial y principio de proporcionalidad son, pues, dos «límites de los límites» que cuentan con sustantividad propia y operan, por tanto, cumulativamente en nuestro sistema de derechos fundamentales, como ha venido a recordarlo la STC 236/2007: «[...] la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades [de los extranjeros en España] solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (FJ 4).

En suma, la noción de contenido esencial «no puede ser precisada por el legislador, sino que le vincula» (STC 93/2015, FJ 13). Y fue ya en una de sus primeras decisiones (STC 11/1981) cuando el Tribunal Constitucional se aventuró a profundizar en el sentido y alcance de esta garantía, acuñando una doctrina que se ha mantenido inalterada desde entonces y que recuerda de modo recurrente (entre otras mu-

chas, SSTC 77/1985, 37/1987, 196/1987, 112/2006...). De acuerdo con esta línea jurisprudencial, hay dos vías de aproximación a la definición del contenido esencial; caminos que, lejos de considerarse como alternativos o antitéticos, se conciben como complementarios: «El primero —se argumenta en el FJ 8 de la STC 11/1981— es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho»; y, bajo este prisma, «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». Y proseguiría acto seguido este FJ 8: «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» (respecto de esta segunda aproximación, STC 17/2013, FJ 5).

2. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad constituye el segundo de los instrumentos que utiliza el Tribunal Constitucional para controlar al legislador limitador de los derechos fundamen-

tales. Se trata, como es sabido, de una técnica que surgió en el siglo XIX para revisar los poderes discrecionales de la Administración, y que llegó a experimentar un notable desarrollo en Alemania, singularmente en el Derecho administrativo prusiano y en materia de policía. A partir del constitucionalismo de la segunda posguerra, sin embargo, y en buena medida también por iniciativa alemana, se asistió a la extensión del principio al ámbito de la ley; aplicación de esta técnica al legislador por parte de la jurisdicción constitucional que se fue adoptando con bastante naturalidad en buena parte de los países europeos, para llegar finalmente a constitucionalizarse de forma expresa (así, por ejemplo, el art. 18.2 de la Constitución portuguesa, que impone explícitamente al legislador que respete este principio al limitar los derechos fundamentales). Por consiguiente, en la órbita jurídica donde nos insertamos se admite generalizadamente que el control de proporcionalidad de la acción del Estado (incluyendo el legislador) constituye un elemento integrante de la concepción actual de la cláusula del Estado de Derecho.

También entre nosotros el principio de proporcionalidad viene desempeñando un papel esencial en cuanto «límite de los límites» de los derechos fundamentales, ya que, pese a no estar expresamente recogido en la Constitución, el Tribunal Constitucional descubrió pronto su anclaje constitucional en la cláusula del Estado de Derecho (STC 160/1987, FJ 6), en el principio de interdicción de la arbitrariedad (SSTC 6/1988, FJ 3, y 50/1995, FJ 7) o como derivación del valor justicia (STC 173/1995, FJ 2), reconociendo asimismo sin dilación su operatividad en la esfera legislativa: «[...] es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad [...] tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, proce-

dan estas de normas o resoluciones singulares» (STC 85/1992, FJ 4; asimismo, por ejemplo, en la STC 111/1993, FF. JJ. 8 y 9). En definitiva, a la luz de la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse que la reserva de ley del art. 53.1 CE no es, en puridad, sino una **reserva de ley proporcional**.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que durante largo tiempo el Tribunal Constitucional hizo un uso incompleto o fragmentario del principio que nos ocupa, por cuanto no tendía a aplicar de un modo sistemático los tres subprincipios o reglas que, de acuerdo con su formulación más depurada, integran el principio de proporcionalidad, a saber, el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Solo a raíz de la STC 66/1995 puede considerarse que nuestra jurisprudencia constitucional ha alcanzado su mayoría de edad en este ámbito, al incorporar plenamente las diversas proyecciones del principio de proporcionalidad; punto de inflexión en la línea jurisprudencial que tuvo de inmediato continuación en la esfera del control de constitucionalidad de las leyes en la STC 55/1996. Y, de otro lado, conviene asimismo adelantar que el Tribunal Constitucional viene mostrando hasta la fecha una actitud sumamente cautelosa cuando utiliza el principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador, como quedó acreditado en la última Sentencia citada. Tras declarar que «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», y tras recordar el concepto de Constitución como ordenamiento marco, con cita de la STC 11/1981, afirmaría el Pleno: «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 aplicar e interpretar las leyes. Como acabamos de re-

cordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas» (STC 55/1996, FJ 6). Pero vayamos por partes, examinando aisladamente los diversos componentes que integran la estructura del principio de proporcionalidad.

Como es sabido, el **principio de adecuación** exige que la restricción que sufre el derecho fundamental sea verdaderamente útil para alcanzar la finalidad que justifica el límite del derecho. Habida cuenta de que únicamente se puede limitar un derecho cuando con ello se pretenda salvaguardar otro derecho o bien de naturaleza constitucional, con este principio se trata de evitar que baste la mera invocación formal de cualquier bien o derecho previsto en la Constitución para que pueda justificarse la limitación del derecho. En este sentido, ya en la STC 66/1991 se evocó este subprincipio cuando se argumentó: «[...] no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan» (FJ 2). O para decirlo con los términos utilizados en la STC 66/1995, en el juicio de adecuación se trata de examinar si la medida restrictiva de los derechos es «susceptible de conseguir el objetivo propuesto» (FJ 5; asimismo, por ejemplo, STC 96/2012, FJ 10). Entrando ya en la forma en que viene empleándose este subprincipio como instrumento de control del legislador, ha de apuntarse que en ocasiones ni siquiera se ha hecho un uso expreso del mismo, limitándose el Tribunal Constitucional a identificar el derecho o bien de rango constitucional que justificaba la restricción del derecho en cuestión para, a continuación, pasar a aplicar el resto de los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En estos supuestos, la identificación del fin constitucionalmente legítimo justificador del estable-

cimiento del límite, que constituye un paso previo a la aplicación del principio de proporcionalidad (SSTC 55/1996, FJ 7, y 161/1997, FJ 10), parece absorber el juicio de adecuación, señaladamente cuando puede apreciarse con facilidad, sin necesidad de descender a una precisa argumentación, que la medida es idónea para la consecución del fin perseguido con la misma.

Por su parte, el **principio de necesidad** o de indispensabilidad (STC 66/1999, FJ 4) supone que, siempre que haya alguna alternativa que satisfaga con la misma eficacia la finalidad que justifica el límite del derecho, deban desestimarse aquellas otras que resulten más gravosas para el derecho objeto de la limitación. En sus primeras formulaciones jurisprudenciales, el principio fue recogido en el sentido de que el límite objeto de control debía rechazarse cuando podía identificarse una «alternativa menos gravosa de los derechos» (STC 178/1989, FJ 5); o, expresado en términos positivos, que las restricciones podían considerarse legítimas cuando, «por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad protegida, un sacrificio menor» (STC 66/1991, FJ 2). La definitiva delimitación dogmática de la categoría se produciría con la STC 66/1995, que vino a añadir la exigencia de que la restricción menos gravosa ha de tener igual eficacia que el límite debatido. A partir de entonces, en efecto, la «necesidad» ha de entenderse «en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia»; la tarea de control, por tanto, ha de ceñirse a averiguar si el límite es «imprescindible o cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido» (FJ 5).

La «autocontención» que refleja, en general, la jurisprudencia constitucional en la aplicación del principio de proporcionalidad al legislador la hace ya explícita el propio Tribunal a propósito del subprincipio que nos ocupa. Así, se argumenta en el FJ 8 de la

STC 55/1996: «Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad de que goza y que deriva, no solo de la abstracción del principio de proporcionalidad [...] y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981 y 332/1994)». Por eso, continúa el Tribunal en el mismo FJ, «el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza»; de tal suerte que únicamente si «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento».

El principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye sin duda el menos depurado de todos los subprincipios en que se escinde el principio general de proporcionalidad. El mismo reclama que ha de existir una armonía entre el sacrificio que inflige a los titulares de los derechos el límite adecuado e indispensable y el beneficio que el mismo genera para la colectividad. En consecuencia, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que se logre un equilibrio entre las ventajas y los perjuicios que inevitablemente se producen cuando se limita un derecho fundamental a fin de salvaguardar otro bien o derecho que goza asimismo de la protección constitucional. O para decirlo con las palabras utilizadas en la STC 66/1995, la restricción de un derecho puede considerarse proporcionada en sentido estricto si 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» (FJ 5). En la práctica, el examen de este requisito condu-

ce a que se efectúe una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos que se contraponen, lo cual exige que se tomen en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto. Así concebido el principio, se hace evidente que guarda un estrecho paralelismo con la ponderación que se realiza cuando se produce una colisión entre derechos fundamentales o entre un derecho y cualquier otro bien de naturaleza constitucional; similitud tan clara que ha llevado a un sector de la doctrina a la conclusión de que la ponderación y el principio de proporcionalidad en sentido estricto son categorías equiparables. Frente a esta posición, se ha sostenido que en ningún caso pueden considerarse términos sinónimos, habida cuenta de que la ponderación tiene un significado genérico, siendo el principio de proporcionalidad en sentido estricto uno de sus diversos elementos integrantes.

Sea como fuere, a la vista de los contornos más difusos que caracterizan a este subprincipio en relación con los restantes, en lo que sí existe un amplio acuerdo es en la conveniencia de que no se realice un control riguroso sobre el modo en que el legislador aplica este principio de proporcionalidad en sentido estricto. Pues parece evidente que, cuando se trata de leyes, el operador jurídico disfruta de un amplísimo margen de maniobra al valorar la relación entre los costes y los beneficios resultantes de la limitación del derecho; libertad que es, sin duda, muy superior a la que se dispone cuando se examina el cumplimiento del principio por parte de la Administración o de los Tribunales, pues en estos casos las circunstancias fácticas que rodean al caso en cuestión pueden aportar unas claras directrices que eviten que la aplicación del principio desemboque en puro decisionismo. No es de extrañar, por tanto, el énfasis con el que el Tribunal marca lo limitado de su control en relación con el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el FJ 9 de la STC 55/1996, una vez que declaró que «este juicio corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa», apostillaría a continuación:

«Solo la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional». De este modo, al control de la evidencia parece circunscribir su función el juez constitucional al utilizar como parámetro de la constitucionalidad de las leyes el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Laxitud del control a realizar sobre la aplicación de este principio por el

legislador que, en fin, el Tribunal volvería a subrayar en la STC 161/1997: «[...] hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que solo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado» (FJ 12).

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9 y ss.

BASTIDA FRELEJIDO, F. J. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 35 y ss.

— «El legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (Ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, págs. 125 y ss.

DE OTTO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid 1988, págs. 93 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994.

— «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, págs. 277 y ss.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, págs. 473 y ss.

— *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.

MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 119 y ss.

PRIETO SANCHÍS, L., «Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, págs. 207 y ss.

- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

ARTÍCULO 53.2

LAS ESPECÍFICAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sumario: I. Las garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades. 1. La tutela de los derechos como tarea compartida entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional. 2. Los derechos y los sujetos protegidos por las vías procesales privilegiadas del art. 53.2 CE. II. El procedimiento preferente y sumario. 1. Preferencia, sumariedad y especialidad como rasgos característicos del procedimiento ex art. 53.2 CE. 2. El desarrollo legislativo del art. 53.2 CE. III. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. 1. El margen de libertad del legislador en la configuración del recurso de amparo. 2. La decisión del legislador: los supuestos de lesión de derechos fundamentales recurribles en amparo según la LOTC. 3. La caracterización de la subsidiariedad en la LOTC. 4. Los problemas generados en la práctica por el recurso de amparo. A) La «sobrecarga» del Tribunal Constitucional. B) El difícil deslinde de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de los derechos y libertades.

MANUEL MEDINA GUERRERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

1. La tutela de los derechos como tarea compartida entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional

Junto al respeto de su contenido esencial por el legislador, la tutela judicial constituye el segundo rasgo distintivo de los derechos fundamentales como categoría (CRUZ VILLALÓN, 1989, 39). El poder judicial se configura, pues, por naturaleza, como el principal garante de los derechos y libertades; y este protagonismo se mantiene incluso en aquellos sistemas en que se da entrada en esa tarea a los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes. Así lo ha reconocido expresamente nuestro Tribunal Constitucional: «La Constitución reconoce el derecho de todos a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24) y establece que la justicia

se administra por los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (art. 117.1). Es a estos, pues, a los que corresponde, en primer lugar, la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos, incluyendo los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y ello tanto mediante los procedimientos ordinarios como mediante el procedimiento especial previsto en el art. 53.2 CE» (STC 65/1991, FJ 3). En suma, la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades prevista en el art. 53.1 CE se proyecta sobre el poder judicial en el sentido de que la misma «significa no solo un deber de respeto hacia esos derechos y libertades, sino también un deber de tutela [...] un deber de proteger dichos derechos y libertades frente a todo tipo de ataques, pues son los órganos jurisdiccionales, todos los órganos jurisdiccionales, los primeramente encargados de la tutela de dichos derechos y libertades» (STC 113/1995, FJ 6). Con razón se ha afirmado, por tanto, que en nuestro sistema el garante de los derechos fundamentales es, «ante todo, el juez ordinario predeterminado

por la ley (art. 24.2 CE)» y que, consecuentemente, «en la medida en que, funcionalmente, la justicia constitucional es jurisdicción de derechos fundamentales, nuestra justicia constitucional responde a un modelo no concentrado, sino difuso» (CRUZ VILLALÓN, 1994, 11-12).

Así pues, como consecuencia lógica de la obligada vinculación de los poderes públicos a las normas constitucionales que los consagran (arts. 9.1 y 53.1 CE), la tutela de los derechos y libertades es algo que tiene que producirse en cualquier procedimiento ordinario que se siga ante cualquier órgano jurisdiccional. Bajo este prisma, «ciertamente, la protección judicial ordinaria *debería* bastar para garantizar los derechos fundamentales» (GARCÍA MORILLO, 1994, 44). Atendiendo sin embargo al papel protagonista que desempeñan en el conjunto del ordenamiento, y sobre todo a la vista de la necesidad de articular una tutela rápida al respecto, el constituyente quiso, con el art. 53.2 CE, investir de un «**carácter privilegiado**» a la «protección que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos fundamentales», previendo a tal efecto cauces específicos para su tutela: «Dada la trascendencia de las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (arts. 14 a 30), se prevé en ella —art. 53.2— para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno, que se atribuye a los Tribunales ordinarios; y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional» (STC 113/1995, FJ 6).

En resumidas cuentas, el art. 53.2 CE prevé dos vías jurisdiccionales privilegiadas en defensa de los derechos y libertades, llamadas a sustanciarse, respectivamente, ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal Constitucional. El examen de este «**amparo judicial ordinario**» y del «**amparo constitucional**» (STC 113/1995, FJ 6) requiere, claro está, un tratamiento separado. Pero antes de abordarlos, aún tenemos que abordar algunas cuestiones comunes a ambos.

2. Los derechos y los sujetos protegidos por las vías procesales privilegiadas del art. 53.2 CE

De acuerdo con el art. 53.2 CE, son los derechos y libertades consagrados en el art. 14 y en la Sección Primera del Capítulo II (arts. 15-29 CE) los que se quiso garantizar con las vías procesales privilegiadas que nos ocupan, si bien el constituyente extendió la tutela del amparo constitucional al derecho a la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2 CE).

La primera observación que debe necesariamente hacerse es que estas garantías se proyectan sobre «libertades y derechos» y no, indistintamente, sobre el entero contenido normativo del referido articulado constitucional (arts. 14-29). Quiere decirse con esto que es preciso distinguir entre las normas que consagran verdaderos derechos fundamentales y aquellas otras que incorporan principios o acogen otro tipo de mandatos dirigidos a los poderes públicos. En este sentido, por citar algunos ejemplos, se ha excluido del recurso de amparo el art. 16.3 CE, por cuanto regula «un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental de los ciudadano [...]» (STC 93/1983, FJ 5); o se han considerado no tutelables por esta vía algunos componentes del art. 27 CE, como los aps. 8 y 9 (por todas, STC 86/1985).

Pero si el ámbito de cobertura del art. 53.2 CE se ciñe estrictamente a los arts. 14-29 CE (y en la medida en que consagren derechos y libertades), es posible, sin embargo, que instituciones o derechos específicamente reconocidos fuera de la Sección Primera del Capítulo II reciban la especial tutela jurisdiccional (FERNÁNDEZ FARRERES, 1994, 24-26). Obviamente, se exige como condición *sine qua non* que entre aquellos y los derechos que sí están en dicha Sección exista una relación lo suficientemente estrecha como para justificar la extensión de las garantías que nos ocupan. En esta línea, la creación de partidos políticos (art. 6 CE) se ha considerado tutelable en amparo dada su conexión con el derecho de asociación (así, ya en

STC 3/1981, FJ 1); y otro tanto se ha reconocido en relación con el ejercicio de la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) a la vista de su vinculación con el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos (p. ej., ATC 428/1989, FJ 3). Pero el supuesto paradigmático de «extensión por conexión» del ámbito de aplicación del art. 53.2 CE (y también el más dudoso, toda vez que están reconocidos expresamente como derechos autónomos en la Sección 2.^a) lo constituyen los derechos a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.1 y 2 CE), pues, desde fecha muy temprana, el Tribunal Constitucional viene argumentando que, en la medida en que se trata de funciones esenciales de los sindicatos, deben considerarse integrantes de contenido del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE (así, desde la STC 70/1982).

En lo que concierne a los sujetos capacitados para activar los amparos judicial y constitucional, se ha criticado por un sector de la doctrina que el art. 53.2 CE utilice una expresión («cualquier ciudadano») de escaso rigor técnico (CARRASCO DURÁN, 2002, 69). En cualquier caso, ha habido siempre un acuerdo generalizado acerca de la necesidad de rehuir toda interpretación estricta del precepto y procurar, en consecuencia, una lectura del mismo que facilite la apertura de los posibles legitimados. En realidad, es el propio texto constitucional el que conduce a realizar esa lectura amplia de los sujetos tutelados por esta garantías procesales, toda vez que el art. 162.1.b) CE atribuye legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional a «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo». Sola exigencia de un **interés legítimo** en el litigante para reconocerle legitimación que, en fin, por elementales razones de coherencia, la jurisprudencia constitucional no tardó en proyectar asimismo al procedimiento preferente y sumario: «[...] la existencia de interés legítimo [...] no puede entenderse referida exclusivamente a la fase de amparo pedido ante el Tribunal Constitucional, no extensiva a la fase previa de que habla el art. 53.2 de la CE, pues

de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia [...], haría inoperante e impediría la amplitud de legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo» (STC 60/1982, FJ 3).

De otro lado, parece evidente que el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo resultan accesibles para todos los titulares de los derechos mencionados en el art. 53.2 CE, habida cuenta de que la expresión «ciudadano» que este utiliza no puede interpretarse en un sentido restrictivo excluyente de los no nacionales. Ambas vías están, por tanto, lógicamente expeditas para los **extranjeros** en relación con aquellos derechos y libertades de los que sean titulares, según se viene recordando en jurisprudencia constante (así, ya en STC 107/1984). Y otro tanto cabe afirmar, partiendo de estas mismas consideraciones, de las **personas jurídicas** (STC 53/1983, FJ 1). En definitiva, habrá de atenderse a la concreta naturaleza del derecho afectado para determinar lo que proceda en cada caso, pues, como pronto tuvo ocasión de destacar el Tribunal Constitucional: «La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los arts. 14 a 29 [...] acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como «las comunidades» —art. 16—, las personas jurídicas —art. 27.6— y los sindicatos —art. 28.2—; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal —art. 17—, y el derecho a la intimidad familiar —art. 18—; y, por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión «Todas las personas» que utiliza su art. 24» (STC 19/1983, FJ 2).

II. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO

Según apuntamos líneas arriba, el art. 53.2 CE contempla un doble mecanismo jurisdiccional que se confía, respectivamente, al poder judicial y al Tribunal Constitucional. La mención expresa a los «Tribunales ordinarios» que hace este precepto debe, pues, entenderse en un sentido omnicompreensivo y, por tanto, subsumidor de la **totalidad de los órganos jurisdiccionales** integrantes del poder judicial. Así vino a sostenerlo en términos inequívocos el Tribunal Constitucional en la STC 113/1995, al rechazar la tesis de que los Tribunales militares debían considerarse excluidos del art. 53.2 CE: «[...] pues eso sería tanto como suponer que la vinculación de los órganos judiciales militares a los derechos fundamentales es menos intensa, lo cual no es constitucionalmente cierto; o que la tutela que de dichos derechos pueden prestar los Tribunales militares en el ámbito de su competencia no puede ser tan efectiva como la de los restantes Tribunales, lo que sería asimismo incierto; o, finalmente, que el art. 53.2 CE estaría consagrando la posibilidad de que, aun en materias propias de su competencia, las características del procedimiento preferente y sumario sirviera para desposeer a los Tribunales militares de su competencia, lo que [...] sería absurdo» (FJ 6).

1. Preferencia, sumariedad y especialidad como rasgos característicos del procedimiento ex art. 53.2 CE

Con la evidente finalidad de proporcionar una tutela rápida a los derechos fundamentales, el art. 53.2 CE exige que el procedimiento ante los Tribunales ordinarios esté «basado en los principios de preferencia y sumariedad». Por lo que hace a la **preferencia**, y habida cuenta de que la misma «implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos» (STC 81/1992, FJ 4), va de suyo que este principio exige que las leyes de desarrollo del

art. 53.2 CE permitan a los órganos judiciales la alteración en el orden de tramitación de los asuntos, postergando el conocimiento de los restantes litigios.

En lo que concierne a la **sumariedad**, es una opinión generalizada en la doctrina que este término, en el contexto del art. 53.2 CE, no se quiso utilizar en su sentido técnico más estricto como ausencia de cosa juzgada material y limitación de la cognición del Juez —«sumariedad cualitativa o propia»—, sino con la finalidad de significar la exigencia de acentuar la celeridad en la actuación judicial —«sumariedad cuantitativa o impropia»— (CARRILLO, 1995, 51-55; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 1996, 119). Esta es también, por lo demás, la posición que se ha mantenido en la jurisprudencia constitucional, según la cual para determinar el concepto de sumariedad «no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son «sumarios», sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a «rapidez»»; razón por la cual «por proceso «sumario» tan solo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección de jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados» (STC 81/1992, FJ 4). Concebida, así, la noción de «sumariedad» como sinónimo de «rapidez», parece obvio que dicho precepto constitucional autoriza al legislador a suprimir actuaciones procesales que, sin merma de los derechos *ex* art. 24 CE, sirvan para obtener «una mayor celeridad en su tramitación» (STC 64/1992, FJ 4). El procedimiento del art. 53.2 CE se basa, pues, en la «celeridad de la tutela», toda vez que «el tiempo de prestación de la tutela judicial, siempre fundamental como lo demuestra la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se revela como factor capital del efectivo goce y disfrute de dichos derechos fundamentales» (STC 113/1995, FJ 6).

Como apuntamos líneas arriba, el «amparo judicial ordinario» se configura constitucionalmente con la exclusiva finalidad de proteger los derechos reconocidos en el art. 14 y en

la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (art. 53.2 CE), quedando, pues, circunscrito el mismo a este específico ámbito material. La **especialidad** del procedimiento preferente y sumario se traduce, consecuentemente, en «el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través» del mismo, ya que resulta «inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales que se recogen en el art. 53.2 de la Constitución». En consecuencia, el órgano judicial ha de inadmitir el recurso en cuestión «cuando, *prima facie*, pueda afirmarse, sin duda alguna, que el acto impugnado no ha repercutido en el ámbito de los derechos fundamentales alegados» (STC 37/1982, FF. JJ. 1 y 2; en este sentido, por ejemplo, asimismo STC 31/1984, FF. JJ. 2 y 3). Ahora bien, dado que la inadmisión del procedimiento especial incide en derechos fundamentales sustantivos cuya protección se pretende precisamente con el mismo, el Tribunal Constitucional puede realizar un control más intenso de la decisión judicial que el que suele desempeñar con alcance general respecto de las causas de inadmisibilidad en el marco del art. 24.1 CE. Como se afirmó en la STC 34/1989, «este Tribunal no puede contraer el examen de la queja deducida a la mera comprobación de que hubo una resolución judicial fundada en Derecho [...]», pues debe asimismo indagarse si la resolución de inadmisión «es no solo razonada en términos jurídicos, sino también suficientemente razonable y ajustada al deber de interpretación favorable o no restrictiva de los preceptos legales en cuya aplicación se funda» (FJ 2). En definitiva, proseguiría esta misma STC 34/1989, dado que «las garantías procesales especiales que establece el art. 53.2 de la Constitución [...] constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales [...] las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación restrictiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejerci-

cio de la acción en tales casos carece de justificación y no puede considerarse conforme a la Constitución» (FJ 3). Por lo demás, conviene recordar que la indebida inadmisión del «amparo judicial ordinario» equivale a la vulneración del derecho fundamental mismo cuya tutela se pretendía por dicha vía (STC 31/1984).

2. El desarrollo legislativo del art. 53.2 CE

Que el art. 53.2 CE contiene un «mandato impositivo de legislación» (de «mandato al legislador» habla expresamente la STC 113/1995, FJ 6) que obliga a las Cortes Generales al establecimiento del repetido «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», parece una conclusión evidente que no precisa ninguna aclaración. Mayores dudas suscitó, sin embargo, la literalidad del precepto en lo concerniente a determinar si este «amparo judicial ordinario» debía traducirse en uno solo o en una pluralidad de procedimientos, aunque ha sido esta última la que se ha impuesto en la práctica.

Como es sabido, durante largo tiempo fue una norma aprobada antes que la Constitución —aunque entrase en vigor con posterioridad—, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la que sirvió para articular en la práctica la «vía privilegiada» prevista en el art. 53.2 CE. Aunque concebida inicialmente como una norma **provisional** hasta que se desarrollasen específicamente las garantías constitucionales —de ahí que se circunscribiera en principio a la tutela de los derechos de carácter político—, lo cierto es que, en lugar de optarse por su inmediata sustitución por una ley de nuevo cuño, se mantuvo durante largo tiempo vigente, debiendo adoptarse disposiciones complementarias a fin de lograr la más plena observancia de las previsiones del art. 53.2 CE. En efecto, el restringido ámbito inicial de aplicación de la Ley 62/1978 desde el punto de vista de los derechos protegidos (art. 1.2) sería, pri-

mero, ampliado por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, dictado en desarrollo de su disposición final y, finalmente, extendido, respecto del orden contencioso-administrativo, por la disposición transitoria segunda dos de la LOTC a todos los derechos y libertades mencionados en el art. 53.2 CE.

De otra parte, la Ley 62/1978 se ceñía a establecer garantías en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo; de tal suerte que el cauce procedimental obligado para la elucidación de las pretendidas lesiones de derechos cometidas en el orden social no fue otro que «el proceso ordinario laboral o el especial correspondiente a la materia laboral en la que se hubiere producido aquella vulneración» (STC 81/1992, FJ 2). Habría que esperar hasta que el Real Decreto Legislativo 521/1990 aprobase el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para que dicha laguna se viese colmada (actualmente, arts. 117 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). Y en lo relativo a la jurisdicción militar, fue la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la que introdujo un procedimiento específico en defensa de los derechos fundamentales que pudieran ser lesionados en el marco del régimen disciplinario de los militares (art. 518). Pues bien, la «garantía contencioso-administrativa» de la Ley 62/1978 (arts. 6 a 10) resultaría expresamente derogada y sustituida por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece un nuevo procedimiento especial para la protección de los derechos (arts. 114 y ss.); la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, hizo lo propio con la «garantía civil» contenida en aquella (arts. 11 a 15) y, en fin, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Enjuiciamiento Criminal, procedió a la derogación expresa de lo que quedaba de la Ley 62/1978 (arts. 1 a 5), aunque buena parte de estos preceptos estaban ya tácitamente derogados. Así pues, a la vista del conjunto de normas que directa o indirectamente puede considerarse que se encarga de articular la vía privilegiada de defensa de los dere-

chos ante la jurisdicción ordinaria, se hace evidente que el desarrollo legal del art. 53.2 CE se caracteriza por la «multiplicidad» (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 1996, 106).

Por último, ha de dejarse constancia de la existencia de una pluralidad de procedimientos especiales que, si bien no pueden considerarse propiamente como desarrollo directo del art. 53.2 CE, sí sirven para proporcionar una defensa judicial rápida a determinados derechos fundamentales. Cabe citar a este respecto el procedimiento previsto respecto del derecho de reunión en la LO 9/1983, de 15 de julio (art. 11); el establecido para el ejercicio del derecho de rectificación (LO 2/1984), que obviamente se proyecta en la tutela de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE; el procedimiento de *habeas corpus*, previsto expresamente por el art. 17.4 CE para permitir la puesta a disposición judicial de las personas detenidas ilegalmente (LO 6/1984); y, en fin, los recursos contencioso-electorales regulados en los arts. 49 y 109 de la LOREG, cuya incidencia en la órbita de los derechos del art. 23 CE es evidente.

III. EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El margen de libertad del legislador en la configuración del recurso de amparo

Frente a la posibilidad reconocida sin matices e incondicionalmente de acceder al procedimiento preferente y sumario, cuando del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se trata, el art. 53.2 CE solo contempla dicha posibilidad «en su caso». Los términos literales del precepto abonan, pues, la tesis de que se quiso reconocer un amplio margen de libertad al legislador en la delimitación de esta vía procesal excepcional. Apreciación que se refuerza tras la lectura del art. 161.1.b) CE, que atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso de amparo «en los casos y formas que la ley establezca».

Es cierto que del propio texto constitucional cabe extraer con claridad algunos límites infranqueables para la acción del legislador, como los que se derivan de la existencia de un necesario círculo de legitimados para interponer el recurso de amparo [art. 162.1.b)] o de la atribución a las Sentencias del Tribunal Constitucional del valor de cosa juzgada y su carácter irrecurrible (art. 164.1). Más allá de estos aspectos, sin embargo, la cláusula «en su caso» descubre un vasto terreno de penumbra sobre qué sea constitucionalmente indisponible en materia de recurso de amparo. De entrada, hay diferentes apreciaciones acerca de si el legislador está capacitado para cegar esta vía a alguno de los concretos derechos mencionados en el art. 53.2 CE; posibilidad que, de existir (en esta línea, RUBIO LLORENTE, 1995, 169), permitiría descargar al Tribunal Constitucional del conocimiento de los derechos de orden procesal que más contribuyen a su sobrecarga. Otro sector de la doctrina, probablemente más amplio, considera por el contrario que el art. 53.2 CE no ofrece cobertura a esta eventual exclusión (así, por ejemplo, FERNÁNDEZ FARRERES, 1994, 14; JIMÉNEZ CAMPO, 1996, 512), pues ello equivaldría a la «desconstitucionalización» de esta garantía (CRUZ VILLALÓN, 1994, 13).

Las discrepancias doctrinales no solo se proyectan a la libertad de disposición de que puede gozar el legislador orgánico para excluir del amparo alguno de los derechos y libertades mencionados en el art. 53.2 CE, sino que afectan asimismo a la exigencia constitucional de que el amparo opere como **remedio subsidiario**. Frente a la opinión de que el texto constitucional consagra el carácter subsidiario del amparo, se ha defendido a la luz de los debates constituyentes que la Constitución no impone nada sobre el particular (DÍEZ PICAZO, 1996, 191) o que la *voluntas legislatoris* partía más bien del presupuesto de que se trata de un remedio alternativo, que no subsidiario (RUBIO LLORENTE, 1995, 129-130). Por su parte, de forma recurrente, se encuentran en la jurisprudencia constitucional referencias a que el principio de subsidiariedad tiene un di-

recto anclaje constitucional (baste citar las SSTC 185/1990, FJ 4; 105/1992, FJ 2, y 158/1995, FJ 2), llegando en ocasiones a pronunciarse en términos categóricos: «la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo [...] se desprende claramente del art. 53.2 CE» (STC 130/2006, FJ 4).

Mayor acuerdo hay, sin embargo, en convenir que lo que el texto constitucional ha querido, con la expresión «en su caso», es permitir que el legislador configure el amparo como un remedio **eventual** (CRUZ VILLALÓN, 1994, 12); esto es, la Constitución lo concibe como una vía que, si bien no puede excluirse para ninguno de los derechos fundamentales citados en el art. 53.2 CE, no se impone incondicional y necesariamente frente a toda violación de los derechos fundamentales. Al legislador orgánico incumbe, pues, en línea de principio, determinar qué concretos actos lesivos de derechos fundamentales terminarán residenciándose ante el Tribunal Constitucional y cuáles serán tutelados única y exclusivamente por la jurisdicción ordinaria.

2. La decisión del legislador: los supuestos de lesión de derechos fundamentales recurribles en amparo según la LOTC

Presupuesto el carácter eventual del amparo, va de suyo que el legislador dispone de un ancho margen de maniobra para identificar los concretos casos de vulneración de derechos susceptibles de ser recurridos ante el Tribunal Constitucional. Y, en ejercicio de esta libertad de configuración, el legislador orgánico ciñó los sujetos pasivos del recurso de amparo a los **poderes públicos**: «El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, cor-

porativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes» (art. 41.2 LOTC; modificado por la LO 6/2007 para incluir las «omisiones» de los poderes públicos). Más concretamente, la LOTC extiende la vía del amparo constitucional a los tres clásicos poderes del Estado: Cortes y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 42 LOTC), Gobierno y Administración de todos los niveles de gobierno (art. 43 LOTC) y los órganos judiciales (art. 44 LOTC). Importa destacar, sin embargo, la **exclusión del amparo directo frente a leyes**, lo que puede conducir, en el caso de las «leyes autoaplicativas», a una laguna de protección en nuestro sistema de garantías de los derechos fundamentales (Sentencia del TEDH de 23 de junio de 1993, caso *Ruiz Mateos c. España*). Deficiencia que ha sido paliada por la LO 6/2007, que ha venido a modificar el art. 37.2 LOTC para permitir la personación en las cuestiones de inconstitucionalidad de los que fueron parte en el procedimiento judicial.

El legislador orgánico se inclinó, pues, por dejar al margen del recurso de amparo las vulneraciones de derechos cometidas en las **relaciones entre particulares**. Opción perfectamente posible en el marco constitucional, como es evidente, dado el carácter eventual del amparo. De otra parte, aunque parezca obvio, no está de más recordar —pues ocasionalmente no se remarca lo suficiente en alguna literatura— que negar la vía del amparo constitucional en las relaciones *inter privados* no incide en modo alguno en la cuestión previa de reconocer la eficacia de los derechos en dicha esfera. Se admite con naturalidad en el constitucionalismo contemporáneo que los derechos no se ciñen a las relaciones ciudadano/Estado, y que por tanto también los particulares son **destinatarios** de los derechos y libertades. Pero esta es una cuestión de teoría general de derechos fundamentales que debe necesariamente mantenerse separada de la relativa a la delimitación de la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional, que obviamente cuenta con sustantividad propia.

Comoquiera que sea, el Tribunal Constitucional se arrogó muy pronto la capacidad de revisar estos casos de derechos fundamentales, recurriendo al «sencillo» expediente de imputar la lesión del derecho a los órganos judiciales, por no haber satisfecho adecuadamente el «deber de protección» en que se proyecta la vinculación positiva del poder judicial a los derechos fundamentales (*vid.* comentario al art. 53.1 CE). El Tribunal Constitucional aprovecha así al límite, hasta apurarlas, las posibilidades hermenéuticas que ofrece la LOTC —o, tal vez más exacto y sin circunloquios, «contradice el tenor literal del art. 44 LOTC» (DÍEZ-PICAZO, 2003, 82)—, ya que esta exige que la vulneración del derecho tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1). Sea como fuere, esta lectura expansiva de su propio radio competencial ha permitido crear doctrina constitucional respecto de aquellos derechos fundamentales cuyo riesgo de vulneración se da sobre todo en las relaciones entre particulares (piénsese en los derechos de la esfera laboral o las múltiples colisiones entre los derechos de los arts. 20.1 y 18.1 CE). La praxis jurisprudencial seguida hasta la fecha, sin embargo, no deja de producir serios inconvenientes, especialmente en lo concerniente a su relación con la jurisdicción ordinaria. Pues el Tribunal Constitucional, llevando quizá demasiado lejos la «ficción» de imputar la lesión a los órganos judiciales —o simplemente soslayándola—, procede a la entera revisión del caso, imputando directamente al particular la vulneración del derecho en cuestión, hasta el punto de llevar en ocasiones al fallo de la sentencia estimatoria la anulación del acto privado (VELASCO CABALLERO, 2006, 398-399). Sobre esto tendremos que volver líneas abajo.

3. La caracterización de la subsidiariedad en la LOTC

Se abrace o no la idea de que la subsidiariedad es un rasgo del recurso de amparo imputado por el propio texto constitucional, hay coincidencia en señalar la amplia libertad de

configuración de que dispone al respecto el legislador orgánico, ya que en todo caso a él corresponde fijar el perfil último que adquiere dicho carácter subsidiario. En un doble orden de requisitos ha proyectado la concreción de este principio la LOTC: de una parte, en la exigencia del **agotamiento de los recursos** previos ante la jurisdicción ordinaria establecidos en el ordenamiento jurídico; y de otra, en la necesaria **invocación de los derechos** pretendidamente vulnerados en la vía judicial.

En efecto, la obligación de que se hayan **agotado todas las acciones y recursos disponibles** ante la jurisdicción ordinaria constituye un requisito que se establece expresamente en el art. 43.1 LOTC a propósito de los amparos contra el Gobierno y la Administración («una vez que se haya agotado la vía judicial procedente»); y que el art. 44.1.a) LOTC recuerda asimismo respecto de los amparados dirigidos contra los órganos judiciales («que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial»). No se contempla, por el contrario, este requisito en relación con los amparos formulados contra los actos sin fuerza de ley de las Asambleas legislativas (art. 42 LOTC); omisión que probablemente obedezca a la circunstancia de que, cuando se aprobó la LOTC el año 1979, no había ninguna vía judicial que permitiera su impugnación.

Directamente conectado con la anterior causa de inadmisibilidad está el requisito de la **invocación del derecho en la vía judicial** ordinaria para acceder al Tribunal Constitucional, según contempla expresamente el art. 44.1.c) LOTC. Esta exigencia, como se ha cuidado de subrayar el Tribunal en la STC 130/2006, está directamente incardinada a la preservación del carácter subsidiario del amparo, configurándose «como un mecanismo esencial para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por cuanto reclama que con carácter previo al recurso de amparo constitucional se haya dado una efectiva oportunidad a los órganos jurisdiccionales ordina-

rios para reparar la vulneración supuestamente cometida a través de la inserción en el proceso del problema constitucional que constituye el objeto del recurso de amparo constitucional» (FJ 4). Pues, ciertamente, la jurisdicción constitucional de amparo «resultaría desvirtuada si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama» (STC 203/1987, FJ 2).

Que la invocación del derecho constituye una condición *sine qua non* para el correcto funcionamiento de la subsidiariedad, es una convicción que ha llevado al Tribunal Constitucional a imponer esta exigencia a los amparos dirigidos contra el Ejecutivo y la Administración, pese a que el art. 43 LOTC omite toda referencia a la misma. Así, ya en el ATC 365/1984 se razonó a propósito del agotamiento de la vía judicial *ex* art. 43.1 LOTC: «para que el requisito se considere cumplido realmente es necesario que antes los órganos [judiciales] se haya sometido la cuestión bajo perspectiva constitucional, esto es, que se les haya planteado y expuesto la posible violación de derechos fundamentales contenida, a juicio de los interesados en la resolución administrativa de que en cada caso se trate. De no ser así, no se puede considerar satisfecha la exigencia constitucional (art. 53.2 CE) relativa a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales ordinarios, entendida como previa a la defensa de los mismos ante este Tribunal, exigencia con la que enlaza el inciso final del art. 43.1 LOTC» (FJ único).

Por lo demás, la extensión del requisito de la invocación del derecho a los amparos del art. 43 LOTC no viene a reflejar sino que la subsidiariedad opera como un **«principio»**, que, en cuanto tal, puede desplegar su virtualidad más allá de los específicos preceptos de la LOTC que lo concretan y desarrollan. Como ha reconocido expresamente el Tribunal

Constitucional, «no sería tal principio si se redujera a las concretas normas que informa, y no fuera susceptible de proporcionar, por sí mismo, la regla de decisión del caso sin necesidad de una o varias infradeterminaciones normativas» (STC 158/1995, FJ 2).

4. Los problemas generados en la práctica por el recurso de amparo

A) La «sobrecarga» del Tribunal Constitucional

Uno de los principales problemas planteados en la práctica por el recurso de amparo ha derivado en buena medida de su éxito, a saber, el incremento incesante del número de demandas interpuestas, cuyo excesivo volumen ha llegado a afectar el funcionamiento eficaz del Tribunal. Baste citar que las demandas de amparo registradas el año 2007 fueron 9.840, que supusieron el 98,27% del total de asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional dicho año (*Tribunal Constitucional. Memoria 2007*, pág. 26). «Sobrecarga» del Tribunal que, por lo demás, apenas se vio aliviada por la reforma del art. 50 LOTC llevada a cabo el año 1988 (LO 6/1988, de 6 de junio), con la que se pretendió agilizar el trámite de admisión. De ahí que se abriera paso en la literatura la necesidad de avanzar hacia la «**objetivación**» del recurso de amparo, entendiendo por tal concepto la posibilidad de que el Tribunal Constitucional rechazase el conocimiento de una demanda —por razón de su escasa entidad o trascendencia— pese a que la misma pudiese eventualmente dar lugar a una resolución estimatoria. Una posibilidad que, si bien no parecía excluirse del tenor literal del art. 50.1.c) LOTC (inadmisión de la demanda por carencia «manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo»), no fue hecha suya por la jurisprudencia constitucional. Más concretamente, se trataba de aprovechar el carácter «eventual» con el que se configura el recurso de amparo en el art. 53.2 CE —y, por tanto, de la amplia libertad de configuración del legislador orgánico— para avanzar en la

línea que había apuntado la reforma de 1993 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán y exigir a las demandas, para su admisión, que ostentasen en positivo un contenido que justificase su conocimiento por el Tribunal (CRUZ VILLALÓN, 1994, 18-20).

Aunque estas sugerencias no encontraron un clima lo suficientemente maduro cuando se formularon, sí terminarían por abrirse paso años más tarde con la reforma de la LOTC acometida por la LO 6/2007. De hecho, su Exposición de Motivos destaca entre las situaciones que se pretenden atajar con la reforma «el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal» (ap. II). A tal objeto, el nuevo art. 50.1.b) exige ahora para la admisión de las demandas de amparo: «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». Y, consecuentemente con esta «objetivación» del amparo, al art. 49.1 LOTC se le añade un último inciso: «En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

Pues bien, esta nueva obligación de los demandantes de amparo de argumentar la trascendencia constitucional de la queja, según aclararía ya el ATC 188/2008, «es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental [...] sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto» (FJ 2). Por lo demás, habida cuenta de que «es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se co-

necta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo [...] no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)» (FJ 3).

La STC 155/2009 entrañó un paso determinante en la delimitación del concepto «especial transcendencia constitucional», toda vez que vino a identificar los posibles supuestos reconducibles a dicha noción, los cuales sin embargo, como apostillaría expresamente la Sentencia, no podían entenderse como un elenco definitivamente cerrado. Tales casos son los siguientes: «a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, [...] o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, [...] o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos ca-

sos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios» (FJ 2).

Sea cual fuere la valoración que merezca este proceso de «objetivación» del amparo constitucional, pocas dudas hay que albergar acerca de su eficacia en lo referente a aliviar la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, como lo atestigua el hecho de que entre 2006 y 2015 las demandas registradas se redujesen en más de un tercio, pasando de 11.471 a 7.203 (GONZÁLEZ BEILFUSS, 2016, 340).

Debemos notar, finalmente, que el TEDH ha considerado que el nuevo trámite de admisión de los recursos de amparo no contradice en modo alguno el art. 6.1 del Convenio, aunque sí entiende exigible que el Tribunal Constitucional explicita la aplicación de la especial transcendencia constitucional en los asuntos declarados admisibles al objeto de garantizar una buena administración de justicia (Sentencia de 20 de enero de 2015, caso *Vives Antón c. España*; HERNÁNDEZ RAMOS, 2016, 317).

B) *El difícil deslinde de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de los derechos y libertades*

Es muy difícil que un sistema de justicia constitucional en el que, además del control de las leyes, se atribuya subsidiariamente al Tribunal Constitucional la tutela de los derechos fundamentales, no plantee fricciones entre aquel y la jurisdicción ordinaria. Esta potencial conflictividad se ha manifestado, sin em-

bargo, con especial virulencia en nuestro caso, como lo acreditan algunas contundentes reacciones del Tribunal Supremo ante pretendidas invasiones de su ámbito competencial por parte del Juez constitucional (SSTC 7/1994, 115/2000, etc.). Y lo cierto es que nuestro sistema propicia que esas relaciones sean especialmente tensas. De una parte, porque la Constitución es muy generosa en el reconocimiento de derechos fundamentales de naturaleza procesal, lo que obviamente multiplica los supuestos en que los órganos judiciales son susceptibles de lesionar, *per se*, directamente derechos. Y, de otro lado, porque las posibilidades de conflicto se incrementan exponencialmente en el momento en que se admite que la función del Tribunal Constitucional se proyecta asimismo a las relaciones entre particulares; máxime cuando —como es frecuente en nuestra práctica— el control no se ciñe a constatar las deficiencias de protección que hayan podido cometer las resoluciones judiciales impugnadas, sino a revisar íntegramente el caso en sí, lo que puede conducir a que el Tribunal Constitucional desplace y sustituya a los órganos judiciales en la tarea de interpretar y aplicar la normativa civil, penal o laboral involucrada en cada caso.

El telón de fondo sobre el que se proyecta la tensión permanente entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria es la cuestión relativa a discernir qué sea un asunto de **mera legalidad** y qué sea **constitucionalmente relevante** al resolver un recurso de amparo. Habida cuenta del papel determinante que juega el legislador en el desarrollo y limitación de los derechos fundamentales, es un lugar común en la doctrina destacar la dificultad que encierra distinguir los planos de lo constitucional y lo legal en la elucidación de las demandas de amparo (entre otros muchos, JIMÉNEZ CAMPO, 1996, 513; PÉREZ TREMPES, 2001, 644), hasta el extremo de reflejarse en la misma una cierta resignación en lo concerniente a la posibilidad de avanzar algo en la separación de ambas esferas. Y no faltan referencias en la propia jurisprudencia constitucional que apuntan hacia esa dirección, como el muy citado pasaje que se trans-

cribe a continuación, tomado de una resolución relativa al art. 24.1 CE: «La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada» (STC 50/1984, FJ 3).

Ciertamente, es ineludible convenir en la complejidad que conlleva el empeño de trazar unas diáfnas fronteras entre las cuestiones de mera legalidad y las constitucionalmente relevantes. Muy especialmente, cuando las demandas de amparo se plantean —como sucedía en la recién citada STC 50/1984— sobre los **derechos de configuración legal**; categoría que el Tribunal Constitucional ha aplicado señaladamente al derecho a la tutela judicial efectiva (p. ej., STC 193/1992, FJ 3) y al derecho al acceso a los cargos públicos (entre otras muchas, STC 1/1993, FJ 1), aunque también ha recibido tal calificativo el derecho a la autonomía universitaria (SSTC 130/1991, FJ 3, y 187/1991, FJ 3) y de «reserva de configuración legal» habla la STC 15/1982 (FJ 8) para referirse a la que aparece vinculada con el derecho a la objeción de conciencia. Pues, en efecto, cuando de «derechos de configuración legal» se trata, la intervención del legislador adquiere un carácter cualitativamente diferente: no se ciñe a «interpretar», operando con eficacia declarativa, cuál sea la delimitación del contenido constitucionalmente protegido *prima facie* del derecho que ha de inferirse directamente del propio texto constitucional, sino que es el mismo legislador el que —operando con eficacia

constitutiva— coadyuva a la delimitación del derecho fundamental, «concretizando» las específicas facultades, garantías, posiciones jurídicas y posibilidades de actuación integrantes de su contenido constitucionalmente protegido. Intentar, pues, un deslinde entre «lo constitucional» y «lo legal» cuando está en juego un «derecho de configuración legal» deviene una tarea extremadamente compleja, toda vez que el legislador desempeña una función materialmente constituyente, cual es la de «crear» el contenido constitucionalmente protegido *ab initio* de los derechos fundamentales (*vid.* comentario al art. 53.1 CE).

Más allá, sin embargo, de estos «derechos de configuración legal», cobra sentido cuestionarse si no es posible hacer un mayor esfuerzo para avanzar en la clarificación de las fronteras entre las cuestiones de legalidad ordinaria y las constitucionalmente relevantes. Así, por ejemplo, podría quizá darse algún paso si se mejorase la depuración dogmática de determinados derechos fundamentales, procurando deslindar su contenido constitucionalmente protegido de un eventual **contenido suplementario** que, en cuanto de libre creación del legislador, debería confiarse en exclusiva a la jurisdicción ordinaria. En este sentido, y a título de ejemplo, de igual manera que el Tribunal Constitucional ha reconocido que, pese a su reconocimiento por el legislador, no forma parte del contenido del derecho fundamental a la intimidad el derecho de los reclusos a tener comunicaciones íntimas (STC 89/1987, FJ 2), ni del derecho fundamental a la educación el derecho de los padres a que los hijos reciban educación en la lengua de su preferencia en el centro público de su elección (STC 195/1989, FJ 3), cabría especular con que se podría afinar más en la delimitación del **contenido adicional** de la libertad sindical, intentando identificar qué concretos derechos o garantías creados por el legislador —aún más: por reglamento o por convenio colectivo (SSTC 39/1986, 127/1989, 30/1992, 173/1992, etc.)— tienen verdadera relevancia constitucional y cuáles, por el contrario, han de tutelarse únicamente por la jurisdicción ordinaria.

De otra parte, como adelantamos líneas arriba, son singularmente proclives a generar fricciones entre ambas jurisdicciones los muy frecuentes supuestos de lesión de derechos en las relaciones *inter privatos* que han de resolverse a través de la **ponderación** entre los derechos fundamentales en conflicto (paradigmáticamente, art. 18.1 CE *versus* art. 20.1 CE) o entre el derecho y otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Tras una etapa inicial de «ponderación formal», la jurisprudencia constitucional asumiría pronto un control más penetrante e incisivo de la interpretación y aplicación de la pertinente normativa realizada por los Tribunales ordinarios (STC 107/1988). De acuerdo con esa **ponderación constitucionalmente adecuada** que ahora se exige, el Juez constitucional no solo revisa el «proceso» argumental contenido en las resoluciones impugnadas para ver si se adecua a los criterios, pautas, parámetros y «reglas de preferencia» establecidos por la jurisprudencia constitucional para resolver la colisión enjuiciada («ponderación de reglas o ponderación abstracta»), sino que su control se extiende al «resultado» mismo de la ponderación. Sobre la base de los hechos declarados probados en vía judicial, que sí le vinculan (SSTC 176/2013, FJ 4 y 19/2014, FJ 4), el Tribunal Constitucional se entiende autorizado para «utilizar criterios distintos de los utilizados por la jurisdicción ordinaria, que no vinculan a este Tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de la Sentencia judicial» (STC 172/1990, FJ 4; reiterado, entre otras muchas, en STC 200/1998, FJ 4). Dicho sea sin circunloquios: en relación con estos casos de derechos fundamentales, «la tarea constitucionalmente encomendada al Tribunal Constitucional no tiene por objeto el enjuiciamiento de la ponderación o de las valoraciones efectuadas por las resoluciones judiciales sometidas a nuestro control, sino el examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones (por todas, STC 200/1998, FJ 4, y las SSTC allí citadas)» (STC 136/1999, FJ 13; asimismo, por ejemplo, STC 110/2000, FJ 3).

Así, pues, con la evidente finalidad de dotar de una más plena protección a los derechos fundamentales, el control del Tribunal Constitucional puede extenderse, no solo a la «ponderación de reglas o ponderación abstracta», sino también al «juicio ponderativo» que debe realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto («ponderación orientada al caso concreto»); y en esta tarea la jurisdicción constitucional «no está vinculada a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial» (STC 171/1990, FJ 4). En suma, de acuerdo con la línea jurisprudencial hoy preponderante, el Tribunal Constitucional se considera habilitado para efectuar un control total de la ponderación orientada al caso concreto. Un control que, a la postre, puede permitirle incluso realizar él mismo dicha ponderación *ex novo*, sin más restricciones que las derivadas del respeto a los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales. Puede, así, «hurgar» en el caso para identificar y sopesar determinadas circunstancias que fueron preteridas por los órganos judiciales al no considerarlas relevantes para la elucidación de la controversia, así como barajar cualquier nueva consideración o punto de vista relacionados con el caso que estime pertinente introducir en la ponderación (*v. gr.*, STC 106/1996). Es posible, pues, que revise sin cortapisas la valoración de los hechos efectuada por los órganos judiciales, lo que, en sustancia, puede suponer el desplazamiento de la apreciación subjetiva de estos por la suya propia.

Importa notar, claro está, que el Tribunal Constitucional no *siempre* lleva a cabo un control de esta intensidad, ni mucho menos; aunque sí se considera facultado para realizarlo *siempre*, puesto que no se desprende con claridad de la jurisprudencia constitucional ningún criterio o indicio objetivo que sirva para predecir cuándo y bajo qué condiciones activará en toda su potencialidad la aludida competencia revisora. Cuando así sucede, parece partirse de la premisa de que la concreta controversia enjuiciada solo es susceptible de recibir una solución constitucionalmente correcta: no basta con interpretar y aplicar la legalidad con arreglo a las directrices jurisprudenciales delimitadoras de los derechos fundamentales; deberá además llegarse al resultado que, de acuerdo con una determinada valoración de las circunstancias concurrentes en el caso, considere adecuado el juez constitucional. En estos supuestos, es difícil resistirse a la impresión de que las fronteras entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria se han hecho particularmente fluidas, cuando no se han desvanecido por completo. Muy probablemente, las tensiones entre ambas jurisdicciones se mitigarían en este ámbito si el Tribunal Constitucional contuviese su capacidad revisora en la fase de la «ponderación orientada al caso», procurando reservar a los órganos judiciales —cuando tras la aplicación de las «reglas de preferencia» aún reste un espacio para la apreciación subjetiva— un margen de libre decisión sobre el resultado de la ponderación (MEDINA GUERRERO, 2002).

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 35 y ss.

— «Sobre el amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, págs. 9 y ss.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «El art. 53.2 de la Constitución: Interpretación y alternativas de desarrollo», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

— *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

— «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, págs. 11 y ss.

GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «La especial transcendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, págs. 333 y ss.

HERNÁNDEZ RAMOS, M., «Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión de los recursos de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, págs. 307 y ss.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Art. 53. Protección de los derechos fundamentales», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996, págs. 441 y ss.

MEDINA GUERRERO, M., «La articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la tutela de las libertades de expresión e información», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. II, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, págs. 1668 y ss.

PÉREZ TREMPES, P., «Comentario al art. 41 de la LOTC», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, págs. 633 y ss.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «El recurso de amparo», en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, págs. 123 y ss.

RUBIO LLORENTE, F., «El recurso de amparo constitucional», en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, CEC, Madrid, 1995, págs. 125 y ss.

ARTÍCULO 53.3

LA FORMA DE VINCULAR DE LOS PRECEPTOS DEL CAPÍTULO TERCERO DEL TÍTULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Sumario: I. Introducción. II. Régimen general del art. 53.3 CE. 1. Mandatos vinculantes objetivos de actuación a los poderes del Estado. 2. Destinatarios de las normas contenidas en los arts. 39 a 52 CE. 3. La denominada «cláusula del miedo», mandatos de optimización, justificación de limitaciones de derechos fundamentales. III. Otros regímenes singulares.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Buena parte de la denominada «Constitución social española» (sobre este concepto permítaseme remitir a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, 17 y ss.) se contiene en el Capítulo Tercero del Título Primero del texto constitucional. El art. 53.3 CE tiene como objeto específico de su regulación la determinación de la eficacia de esos «principios rectores de la política social y económica»: «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».

Pero los preceptos contenidos en los arts. 39 a 52 CE no son homogéneos en cuanto a su contenido. De la lectura del art. 53.3 CE podría extraerse una primera impresión general de que todos ellos contienen principios rectores a los que es aplicable la eficacia que dicho art. 53.3 CE dispone con alcance general. Un análisis más atento permite distinguir entre un grupo amplio de preceptos a los que es aplicable dicho régi-

men general y otro grupo, más reducido, que, por su contenido, escapa del ámbito sobre el que se proyectan las determinaciones del art. 53.3 CE (así, JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 128 y ss., que distingue entre «normas programáticas» —a las que se «acomoda bien el mero valor *informativo* que les atribuye el art. 53.3»— y «otros enunciados normativos», entre los que se destacan, a su vez, «mandatos de legislar», «normas de igualdad» y «garantías institucionales»). Comencemos analizando dicho régimen general.

II. RÉGIMEN GENERAL DEL ART. 53.3 CE

1. Mandatos vinculantes objetivos de actuación a los poderes del Estado

Los preceptos del Capítulo Tercero del Título Primero de la CE son **mandatos vinculantes de actuación** a los poderes del Estado (en sentido amplio) con eficacia objetiva. Que son mandatos vinculantes no necesita mayor explicación que el propio tenor literal del precepto constitucional específicamente destinado a regular la eficacia de los «principios rectores de la política social y económica»: el

art. 53.3 CE. Esta norma constitucional impone al legislador y a los órganos de aplicación del Derecho el «reconocimiento, el respeto y la protección» de los mencionados principios. Discutible puede ser en qué medida cabe extraer de los arts. 39 a 52 CE la obligación de llevar a cabo determinadas actuaciones concretas, pero no el carácter vinculante de los principios contenidos en aquellos preceptos. En este sentido, ha afirmado el Tribunal Constitucional que los preceptos constitucionales mencionados, «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE» (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, y 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5).

Se ha dicho, además, que la vinculación de los poderes públicos se realiza de una forma **objetiva**. Con ello quiere destacarse que, en principio, ninguno de los principios de los que hablamos tiene como finalidad reconocer directamente derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos (es suficientemente conocido que, en concreto, con respecto al contenido del art. 45 CE —derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado—, no obstante, un sector doctrinal importante ha defendido que el mencionado precepto reconoce un verdadero *derecho público subjetivo* no fundamental, al mismo tiempo que establece el *principio rector objetivo* correspondiente; sobre ello, entre otros, VELASCO CABALLERO, 1994, 77 y ss.; POMED SÁNCHEZ, 1998, 557 y ss. y LÓPEZ RAMÓN, 2005, 183 y ss.). Los arts. 39 a 52 CE pretenden dirigir objetivamente la actividad de los órganos estatales, pero no aumentar el ámbito subjetivo de derechos del ciudadano constitucionalmente reconocido. En palabras del Tribunal Constitucional: «los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título primero, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

De lo expuesto se deducen ya dos importantes consecuencias. Por una parte, cada uno de esos mandatos de actuación que imponen los citados preceptos constitucionales (protección de la familia, del medio ambiente, del patrimonio histórico artístico, o del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) identifica **tareas que necesariamente debe cumplir el Estado** (en sentido amplio). A diferencia de los simples mandatos de regulación al legislador impuestos por la Constitución (por ejemplo, la regulación de la institución del Jurado del art. 125 CE), que se consideran cumplidos cuando el órgano legislativo ha aprobado la ley de que se trate, los arts. 39 a 52 CE imponen **tareas estatales de desarrollo permanente**, con las que no se cumple de una vez para siempre, sino que dirigen siempre la actividad estatal mientras dichos preceptos estén en vigor (GARCÍA MACHO, 1998, 366).

Por otra parte, el **mandato de actuación favorable** a dichos principios ya contiene en sí la *prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique aquellos* (así, con respecto a la cláusula alemana del Estado social, STERN, 1984, 914). Algún ejemplo de esta eficacia de los principios rectores puede encontrarse en la jurisprudencia constitucional. La STC 19/1982, de 5 de mayo, se pronunció sobre una determinada interpretación (dudosa desde la perspectiva de las reglas que disciplinan la materia) realizada por la Administración y un órgano judicial que habían declarado que eran incompatibles la pensión de viudedad y la de jubilación. El Tribunal Constitucional declaró que el art. 50 CE (protección de la tercera edad) «manda que se deseche la aplicación de una regla que conduce a un resultado opuesto al que dicho precepto constitucional declara deseable» (FJ 6). En el mismo sentido, la STC 45/1989, de 20 de febrero (en especial, FJ 4) declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos tributarios que podían hacer derivar una mayor carga impositiva de la circunstancia de estar casado, entre otros motivos, por ser incompatibles con el mandato constitucional de protección de la familia y el matrimonio.

La STC 77/2015, de 27 de abril, obliga a escoger entre dos interpretaciones posibles de una norma tributaria la más favorable a la protección de una familia numerosa. En materia de protección del medio ambiente (art. 45 CE), ha declarado la STC 233/2015 (asunto: ley de reforma de la ley de costas), de 5 de noviembre, FJ 2.c), que «el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva».

2. Destinatarios de las normas contenidas en los arts. 39 a 52 CE

Conforme a la regulación del art. 53.3 CE suele decirse que el **destinatario directo** de los principios rectores de la política social y económica es el legislador (que está obligado a convertir esos principios en concretas reglas de Derecho) y que la Administración y los órganos judiciales son **destinatarios mediatos o indirectos** de dichos principios (que se harán realidad mediante la ejecución que estos órganos de aplicación del Derecho hagan de las reglas dictadas por el legislador) (así, para la cláusula del Estado social en la *Grundgesetz*, SCHMIDT-ASSMANN, 2005, 36, que fundamenta también dicha eficacia en exigencias propias del principio del Estado de Derecho y democrático: la exigencia de determinación normativa y la libertad de configuración del Parlamento, en especial, en su función de legislador presupuestario). Para el legislador los arts. 39 a 52 CE constituirían mandatos de actuación, ponderación y regulación; mientras que para la Administración y los órganos judiciales esos principios solo actuarían directamente como criterios de interpretación de las normas dictadas por el legislador (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 127). Es posible coincidir sustancialmente con esta explicación, pero creo que también se puede profundizar más en ella.

La eficacia directa de los principios rectores de la política social y económica es más intensa y penetrante cuanto mayor sea el **ámbito de libertad conformadora** de las decisiones de los órganos estatales. Esa libertad es —en el marco constitucional— máxima para el legislador. Por eso es correcto afirmar que esos principios lo tienen a él como destinatario fundamental. Pero también existe un marco amplio de libertad conformadora en decisiones atribuidas al Gobierno y a la Administración (piénsese en la actividad de planificación del Gobierno o en la planificación urbanística de la Administración). También en estos ámbitos debe hablarse de una intensa eficacia *directa* de los preceptos constitucionales a los que se hace aquí referencia.

Por el contrario, en los ámbitos de pura actividad aplicativa de la Administración o de los órganos judiciales la eficacia directa pierde intensidad (puede no pasar de ser un criterio de interpretación de las reglas que se aplican) y la gana la eficacia indirecta o mediata (la que pasa a través de la aplicación de las normas dictadas por los destinatarios directos o inmediatos). En términos generales, creo que puede afirmarse que «la eficacia directa de los arts. 39 a 52 CE es mayor cuanto mayor sea el ámbito de libertad conformadora que se atribuye a las decisiones de un órgano estatal; y va descendiendo gradualmente (y convirtiéndose en eficacia indirecta) cuanto más vinculada esté la actividad de los órganos aplicadores del Derecho» (el mismo resultado en STERN, 1984, 916; y SCHMIDT-ASSMANN, 2005, 38). Puede haber un punto medio en esa escala en el que se situaría la utilización de los principios rectores de la política social y económica como principios ponderables que deban tenerse en cuenta al adoptar decisiones para las que la norma correspondiente atribuye un amplio margen de discrecionalidad (sin que pueda hablarse, no obstante, de libertad conformadora) delimitado con conceptos como el de interés general, intereses públicos, etc.

3. La denominada «cláusula del miedo», mandatos de optimización, justificación de limitaciones de derechos fundamentales

El art. 53.3 CE contiene una redacción muy parecida a lo que en la doctrina alemana se ha denominado «cláusula del miedo» (*Angstklausele*) [una cláusula análoga se contiene en el art. 20.a) de la *Grundgesetz*, relativo a la protección estatal del medio ambiente y según el cual el Estado cumple con ese fin «en el marco de esta Constitución, a través del legislador y, conforme a la ley y al Derecho, a través del poder ejecutivo y de los órganos judiciales»]; sobre esa *Angstklausele* puede verse MURSWIEK, 2003, 56].

Los principios del Capítulo Tercero «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Es evidente que el precepto no puede querer limitar las posibilidades de alegación argumentativa de quien acude a los Tribunales en defensa de sus pretensiones. El precepto prohíbe solamente que los órganos judiciales entren con criterios propios en las materias de política social.

Por una parte, sirve para destacar —como se ha expuesto— que los destinatarios primarios de los principios de que aquí se trata son los órganos cuyas decisiones están dotadas de un amplio margen de libertad conformadora (especialmente, el legislador). Por otra parte, también se pone de manifiesto que los arts. 39 a 52 no pueden utilizarse por los órganos aplicadores del Derecho para desvincularse de las exigencias del principio de legalidad (arts. 9.3 CE, 103.1 CE —para la Administración—, y 117.1 CE —para los órganos judiciales—) (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 127). La Administración y los órganos judiciales también están vinculados a la ley cuando esta, en el caso concreto, pudiera conducir a un resultado que aparentemente se presentara como «antisocial» (ZACHER, 2004, 731; SCHMIDT-ASSMANN, 2005, 37-38).

Buena parte del contenido de los arts. 39 a 52 CE son también **mandatos constituciona-**

les de optimización, principios que imponen que la decisión valorativa que aquellos preceptos constitucionales contienen (a favor de la familia, del pleno empleo, del medio ambiente o de los discapacitados) se realice en cada momento en la medida de lo jurídica y fácticamente posible (esta es —como se sabe— la expresión que se utiliza en la teoría general de los derechos fundamentales de ALEXY, 1996, 75 y ss., para referirse a la posibilidad de ponderar derechos fundamentales reconocidos en una norma constitucional con el carácter de principio). Ciertamente, la determinación de lo que sea posible en cada momento es algo que corresponde fundamentalmente al legislador mediante juicios de ponderación con otros mandatos de optimización que se sitúan, unos frente a otros, en una situación de tensión y concurrencia, aunque solo fuera por la limitación de los recursos económicos del Estado. Estas ideas se encuentran expresamente en la jurisprudencia constitucional, que ha declarado, por ejemplo, con apoyo en los arts. 41 y 50 CE, que estos preceptos imponen un deber de configurar el sistema de Seguridad Social «más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos» *dentro de las posibilidades reales* (STC 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10).

Hay que destacar, no obstante, que estos mandatos de optimización no suponen una prohibición constitucional de disminución de los niveles de protección alcanzados (por ejemplo, minoración de la cuantía de las pensiones previstas en los arts. 41 y 50 CE), si «la medida de lo posible en un momento dado», como consecuencia, por ejemplo, de un empeoramiento de la coyuntura económica general, hace necesario ese descenso del nivel de protección. **No** se contiene en los arts. 39 a 52 CE ningún principio general de lo que se ha denominado como «**irreversibilidad de las conquistas sociales**» (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 130; SCHMIDT-ASSMANN, 2005, 36; en contra, HÄBERLE, 1972, 111; a favor de una «irreversibilidad limitada», PONCE, 2013). También en materia de protección medioambiental ha

declarado el Tribunal Constitucional —aunque matizando en el contexto de la afirmación— que «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» [STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2.d)].

La incorporación a la Constitución de estos principios ponderables cumple otra importante función, que es la de **justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales** necesarias para la protección de los principios del capítulo tercero del título primero de la CE. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el contenido de los derechos fundamentales solo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6). No cabe la menor duda, por ejemplo, de que el reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente (art. 45 CE) o del patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE) justifica la imposición de importantes limitaciones al derecho de propiedad (art. 33 CE) sobre bienes inmuebles (así, expresamente, en las STC 227/1988, de 29 de noviembre —sobre la Ley de Aguas—, FJ 7; y 66/1991, de 22 de marzo, FJ 3). De la misma manera que también la protección de la familia (art. 39.1 CE) puede justificar el límite evidente a la propiedad que supone reconocer a terceros (miembros de la familia) el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario [STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4.a)]. La función social de la propiedad vincula la titularidad de inmuebles destinados a uso residencial que son el soporte físico del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y que cumplen con una función, también, fácilmente comprensible, de protección de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), etc. (así, SSTC 89/1994, de 17 de abril, FJ 4; y 154/2015, de 9 de julio, FJ 4).

Especial mención merecen, en este contexto, los preceptos del Capítulo Tercero del Título

Primero que identifican **grupos de personas necesitados de especial protección**. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad *en la ley*, como en la de igualdad *en la aplicación de la ley* del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado art. 14 CE.

Los grupos de personas necesitados de especial protección mencionados en los arts. 39 a 52 CE son numerosos: hijos menores y madres (art. 39 CE), trabajadores españoles en el extranjero (art. 42 CE), jóvenes (art. 48 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50) y consumidores y usuarios (art. 51 CE). Y el Tribunal Constitucional «ha hecho uso de (estos principios rectores) en el sentido expuesto: «la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre» (STC 109/1993, de 25 de marzo —sobre la licencia para lactancia en el trabajo—, FJ 4); no es contrario al art. 14 CE (principio de igualdad) ni al art. 23.2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) una reserva porcentual de plazas para minusválidos en una oferta de empleo público en atención al mandato de protección de los discapacitados que se contiene en el art. 49 CE (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4); etc.» (STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 4).

III. OTROS RÉGIMENES SINGULARES

No todo lo que se encuentra en el Capítulo Tercero del Título Primero son principios a los que sea aplicable el régimen previsto en el art. 53.3 CE. En estos casos, el régimen específico que cabe deducir de cada precepto con-

siderado aisladamente desplaza los mandatos generales contenidos en dicho art. 53.3 CE.

Entre los preceptos que se están analizando se encuentran algunos que contienen **simples mandatos de regulación al legislador** (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, 131) (pero no imponen al Estado mandatos permanentes de actuación): la obligación de permitir legalmente la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), la regulación de las horas de jornada laboral y de las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE), la regulación de sanciones penales y, en su caso, administrativas, así como de la obligación de reparar el daño causado en materia de medio ambiente (art. 45.3 CE), la regulación de sanciones penales para quienes atenten contra el patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE), la regulación de la forma en que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47, ap. 2, CE), la regulación de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (art. 52 CE; sobre esta materia *vid.* STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5).

Hay también, entre los preceptos comentados, simples **reservas de ley**, como la que se contiene en el art. 51.3 CE («la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales»). Frente a los concretos mandatos de regulación de una específica cuestión constitucionalmente impuesto al legislador, esta reserva de ley idéntica de forma general un ámbito material más amplio que ha de ser regulado por la ley. Sobre esta reserva de ley se pronunció la STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4.

Por último, según el Tribunal Constitucional, el art. 41 CE, al referirse al régimen público de Seguridad Social, al mismo tiempo que impone una función al Estado, «consagra en forma de **garantía institucional** un régimen público cuya preservación se juzga imprescindible para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [STC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3.b)].

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., 1996.

GARCÍA MACHO, R., «De los derechos sociales a los principios rectores», en BALADO, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (Dir.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, págs. 363 y ss.

GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 4.^a ed., 1985, reproducida en sus *Obras completas*, tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 1585 y ss.

GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984.

HÄBERLE, P., «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Berlín, 1972, págs. 43 y ss.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.

LÓPEZ RAMÓN, F., «El medio ambiente en la Constitución española», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 222, 2005, págs. 183 y ss.

MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, 2000.

— *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, 2002.

MURSWIEK, D., «Comentario al art. 20 a)», en SACHS (Coord.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3.^a ed., 2003.

POMED SÁNCHEZ, L., «El derecho al medio ambiente», en CONTRERAS, M., POMED, L. y SALANOVA, R. (Coords.), *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos*, Zaragoza, 1998, págs. 557 y ss.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, E., «Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für das Verwaltungsrecht», en GRUPP, K. y HUFELD, U. (Dirs.), *Recht- Kultur- Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußgnug zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005*, Heidelberg, 2005, págs. 33 y ss.

STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Múnich, 1984.

TAJADURA, J. (Dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, 2004.

VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002.

VELASCO CABALLERO, F., «El medio ambiente en la Constitución: ¿derecho público subjetivo y/o principio rector?», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994, págs. 77 y ss.

ZACHER, H. F., «Das soziale Staatsziel», en ISENSEE/KIRCHHOF (Dirs.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 3.^a ed., Heidelberg, 2004, págs. 659 y ss.

Artículo 54

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas 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.

Sumario: I. Introducción. II. La elaboración del artículo y su desarrollo normativo. III. La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo. IV. Los caracteres orgánicos de la institución. 1. El nombramiento del Defensor del Pueblo. 2. El cese del Defensor del Pueblo. 3. El estatuto del Defensor del Pueblo. V. Las facultades atribuidas al Defensor del Pueblo.: 1. La supervisión de la actividad de la Administración [I]: el ámbito competencial del Defensor del Pueblo. 2. La supervisión de la actividad de la Administración [II]: el procedimiento de actuación del Defensor del Pueblo. 3. Las resoluciones del Defensor del Pueblo. 4. La legitimación del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional. 5. Los informes del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales. 6. El Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. 7. El carácter de Institución Nacional de Derechos Humanos del Defensor del Pueblo. VI. El Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios de ámbito autonómico.

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ SAUDINÓS

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución ha establecido, entre el amplio elenco de garantías de los derechos constitucionales, una institución defensora de los derechos que es nueva en nuestro sistema jurídico: el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo. Así, el constituyente español ha querido configurar una garantía de tipo institucional, configurando al Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos constitucionales y otorgándole para ello facultades de supervisión de la actividad de la Administración.

No existen precedentes históricos de una institución de esta naturaleza en España, como ha sido destacado de modo casi unánime por

la doctrina, sino que se trata de la adopción por la Constitución de 1978 de una figura que encuentra su precedente más remoto en la inclusión en 1809 del *ombudsman* (cuya traducción literal podría ser «persona que da trámite») en la Constitución de Suecia, modificación por la que se convirtió una figura preexistente en un comisionado del Parlamento para el control de la actividad de la Administración.

El emplazamiento sistemático de este precepto en el Título I de la Constitución, que se consagra los derechos y deberes fundamentales, y dentro de este Título en su capítulo IV, destinado a las garantías de las libertades y derechos fundamentales, nos muestra con claridad cuál es **la finalidad de la institución que analizamos: la defensa de los de-**

rechos que la propia Constitución reconoce, estableciendo así una cierta diferenciación entre el Defensor del Pueblo de España y otras figuras del Derecho comparado que, como el propio *ombudsman* nórdico en que tiene su origen esta institución, el *Médiateur de la République* establecido en Francia desde 1973 hasta 2010, o el *Parliamentary Ombudsman* creado en 1967 en el Reino Unido, no han acentuado de manera tan concluyente esta función principal de ser mecanismo de defensa de los derechos humanos, quizá por existir en muchos de estos países europeos otras instituciones nacionales de protección de los derechos humanos.

II. LA ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO Y SU DESARROLLO NORMATIVO

En el Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia constitucional se incluía el art. 46 del siguiente tenor:

«Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, para la defensa de los derechos comprendidos en este título, quien, en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado dos del artículo anterior» (se refería a la tutela jurisdiccional ordinaria preferente y sumaria y a la constitucional en amparo de los derechos y libertades).

A este artículo del Anteproyecto se le formularon cinco enmiendas, que pretendían: 1) consagrar constitucionalmente la extensión del Defensor del Pueblo al ámbito autonómico (Grupo Mixto, Diputado Letamendía Belzunce); 2) ampliar las facultades de supervisión de la Administración pública (Grupo Socialista); 3) sustituir su denominación por la de *comisionado parlamentario*, explicitar su capacidad de efectuar recomendaciones para la defensa de los derechos y excluir a los parlamentarios para su elección (Grupo Mixto, Diputado Morodo Leoncio); 4) ampliar las

facultades de velar por el respeto de los principios del Estado de Derecho y de supervisión de la Administración pública y requerir que informe a las Cortes Generales, y 5) subrayar su actuación no decisoria, explicitar su capacidad de efectuar recomendaciones o remitir sus investigaciones al Ministerio Fiscal y suprimir la legitimación para el ejercicio de acciones ante los tribunales (Grupo Unión de Centro Democrático). Tras el estudio de estas enmiendas, el Informe de la Ponencia da una nueva redacción a este artículo, acogiendo por mayoría las enmiendas del Grupo Socialista y del Grupo Comunista y, en parte, la del diputado Morodo Leoncio, y rechazando el resto de esta enmienda, la enmienda del Diputado Letamendía Belzunce y la del Grupo Unión de Centro Democrático, considerando además que la mención a la legitimación para iniciar acciones ante los Tribunales se encuentra ya recogida en otro precepto del Anteproyecto. Con ello, el nuevo contenido del artículo, que ahora pasa a ser 49, es el que sigue:

«1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título.

2. El Defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del estado de derecho por parte de los poderes públicos, supervisando la actividad de la Administración e informando a las Cortes Generales.»

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados mantuvo esta redacción, que fue asimismo la aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados.

En el Senado, el texto aprobado por el Congreso fue objeto de ocho enmiendas, destinadas a: 1) perfilar mejor la figura como instrumento de control de la Administración

pública (Grupo Progresistas y Socialistas Independientes); 2) limitar el ámbito de actuación del Defensor a la vigilancia de la actividad de la Administración y eliminar cualquier atribución relacionada con actuaciones procesales propias del Ministerio Fiscal (Grupo Mixto, Senador Pedrol Ríus); 3) evitar el solapamiento con las facultades de otros órganos, especialmente del Ministerio Fiscal (Grupo Mixto, Senador Gutiérrez Rubio); 4) consagrar constitucionalmente también los defensores de ámbito autonómico (Grupo Senadores Vascos, Senador Bandrés Molet); 5) ampliar el ámbito competencial de actuación del Defensor también ante los Poderes Legislativo y Judicial y limitar su capacidad de supervisión a la Administración central, que él denomina confederal (Grupo Mixto, Senador Xirinacs i Damians); 6) configurar al Defensor como una magistratura de opinión en la supervisión de la Administración y no de acción judicial (Grupo Parlamentario Agrupación Independiente); 7) delimitar adecuadamente el ámbito competencial del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal (Grupo Unión de Centro Democrático), y 8) que el Defensor sea también comisionado de las respectivas asambleas legislativas en el ámbito autonómico e informe a las mismas (Grupo de Senadores Vascos). En la Comisión de Constitución del Senado, tras un debate centrado en la delimitación entre las facultades del Defensor del Pueblo y otros poderes del Estado, singularmente del Ministerio Fiscal, y la posible generalización autonómica de la figura o, al menos, su codependencia de los parlamentos autonómicos, no fue aprobada ninguna de las enmiendas presentadas: fueron rechazadas las del Senador Pedrol Ríus (pese a ser simplificada *in voce*), el Senador Bandrés Molet y el Grupo de Senadores Vascos; retiradas las del Senador Xirinacs i Damians, el Grupo Progresistas y Socialistas Independientes, el Grupo Parlamentario Agrupación Independiente y el Grupo de Unión de Centro Democrático y decaída la del Senador Gutiérrez Rubio. No obstante, se introdujo una modificación *in voce* por el portavoz del Grupo de Unión de Centro Democrático para mejorar la redac-

ción del ap. 2 del artículo, que quedó aprobado en los siguientes términos, pasando a ser el art. 53:

«1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título.

2. El Defensor del Pueblo velará igualmente porque los poderes públicos respeten los principios del Estado de Derecho, supervisará la actividad de la Administración e informará a las Cortes Generales.»

Los tres enmendantes que vieron sus enmiendas rechazadas, el Senador Pedrol Ríus, el Senador Bandrés Molet y el Grupo de Senadores Vascos, las mantuvieron para su defensa en el Pleno del Senado como votos particulares al Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, aunque el del Senador Pedrol Ríus decayó y los otros fueron rechazados de nuevo. Así, la misma redacción del art. 53 de la Comisión de Constitución fue la aprobada por el Pleno del Senado, que por consiguiente supuso únicamente una ligera modificación en el segundo apartado del precepto respecto al texto aprobado por el Congreso de los Diputados.

La Comisión Mixta Congreso-Senado integró los textos aprobados por ambas Cámaras y dio una nueva redacción al precepto, ahora art. 54, que resultó la definitiva que figura a la cabeza de este comentario. Como puede verse, la intervención de la Comisión Mixta supuso la fusión en uno de los dos apartados del artículo, manteniendo la literalidad del primero y añadiendo a continuación la expresión «a cuyo efecto» y parte del contenido del apartado segundo, en particular lo referido a la supervisión de la actividad de la Administración y la rendición de cuentas a las Cortes Generales, pero eliminando toda mención a velar «por que los poderes públicos respeten los

principios del Estado de Derecho». Curiosamente, la delimitación del ámbito de atribuciones del Defensor del Pueblo en relación con otros órganos del Estado (y sobre todo con el Ministerio Fiscal) referidas a la protección del Estado de Derecho había sido objeto de enmienda y debate, pero precisamente las enmiendas habían sido rechazadas y los textos aprobados por ambas Cámaras así lo reflejaban. No tenemos espacio aquí para extendernos al respecto, pero estamos quizá ante uno de los casos en que más claramente la actuación de la Comisión Mixta pudo exceder la mera integración de los textos aprobados por el Congreso de los Diputados y el Senado.

El art. 54 CE señala que **la regulación del Defensor del Pueblo se hará mediante una ley orgánica**, dejando así al legislador un amplio margen de discrecionalidad para el establecimiento de los perfiles concretos de la institución. Cumpliendo este mandato constitucional, se promulgó la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada posteriormente por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, y por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (en adelante, LODP). Asimismo, como desarrollo de esta legislación orgánica, las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en su reunión conjunta de 6 de abril de 1983, aprobaron el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, que ha sido objeto de modificación por Resoluciones de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 21 de abril de 1992, de 26 de septiembre de 2000 y de 25 de enero de 2012 (en adelante, ROFDP).

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

En primer lugar, nos encontramos ante un órgano del que podríamos resaltar su **relevancia constitucional, puesto que es la propia norma suprema quien directamente lo crea y le dota de sus principales atribuciones**. No es propiamente, sin embargo,

un órgano constitucional del Estado, dado que no participa de las notas caracterizadoras de los órganos constitucionales: no es un órgano que sea *creador* de Derecho (sus decisiones y resoluciones carecen, en general, de la fuerza vinculante típica de las normas jurídicas), ni que participe plenamente en la dirección política del Estado, ni que sea configurado directamente por la Constitución, que remite su regulación a una ley orgánica.

En segundo término, como ya hemos señalado, **la función o finalidad del Defensor del Pueblo no es sino la defensa de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución**, a la luz de la cual hay que considerar las facultades que el texto constitucional le encomienda, principalmente la de supervisar la actividad administrativa, pero también, entre otras, la de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Y ello porque aunque ambas facultades atribuidas al Defensor son muy diferentes, tienen en común configurarse como funciones de control que, como señala VARELA SUANZES-CARPEGNA, «son solo los medios que el ordenamiento pone a su alcance para realizar tan alta y delicada labor» (VARELA SUANZES-CARPEGNA, 1983, 79). PÉREZ CALVO hace hincapié en que, de este modo, el Defensor del Pueblo español rompe el esquema clásico del *ombudsman* tradicional, volcado principalmente hacia la fiscalización de la Administración, puesto que aunque «puede también fiscalizar a la Administración, ciertamente, e incluso puede decirse que esa es su actividad fundamental, pero ese objetivo ya no es primario, sino que queda englobado en el primero, en la defensa de los derechos y las libertades» (PÉREZ CALVO, 1996, 545). El propio tenor literal del art. 54 de la Constitución parece determinarlo cuando afirma que el Defensor del Pueblo sea designado por las Cortes Generales para la defensa los derechos del Título I, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las propias Cortes. Además, como afirma AGUIAR DE LUQUE, esta función protectora «alcanza a todos los derechos del Título I sin excepción, y ha de desplegarse

tanto sobre la dimensión subjetiva de los derechos en cuanto posiciones jurídicas fundamentales, como especialmente en su condición de elementos del ordenamiento objetivo» (AGUIAR DE LUQUE, 2011, 128).

Por otra parte, hay que advertir que aunque se trata de un órgano auxiliar del Parlamento (según la Constitución, el Defensor del Pueblo es su alto comisionado y la LODP exige que rinda anualmente ante ellas un informe de su gestión, su dotación económica se integra en los Presupuestos de las Cortes Generales y su ROFDP se aprueba por las Mesas de las Cámaras), **goza frente a la institución parlamentaria de autonomía, cuando menos en el plano funcional**: la LODP establece que el Defensor no está sujeto a mandato imperativo alguno y que no recibe instrucciones de ninguna autoridad, desempeñando sus funciones con autonomía y según su criterio. Si bien existe acuerdo general sobre la autonomía funcional del Defensor del Pueblo respecto a las Cortes Generales, la doctrina no es tan unánime por lo que se refiere a si existe también autonomía orgánica. PÉREZ CALVO resalta la condición de fiduciario parlamentario del Defensor (PÉREZ CALVO, 1996, 539), lo que critica VARELA SUANZES-CARPEGNA, quien además afirma categóricamente su autonomía orgánica y funcional (VARELA SUANZES-CARPEGNA, 1983, 65 y 67). De la misma opinión parece ESCOBAR ROCA, que destaca que «[f]rente al diseño derivado de la literalidad de la CE, que parecía indicar una cierta relación de dependencia («comisionado») del órgano que lo eligió, la LODP ha configurado un estatuto de su titular de gran independencia» (ESCOBAR ROCA, 2008, 170-171) y también CARBALLO ARMAS, quien resalta «la ausencia de subordinación del Defensor del Pueblo respecto a las Cortes Generales» lo que «resulta fácilmente evidenciable de una lectura sistemática de la propia LODP en este punto» (CARBALLO ARMAS, 2003, 144-145). PÉREZ-UGENA Y COROMINA entiende, por su parte, que tan solo cabe hablar de independencia en el plano funcional, mientras que en el orgánico la dependencia de las Cortes sería clara por tres cuestiones: la interven-

ción de las Cortes en la aprobación del ROFDP, la obligación de presentar un informe anual a las Cámaras y la inclusión del presupuesto del Defensor en el presupuesto de las Cortes Generales (PÉREZ-UGENA Y COROMINA, 1996, 165 y ss.). También para COLOMER VIADEL el Defensor del Pueblo está en relación con las Cortes Generales «en una situación doble de dependencia formal y autonomía funcional» (COLOMER VIADEL, 2012, 62).

Finalmente, es necesario destacar que **el Defensor del Pueblo no es un órgano dotado de poder resolutorio por sí mismo y que sus decisiones carecen en general, ya lo dijimos, de fuerza vinculante**. Como apunta BAR CENDÓN, el Defensor tiene más de órgano mediador que de órgano resolutorio, puesto que no puede imponer sanciones, ni puede anular acuerdos o normas, ni modificarlos, sino que simplemente puede sugerir, recomendar, advertir o recordar deberes legales a la Administración, ejercitar acciones procesales ante el Tribunal Constitucional y, en todo caso, dar publicidad a sus actuaciones y resoluciones a través de los informes que sobre su actividad dirige a las Cortes Generales, puesto que además son publicados. El Defensor del Pueblo se configura pues como «un poder disuasor, o lo que otros autores han denominado con similar significado aunque con diferentes palabras, *magistratura de persuasión* (La Pégola), *de opinión* (De Vega), o *de influencia* (Napione, Rideau)» (BAR CENDÓN, 1982, 321-322).

IV. LOS CARACTERES ORGÁNICOS DE LA INSTITUCIÓN

1. El nombramiento del Defensor del Pueblo

El nombramiento del Defensor del Pueblo está regulado en la LODP, que establece como requisito personal de elegibilidad la condición de ciudadano español mayor de edad en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos. Esta misma Ley dispone que correspon-

de a la Comisión parlamentaria Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Defensor del Pueblo (en adelante, la Comisión Mixta), instituida precisamente por la reforma legislativa de 1992, proponer el candidato o candidatas a Defensor del Pueblo, lo que abre la posibilidad de que sean más de uno los candidatos propuestos. En todo caso, **la candidatura o candidaturas propuestas por la Comisión Mixta serán sometidas a votación en primer lugar en el Congreso de los Diputados, resultando designado el candidato que obtuviese el voto favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso, pasando posteriormente su candidatura al Senado al efecto de que esta Cámara, en el plazo máximo de veinte días, ratifique por esa misma mayoría su designación.** Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en nueva sesión de la Comisión Mixta, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado. Podemos ver así cómo la LODP concede en este caso, una vez más en el Derecho constitucional español, la primacía al Congreso de los Diputados en las relaciones entre las dos Cámaras parlamentarias, primero relegando al Senado a una función de mero ratificador del candidato previamente aceptado por el Congreso, e incluso aceptando después que se convierta en Defensor un candidato que no obtenga en el Senado idéntica mayoría a la exigida en el Congreso. Hasta la fecha han sido designados por las Cortes Generales como Defensor del Pueblo las siguientes personas: D. Joaquín Ruiz-Giménez Cortés (1982-1987), D. Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado (1988-1993), D. Fernando Álvarez de Miranda y Torres (1994-1999), D. Enrique Múgica Herzog (2000-2005 y 2005-2010), y D.^a Soledad Becerril Bustamante (2012-2017).

La duración prevista por la LODP para **el mandato del Defensor del Pueblo es de cinco años.** A este respecto hay que destacar

la no coincidencia con el período de mandato parlamentario, que, como es sabido, la Constitución fija en cuatro años. Con esta diferencia temporal parece haberse querido acentuar más, si cabe, la independencia del Defensor de las Cámaras parlamentarias que le eligieron. Por otra parte, ninguna disposición legal impide la posibilidad de reelección del Defensor del Pueblo para un nuevo mandato de cinco años, lo que hasta la fecha solo se ha producido en una ocasión.

Aunque la LODP configura al Defensor del Pueblo como una institución con un marcado carácter unipersonal, prevé sin embargo la existencia de dos colaboradores para que le auxilien y en los que puede delegar sus funciones, además de prever que puedan sustituirle en caso de cese o imposibilidad temporal. La LODP otorga a estos colaboradores la denominación de Adjuntos, y prevé que su nombramiento y separación, cuya propuesta corresponde al propio Defensor del Pueblo, ha de obtener la conformidad previa de la Comisión Mixta, estableciendo así una intervención directa del Parlamento en su designación.

2. El cese del Defensor del Pueblo

Las causas de cese del Defensor del Pueblo, que aparecen tasadas en la LODP, como no puede ser de otro modo al tratarse de una institución de control, son: **por renuncia, por expiración del plazo de su nombramiento, por muerte o incapacidad sobrevenida, por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo, y por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.** De estas causas, la LODP distingue entre muerte, renuncia y expiración del plazo del mandato, supuestos en los que la vacante se declarará automáticamente por el Presidente del Congreso de los Diputados, y el resto de las causas, en las que la decisión se adoptará por mayoría de tres quintas partes de cada una de las Cámaras, mediante debate

y previa audiencia del interesado. El único fundamento que, a nuestro juicio, puede explicar esta distinción se encontraría en la condición de cuestiones de hecho de la muerte, renuncia y expiración del plazo, lo que claramente las distinguiría de otros supuestos de cese en los que cabría una apreciación discrecional, como en el de la actuación con notoria negligencia. Sin embargo, se incluyen entre las causas de cese que requieren debate, audiencia del interesado y apreciación por mayoría cualificada del Congreso y del Senado, la incapacidad sobrevenida y la condena, mediante sentencia firme, por delito doloso. En el caso de la incapacidad sobrevenida, parece que una mínima seguridad jurídica exigiría que se tratara de una incapacidad decretada judicialmente, cosa que es imprescindible en el de la condena por delito doloso (puesto que la propia LODP exige incluso la firmeza de la sentencia). Por tanto, no se entiende muy bien qué es lo que puede someterse a debate y votación: ¿caso que el incapacitado o el condenado sigan siendo Defensor del Pueblo? Hay también otra cuestión relacionada con la finalización del mandato del Defensor del Pueblo que conviene mencionar: cuando se enumeran las diferentes causas de cese del Defensor, la cuarta de ellas se formula en los siguientes términos: «por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo». El carácter indeterminado de esta fórmula corre el riesgo de una utilización torticera para intentar forzar un cese *político* de un titular que resulte incómodo para los poderes públicos en general y/o para la mayoría parlamentaria en particular, puesto que corresponde a las Cortes Generales, por mayoría de tres quintas partes de los integrantes de cada Cámara, la apreciación de su concurrencia.

La declaración o decisión de que el cargo de Defensor del Pueblo se encuentra vacante activa el proceso para la elección de un nuevo Defensor en plazo no superior a un mes, según dispone la LODP. Entre tanto, y hasta que no haya un nuevo Defensor, desempeñarán interinamente sus funciones, en su propio or-

den, los Adjuntos. Sin embargo, la necesidad de que exista un acuerdo parlamentario cualificado para la nueva designación puede conducir (y en la práctica lo ha hecho) a que la situación de interinidad pueda prolongarse en el tiempo, lo que no resulta en modo alguno deseable. Por otra parte, la previsión de que sea un Adjunto quien cubra los periodos de interinidad, que puede resultar usual en supuestos como el fallecimiento o la destitución del titular de la institución, incluso en el de la renuncia al cargo, resulta totalmente inhabitual en lo que se refiere a la finalización ordinaria del mandato por expiración del plazo de su nombramiento. Para este último supuesto, la práctica en la mayor parte de las instituciones suele ser la prórroga interina del anterior titular, lo que en muchos casos añade un obstáculo más a la nueva elección, máxime cuando cabe, como en el caso del Defensor del Pueblo, la posibilidad de reelección. Por ello, creemos que puede valorarse positivamente esta previsión del cese automático del Defensor contemplada en la LODP.

3. El estatuto del Defensor del Pueblo

El Defensor es el **alto comisionado de las Cortes Generales**, por lo que no es posible sino que el titular de la institución se sitúe en la órbita parlamentaria; sin embargo, hay elementos, como la exigencia de una mayoría cualificada para su designación, que tienen como objetivo fortalecer su **posición de independencia y autonomía respecto de los grupos políticos (a tenor de la LODP el Defensor no está sujeto a mandato imperativo alguno, no puede recibir instrucciones de ninguna autoridad y desempeña sus funciones con autonomía y según su criterio)**. PÉREZ CALVO ha resaltado que el principio de autonomía del Defensor debe ser conectado con otros preceptos de la LODP que garantizan las posibilidades de información y actuación necesarias para el desempeño de su función, como son la accesibilidad de los ciudadanos para acudir a la institución, la posibilidad de la investigación de oficio, los

amplios poderes de inspección y los medios coactivos no decisorios con que cuenta, o la continuidad de sus actividades aunque las Cámaras estén disueltas o se hayan declarados los estados excepcionales previstos constitucionalmente (PÉREZ CALVO, 1996, 539-540).

Por otra parte, **la independencia y autonomía del Defensor del Pueblo están garantizadas también por la existencia de una serie de prerrogativas de índole personal.** Así, la LODP determina que el Defensor goza de inviolabilidad, sustrayéndose a la posibilidad de ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. Igualmente disfruta de inmunidad, por lo que no puede ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, y de fuero especial, puesto que la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio corresponde exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Estas prerrogativas personales del Defensor, junto con la prohibición del mandato imperativo a la que nos referimos antes, colocan al titular de la institución en una posición que recuerda a la de los propios integrantes de las Cámaras, cuyo estatus previsto constitucionalmente parece haberse trasladado a este comisionado, con la única diferencia de no exigirse la previa autorización parlamentaria para su inculpación o procesamiento. Además, la LODP prevé que esas notas distintivas del estatuto del Defensor sean aplicables a los Adjuntos en el cumplimiento de sus funciones.

Del mismo modo, la pretensión de garantizar la independencia del Defensor lleva a la LODP a fijar una **profusa serie de incompatibilidades** que amplían la ya prevista constitucionalmente respecto al mandato parlamentario en el art. 70.1 CE. Así, la condición de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo, con todo cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública, con la afi-

liación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral. No obstante, estas causas de incompatibilidad no lo son, obviamente, de inelegibilidad, sino que se fija el plazo de los diez días posteriores a su nombramiento, y antes de tomar posesión, para que el Defensor cese en toda situación de incompatibilidad que pudiera afectarle, entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento, mientras que se entiende que renuncia al cargo de Defensor si se produce una incompatibilidad sobrevinida siendo ya titular de la institución.

V. LAS FACULTADES ATRIBUIDAS AL DEFENSOR DEL PUEBLO

Al comienzo adelantamos que la función o finalidad del Defensor del Pueblo es la defensa de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución Española y que es a la luz de esta función como hay que considerar las facultades que el texto constitucional le encomienda.

1. La supervisión de la actividad de la Administración [I]: el ámbito competencial del Defensor del Pueblo

La supervisión de la actividad de la Administración figura, pues, como el primero de los medios que la Constitución atribuye al Defensor del Pueblo para poder ejercitar su función de defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución. La LODP establece que el Defensor puede realizar cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el art. 103.1 CE, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título I.

Para ello, las atribuciones del Defensor se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas. En este sentido, la LODP parece querer extender el ámbito de actuación del Defensor más allá de lo que es la Administración en sentido estricto, tanto por incluir la actividad de los funcionarios y cualesquiera otros agentes al servicio de la Administración, como por comprender la supervisión de otro tipo de entidades que pueden no ser propiamente Administración pública, pero que prestan de un modo u otro servicios públicos.

Al mismo tiempo cabe afirmar que **el Defensor puede extender el ámbito de su actuación a la supervisión de toda la actividad de la Administración, ya sea la del Estado, la de las Comunidades Autónomas o la local**, si bien la proliferación de comisionados parlamentarios autonómicos a imitación del Defensor del Pueblo planteó la necesidad de adoptar fórmulas de coordinación y cooperación para actuar en relación con la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de las administraciones de los entes locales cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por esta, llevando a la promulgación de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. En esta Ley se establece el régimen de colaboración y coordinación de las instituciones políticas y administrativas de las Comunidades Autónomas con el Defensor del Pueblo y, en relación con las competencias que cabe que se atribuyan a los comisionados autonómicos, dispone que tanto estos como el Defensor del Pueblo podrán supervisar la actividad de la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de la Administración local cuando actúe en ejercicio de competencias delegadas por aquella en régimen de cooperación, siempre sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del De-

fensor del Pueblo por la Constitución y por la LODP, como ha ratificado el propio Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos (entre otros, SSTC 142/1988, de 12 de julio, FF. JJ. 2 y 3; 157/1988, de 15 de septiembre, FF. JJ. 4 y 5, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 33).

Sin embargo, pese a que **esta competencia de supervisión de la Administración atribuida al Defensor del Pueblo podría ser calificada de universal, en el sentido de que se extiende a todos los niveles de la Administración del Estado**, también parece claro que no es inclusiva de todo acto o decisión emanada de un poder público. SAINZ MORENO plantea un primer límite a ese poder de supervisión de la Administración: «el Defensor solo puede examinar las relaciones de la Administración con los ciudadanos, pero no las relaciones internas de organización de la propia Administración, salvo que ello sea necesario por conexión con la queja del ciudadano» (SAINZ MORENO, 1992, 36).

Por otra parte, **la actuación del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional no es susceptible de ser supervisada** y ello, como señala AGUIAR DE LUQUE, «no solo por razones nominales (el término «Administración» no comprende al Poder Judicial cuando ejerce funciones jurisdiccionales), cuanto porque ello podría constituir una injerencia en la actividad de Juzgados y Tribunales a quienes por virtud del principio de exclusividad (art. 117.3 CE) les corresponde ejercer con carácter exclusivo la función jurisdiccional» (AGUIAR DE LUQUE, 2011, 129). Sin embargo, sí que puede haber la intervención del Defensor del Pueblo respecto a cuestiones de tipo administrativo que rodean la función jurisdiccional, aunque la LODP modula sus posibilidades de actuación en este ámbito. A tal efecto, esta Ley prevé que cuando el Defensor reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigir las al Fiscal para que este investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General de Po-

der Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; todo ello sin perjuicio de que el Defensor pueda hacer referencia al tema en su informe anual a las Cortes Generales.

Junto al funcionamiento de la Administración de Justicia, hay otro espacio en el que la capacidad de actuación del Defensor **es también singular: el de las propias Cortes Generales**, de las que es alto comisionado, y ante las que, más allá del control de las actividades sujetas a Derecho administrativo, puede activar la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo, el cual incluye la defensa de los derechos frente a actos o decisiones sin valor de ley del Parlamento.

Finalmente, es preciso mencionar la existencia de **otro ámbito en el que la actuación del Defensor del Pueblo está sujeta a algún condicionante: el de la Administración militar**. En efecto, la LODP determina que la misión del Defensor de velar por el respeto de los derechos constitucionales, que se mantiene explícitamente para este sector de la Administración, no puede entrañar una interferencia en el mando de la Defensa nacional. El problema que se suscita, en nuestra opinión, es justamente la imprecisión de los referidos términos «mando de la Defensa nacional», que no quedan determinados por la LODP y que podrían ser objeto de una extensión inadecuada.

2. La supervisión de la actividad de la Administración [II]: el procedimiento de actuación del Defensor del Pueblo

La actuación del Defensor del Pueblo puede iniciarse de dos modos: de oficio o a instancia de parte. **La facultad de actuar de oficio, es decir, por la propia iniciativa del Defensor, resulta una atribución de extraordinaria importancia para el ejercicio de la función que el Defensor del Pueblo tiene encomendada**, puesto que le permite in-

tervenir directamente, sin tener que esperar a la denuncia del afectado o de alguno de los otros sujetos legitimados para dirigirse a la institución. No obstante, como parece lógico, el número de las intervenciones iniciadas de este modo supone un porcentaje mínimo en el total de asuntos estudiados cada año. La actuación de oficio puede tener como origen la existencia por parte del Defensor de un programa de acción que le lleve a fijar determinados objetivos en su actividad investigadora, o bien presupone que se tenga conocimiento de la existencia de una presunta vulneración de derechos fundamentales, lo que puede producirse a través de las noticias aparecidas en los medios de información o por cualquier otra vía distinta de la comunicación por parte de los sujetos legitimados para interponer una queja.

La otra posibilidad para el inicio de las actuaciones del Defensor del Pueblo consiste en que un particular se dirija a la institución, o bien lo haga un diputado o senador, o una comisión parlamentaria. En el caso de los particulares, la LODP establece que **podrá dirigirse al Defensor cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna, y sin que puedan constituir impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o poder público**. El único requisito exigido para solicitar la intervención del Defensor es, pues, la invocación de un interés legítimo, concepto un tanto indeterminado que puede facilitar la extensión de la legitimación; por otra parte, creemos que el Defensor no debe ser estricto en exceso a la hora de apreciar la concurrencia del mencionado requisito. Como cabe imaginar, la inmensa mayoría de los procedimientos se inician de este modo y constituyen las denominadas *quejas*, en el argot de la institución. Las actuaciones a instancia de parte pueden originarse también por

los diputados y senadores individualmente, por las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas, y por la Comisión Mixta, que podrán solicitar, mediante escrito motivado, la intervención del Defensor para la investigación o esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias. Por último, la LODP plantea taxativamente la prohibición de que presenten quejas ante el Defensor las autoridades administrativas en asuntos de su competencia.

En relación con las quejas de particulares, la LODP exige el cumplimiento de una serie mínima de requisitos formales para la admisión de la queja, que son la presentación de la misma firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma. No obstante, en la actualidad, un alto número de las quejas llega al Defensor del Pueblo a través del correo electrónico y para facilitar el uso de esta vía, la web de la institución (www.defensordelpueblo.es) dispone de un formulario de queja de fácil cumplimentación. Asimismo se advierte que todas las actuaciones del Defensor son gratuitas para el interesado y que no es preceptiva la asistencia letrada ni la utilización de procurador.

La LODP establece que el Defensor del Pueblo registre y acuse recibo de las quejas que se le formulen, que tramitará o rechazará, en función del cumplimiento de los requisitos ya expresados (por ejemplo, no cabe la admisión de quejas anónimas), pero también de la no concurrencia de las causas de inadmisión que la propia LODP prevé y que son la existencia de un proceso judicial abierto sobre la cuestión objeto de la queja, la advertencia de mala fe, la carencia de fundamento, la inexistencia de pretensión, o la irrogación de per-

juicio al legítimo derecho de tercera persona. En todo caso, la LODP proclama que las decisiones del Defensor del Pueblo no son susceptibles de recurso alguno.

Admitida la queja a trámite, el Defensor del Pueblo promueve una investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos denunciados en la queja, en la que se da cuenta del contenido sustancial de la solicitud al órgano administrativo correspondiente con la finalidad de que el jefe del mismo remita informe escrito al Defensor en el plazo máximo de quince días. En el supuesto de que se produzca una negativa o negligencia por parte del funcionario o autoridad responsables de enviar el informe solicitado, el Defensor puede considerar su actitud hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndolo constar así públicamente y destacando tal calificación en su informe a las Cortes Generales, sin perjuicio de la aplicación además, cuando proceda, del **art. 502.2 del Código Penal, que tipifica como delito la obstaculización de las investigaciones del Defensor del Pueblo.**

En cuanto a las facultades investigadoras del Defensor del Pueblo, la LODP dispone que todos los poderes públicos están obligados a auxiliar al Defensor, con carácter preferente y urgente, en sus investigaciones e inspecciones, pudiendo personarse él mismo, su Adjunto, o la persona en quien delegue, en cualquier centro de la Administración pública, dependiente de la misma o afecto a un servicio público, para comprobar datos, hacer entrevistas personales o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria, cuyo acceso no puede negársele en ningún caso, excepto lo previsto en la propia LODP para los documentos clasificados.

Concluidas las investigaciones del Defensor del Pueblo, este debe informar al interesado del resultado de las mismas, incluyendo la respuesta que haya dado la Administración al asunto (salvo que tenga el carácter de reservada o secreta), comunican-

do asimismo el resultado negativo o positivo de sus investigaciones al órgano administrativo afectado. Cuando la intervención se hubiere producido instada por un diputado o senador, o por una comisión parlamentaria, el Defensor les informará de los resultados alcanzados al término de sus investigaciones o, cuando decida no intervenir, de las razones de su decisión. En todo caso, es preciso no olvidar aquí lo que dijimos al principio respecto a que estamos ante una institución que carece de poder resolutorio y cuyas decisiones no están dotadas en general de fuerza vinculante.

3. Las resoluciones del Defensor del Pueblo

La función de defensa de los derechos constitucionales asignada al Defensor del Pueblo no se agota en la investigación de los actos y resoluciones de la Administración, sino que se extiende al ejercicio de otras actividades que pueden resultar complementarias, como son la sugerencia de modificación normativa o de los criterios utilizados para la producción de dichos actos y resoluciones administrativas, la interposición de recursos ante el Tribunal Constitucional o el ejercicio de otras acciones procesales de oficio o dirigiéndose al Fiscal General del Estado.

En efecto, como señalamos al referirnos a la naturaleza jurídica de la institución, el Defensor del Pueblo no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración pública, pero puede sugerir la modificación, bien de los criterios que la Administración utiliza para la adopción de estos actos y resoluciones, bien de la norma cuyo cumplimiento riguroso puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los ciudadanos. En este sentido, la LODP atribuye al Defensor del Pueblo la capacidad para **formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas a las auto-**

ridades y funcionarios de las Administraciones públicas. En todos estos casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en el plazo no superior a un mes.

Estamos, pues, ante un catálogo de medidas a disposición del Defensor del Pueblo, cuya exacta tipificación parece difícil a tenor del escaso rigor léxico con que la LODP las emplea. Por ello, creemos, con PÉREZ CALVO, que los diferentes vocablos que utiliza esta Ley aluden a las **diferentes variantes que la recomendación, figura general de esta serie de medidas, puede adoptar, y que revestirían la forma de advertencia, cuando la recomendación tiene un valor conminatorio; de recordatorio de deberes legales, cuando se le recuerda a la Administración la existencia de una norma jurídica cuyo cumplimiento ha desatendido, y de sugerencia —o recomendación en sentido estricto—, cuando se propone la adopción de nuevas medidas o una modificación normativa** (PÉREZ CALVO, 1996, 567). Este sentido genérico del término «recomendación» es el que la propia LODP utiliza en ocasiones, por ejemplo cuando se refiere a que si formuladas sus recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o esta no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor podrá poner en conocimiento del ministro del departamento afectado, o de la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Por otra parte, esta elevación de la cuestión al ministro o a la máxima autoridad correspondiente no da término a las posibilidades de actuación del Defensor, por cuanto que la LODP dispone al respecto que si con ello no se obtuviera una justificación adecuada de la falta de atención a las recomendaciones formuladas, el asunto puede ser incluido en el informe anual o especial presentado a las Cortes Generales, con mención de los nombres de las autoridades o funciona-

rios que hayan adoptado tal actitud entre los casos en que, considerando el Defensor que era posible una solución positiva, esta no se ha conseguido.

Aparte de la existencia de este catálogo de resoluciones entre las que puede optar el Defensor del Pueblo a la hora de plantear a la Administración una pretensión que espere ver satisfecha, la LODP delimita una serie de supuestos concretos de recomendaciones del Defensor a los que ahora nos vamos a referir. En primer lugar, la LODP **faculta al Defensor del Pueblo para que sugiera a los órganos legislativos la modificación de normas cuyo cumplimiento riguroso puede provocar situaciones injustas o perjudiciales**. En segundo término, también puede realizar una sugerencia similar, en este caso al Gobierno o la Administración, cuando los efectos injustos o perjudiciales provengan de la aplicación de una norma sin fuerza de ley. Tercero, **el Defensor puede recomendar a la Administración una modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones administrativas que exceda de la rectificación de los aspectos concretos de una actuación administrativa, extendiéndose a la modificación de la base general en que se apoya dicha actuación**. En cuarto lugar, si las actuaciones se hubiesen realizado **con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor podrá instar de las autoridades administrativas competentes, mediante un recordatorio de sus deberes legales, el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción**. Finalmente, cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario, el Defensor podrá dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto y, con la misma fecha, dará traslado de dicho escrito al superior jerárquico, formulando las sugerencias que considere oportunas.

4. La legitimación del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional

El art. 162.1 CE legitima al Defensor del Pueblo para **interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo**. La asignación al Defensor de esta competencia, que comparte con pocos de los comisionados similares que existen en el Derecho comparado, resalta la importancia política de la institución, sobre todo si tenemos en cuenta lo parca que ha sido la Constitución Española a la hora de conceder legitimación para promover procesos de declaración de inconstitucionalidad.

Por otro lado, con la atribución al Defensor del Pueblo de esta legitimación, la norma suprema no hace sino subrayar que la auténtica función del Defensor es la protección de los derechos constitucionales, como venimos afirmando, y no la mera supervisión de la Administración, la cual se manifiesta así en su verdadera dimensión de medio al servicio de la función principal. Sin embargo, hay que señalar también que la legitimación del Defensor para interponer el recurso de inconstitucionalidad no deja de tener cierto carácter contradictorio con la propia naturaleza de la institución, puesto que supone dotar al Defensor de la facultad para solicitar que sean expulsadas del ordenamiento las leyes aprobadas por el Parlamento, del que es alto comisionado. En este sentido, como ha señalado SAINZ MORENO «parece claro que la expresión «comisionado» no es la más adecuada para definir la posición jurídica del Defensor y su relación con las Cortes. La autonomía que se reconoce al Defensor, incluso frente a las Cortes, y su desvinculación de las vicisitudes que estas experimenten (coaliciones de grupos parlamentarios, disolución de las Cámaras, etc.), no guarda relación con las fórmulas propias de una comisión o de un mandato, sino más bien con el ejercicio de una función estatal sostenida por el Parlamento, pero no instrumentalizada por el mismo» (SAINZ MORENO, 1992, 41).

El dilema principal que puede suscitarse en relación con el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo es el de la ausencia o no de límites para su interposición, puesto que si el Defensor tutela no solo derechos subjetivos, sino Derecho objetivo, parece que **su legitimación debe ser de carácter general o universal, y por tanto no sujeta a límites**. En este sentido, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no plantea ninguna restricción al Defensor del Pueblo para promover el recurso, cuando sí que lo hace con otros de los sujetos legitimados. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en jurisprudencia consolidada: la STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 1, señala que «los arts. 161.1.a) de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo»; también la STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 2, que añade: «con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los arts. 162.1.a) CE y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos «no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional», y, más recientemente, la STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 2, que recalca a propósito de la legitimación atribuida al Defensor del Pueblo que «puesto que ni la norma constitucional ni los preceptos orgánicos establecen límite alguno al contenido de esa legitimación, no cabe su aplicación restrictiva».

No obstante, algunos autores han señalado que pudiera parecer lógico que se restringiera la legitimación del Defensor a la impugnación

de leyes que supongan menoscabo de derechos fundamentales. A este respecto, señala BAR CENDÓN: «estimo que el Defensor del Pueblo se excedería un tanto en su tarea si se apartase de su función principal como defensor de los derechos y libertades, para dedicarse a la protección global del ordenamiento constitucional; ello desbordaría su capacidad de supervisión», aunque añade «creo que sería muy difícil impedir que el Defensor pudiese acudir a este recurso para proteger cualquier otro apartado de la Constitución que no fuese el Título I, cuando tuviese noticia de su vulneración» (BAR CENDÓN, 1982, 353). En ese mismo sentido se pronuncia TORRES MURO, quien recoge los argumentos, entre otros, de ARAGÓN REYES: «parece que su legitimación en el recurso de inconstitucionalidad debe entenderse limitada a la impugnación de... (normas)... que puedan vulnerar esos derechos, sin que se extienda, pues, a la inconstitucionalidad que derivase de otros motivos» (ARAGÓN REYES, 1996, 260; cit. por TORRES MURO, 2007, 46). DíEZ BUESO llega a reclamar incluso que «una futura reforma constitucional sí pueda plantearse tal posibilidad, defendida por la mayoría de la doctrina, que considera necesario poner esta legitimación al servicio de la función principal de la institución de defensa de derechos» (DÍEZ BUESO, 2013, 236). Por el contrario, para CARBALLO ARMAS «el Defensor del Pueblo puede interponer recursos de inconstitucionalidad sin restricción alguna, pues no parecería lógico (ni prudente) interponer obstáculos estrictamente *formalistas* sin una debida apoyatura constitucional o legal expresa que le impidieran actuar como parte legitimada en el recurso de inconstitucionalidad» (CARBALLO ARMAS, 2003, 160-161). En cualquier caso, es preciso poner de manifiesto que los sucesivos titulares de la institución se han conducido con prudencia en este ámbito, a la vista del número de recursos que han sido planteados hasta la fecha, lo que ha sido valorado positivamente por la doctrina.

Por lo que se refiere al **recurso de amparo**, aunque su potencialidad no es tan importante como en el caso anterior, puesto que aquí se

encuentra legitimado, además del Defensor, el propio interesado y el Ministerio Fiscal, **sí puede tener la virtualidad de configurarse como una vía para extender la actuación del Defensor a ámbitos en los que su facultad de supervisión no le permite acceder, pero que sí están sujetos al recurso de amparo**, como son las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. No obstante, en los casos de vulneraciones de derechos que sean susceptibles de ser atacadas en sede jurisdiccional, el planteamiento de este recurso por el Defensor del Pueblo plantea el problema de la falta de legitimación del Defensor para promover el proceso judicial previo que constituye requisito necesario para la admisión del recurso de amparo, además de la propia práctica de la institución de no interponer el recurso de amparo cuando exista otro titular legitimado que pueda hacerlo. Precisamente existe una excepción a esta carencia de legitimación procesal de alcance general del Defensor del Pueblo, que se encuentra en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, a tenor de la cual el Defensor está incluido entre quienes pueden instar dicho procedimiento.

5. Los informes del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales

La labor del Defensor del Pueblo queda reflejada en los informes que debe presentar a las Cortes Generales. El propio art. 54 de la Constitución, después de definir al Defensor como alto comisionado parlamentario para la defensa de los derechos fundamentales, a cuyo efecto le atribuye la facultad de supervisar la Administración, añade que ejercerá sus funciones «dando cuenta a las Cortes Generales». La LODP concreta esta obligación disponiendo que **el Defensor dé cuenta anualmente al Parlamento de la gestión realizada en un informe que ha de ser presentado ante las Cámaras** cuando se

hallen reunidas en período ordinario de sesiones y que posteriormente será publicado.

Según la LODP, el Defensor ha de exponer en dicho informe anual el número y tipo de las quejas presentadas, de las que han sido rechazadas y sus causas, de las que fueron objeto de investigación y el resultado de la misma, con especificación de las sugerencias o recomendaciones admitidas por las Administraciones públicas, además de un anexo en el que se hará constar la liquidación del presupuesto de la institución en el período que corresponda. Creemos que la exigencia de la LODP de incluir estas cuestiones relacionadas con la supervisión del funcionamiento de la Administración no debe excluir que el Defensor dé cuenta también del resto de los asuntos que han constituido su actuación durante el período sometido a examen, como por ejemplo los recursos de inconstitucionalidad o de amparo solicitados y las razones que han motivado o no su interposición, pero lo cierto es que no hay previsión de que esté obligado a hacerlo. En relación con el significado de estos informes, BAR CENDÓN apunta que **constituyen la actividad de mayor trascendencia del Defensor del Pueblo, por la publicidad que adquiere y por el carácter de la instancia a que se dirige**, exponiendo el, a su juicio, triple significado de los informes: «por un lado, implican una rendición de cuentas del Defensor del Pueblo ante el organismo que le ha elegido y ante quien es responsable de su actuación; en segundo lugar, al dar así publicidad a sus actuaciones y decisiones, estas adquieren el carácter de ejemplares, previniendo contra nuevas vulneraciones de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución; y en tercer lugar, implican toda una serie de sugerencias a las propias Cortes, a fin de que estas adopten las medidas oportunas para la mejor protección de los citados derechos» (BAR CENDÓN, 1982, 355).

La creación de la Comisión Mixta, que sustituyó en 1992 a las dos comisiones parlamentarias que en cada una de las Cámaras se en-

cargaban de las relaciones con el Defensor, supone la existencia de un foro parlamentario único especializado, en el que se somete a examen el informe anual, con carácter previo a su debate en los Plenos de las Cámaras, a tenor de lo dispuesto en la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de abril de 1992, sobre organización y funcionamiento de dicha Comisión Mixta y en el ROFDP.

Por consiguiente, nos encontramos con la existencia de un **primer debate en la citada Comisión Mixta, en el que, tras la exposición general del informe por parte del Defensor del Pueblo, intervienen los portavoces de los grupos parlamentarios para formular preguntas o pedir aclaraciones, que son contestadas después por el Defensor. Posteriormente, se produce un segundo debate en el Pleno de cada una de las Cámaras**, previsto en el caso del Congreso de los Diputados en su propio Reglamento y desarrollada su regulación por Resolución de la Presidencia del Congreso, de 21 de abril de 1992. En esta se establece que, incluido en el orden del día de una sesión el informe, el procedimiento de discusión se iniciará con la exposición por el Defensor de un resumen del mismo, tras cuya ausencia comenzarán las deliberaciones, en las que cada grupo parlamentario podrá intervenir para fijar su posición respecto al informe, sin que puedan presentarse propuestas de resolución. Por lo que se refiere al Senado, no hay previsión específica en su Reglamento, tan solo una genérica referente a informes que por imperativo legal deban someterse al Senado, pero sí existe una Resolución de la Presidencia del Senado, de 28 de abril de 1992, en la que se dispone una regulación para este debate idéntica a la del Congreso de los Diputados.

Esta diferenciación en dos debates, en el primero de los cuales el Defensor explica su gestión ante la Comisión Mixta y se somete a preguntas y aclara las dudas que hubieran podido surgir a los parlamentarios, sin que la discus-

sión vaya más allá; mientras que en el segundo se limita a presentar un resumen del informe y posteriormente se celebra un debate en el que, con él ausente, los grupos fijan posiciones, solo puede entenderse en la medida en que se haya querido **preservar al Defensor de los embates que la discusión de su informe entre los grupos parlamentarios hubiera podido depararle.**

Además de este informe anual, la LODP faculta al Defensor para la elaboración de informes extraordinarios cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconseje, previéndose incluso la presentación de dichos informes ante las Diputaciones permanentes de las Cámaras si estas no se encontrasen reunidas. Al margen de estos informes extraordinarios motivados por razones graves, la institución sí que ha realizado habitualmente, presentado a las Cortes y publicado estudios monográficos que abordan temas de particular interés social o que afectan al disfrute de los derechos fundamentales.

6. El Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Es sabido que la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos está universalmente reconocida y se encuentra recogida en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, que reconocen su carácter absoluto y no derogable. Para dar mayor efectividad a esta prohibición se han establecido mecanismos específicos de lucha contra la tortura, señaladamente la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por Naciones Unidas en 1984 y vigente desde 1987. Posteriormente, en 2002, Naciones Unidas adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención (OPCAT), destinado a prevenir la tortura y otras formas de malos tratos, mediante un sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad de cualquier naturaleza. La novedad que trae el

Protocolo Facultativo es la creación de una nueva estructura de actuación basada en dos pilares: un órgano internacional, el *Subcomité para la Prevención de la Tortura* de las Naciones Unidas, y un órgano nacional complementario, el *Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura* (en adelante, MNP).

En abril de 2006, España ratificó el Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, que entró en vigor el 22 de junio de 2006. Como se acaba de señalar, este Protocolo **tiene por objeto la prevención de la tortura mediante el establecimiento de un sistema de visitas periódicas a los lugares de privación de libertad, a cargo de un órgano internacional (el Subcomité para la Prevención de la Tortura, con sede en Ginebra) y de mecanismos nacionales de prevención en cada uno de los Estados signatarios del Protocolo**. Se intenta con ello fortalecer la idea de que cuanto más abiertos y transparentes sean los lugares de detención, menores serán los abusos que allí se cometan.

A este propósito hay que señalar que si bien el Protocolo Facultativo establece ciertos requisitos básicos para la constitución de estos mecanismos, otorga flexibilidad a cada Estado para conformar su MNP en consonancia con su regulación constitucional. Así, hay Estados que han designado como MNP a un órgano preexistente (casos de México, Costa Rica, República Checa, Dinamarca o Polonia) y otros que han decidido crear una institución nueva (como, por ejemplo, en Francia). Para dar cumplimiento al compromiso establecido en el Protocolo, **España designó al Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre**, que introduce una disposición final única en la LODP, por la que «el Defensor del Pueblo ejercerá las funciones del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de conformidad con la Constitución, la presente Ley y el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura

u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». La decisión de atribuir las funciones de MNP al Defensor del Pueblo hace posible que puedan utilizarse, también en este ámbito, todas las facultades propias de la institución, singularmente la de emitir el abanico de resoluciones al que ya nos hemos referido (recomendaciones, sugerencias, advertencias o recordatorios de deberes legales), tras las visitas de inspección de las dependencias de privación de libertad. Esta designación del Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, también incluye la creación de un *Consejo Asesor* como órgano de cooperación técnica y jurídica en el ejercicio de las funciones propias del MNP, lo que supone el establecimiento de un espacio de participación de la sociedad civil en el funcionamiento del Mecanismo. **El Defensor del Pueblo ha de elaborar informes específicos sobre su actividad como MNP, que se presentan ante las Cortes Generales y ante el Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas.**

7. El carácter de Institución Nacional de Derechos Humanos del Defensor del Pueblo

En 1978, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas organizó un seminario sobre instituciones nacionales y locales de promoción y protección de los derechos humanos para elaborar directrices relativas a la estructura y el funcionamiento de las instituciones nacionales, cuya implementación por los Estados había sido solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas. En 1990, la Comisión de Derechos Humanos pidió que se convocara un seminario con la participación de las instituciones regionales y nacionales que realizaban actividades de promoción y protección de los derechos humanos. El objetivo del Seminario fue examinar las modalidades de cooperación entre las instituciones nacionales y las organizaciones internacionales.

les, como las Naciones Unidas y sus organismos, y de buscar formas de mejorar la eficacia de las instituciones nacionales. Como resultado, se efectuó de 7 a 9 de octubre de 1991 la primera Reunión Técnica Internacional sobre las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que desarrollaba las conclusiones del seminario de 1978. La Comisión plasmó las conclusiones del seminario en la Resolución 1992/54 con el título ***Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales***, llamados Principios de París, y el 20 de diciembre de 1993 la Asamblea General los aprobó en la Resolución 48/134.

De modo muy genérico, **por institución nacional de derechos humanos se entiende un órgano establecido por un gobierno en virtud de la constitución o por ley, cuyas funciones se definen concretamente en función de la promoción y protección de los derechos humanos**. Los *Principios de París* afirman que las instituciones nacionales deben tener competencia para la promoción y protección de los derechos humanos, por lo que se les debe conferir el mandato más amplio posible, el cual debe estar claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo. En numerosos países del mundo (entre ellos, España) se ha atribuido al *ombudsman* o Defensor del Pueblo la condición de Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, encuadrándole plenamente en el marco de estos *Principios de París*.

El Defensor del Pueblo fue reconocido en 2000 por el Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (ICC), actualmente denominado Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), como Institución Nacional de Derechos Humanos con la categoría «A», lo que significa el pleno cumplimiento de estos *Principios de París* y el disfrute de un acceso mayor a los comités de tratados y otros órganos de derechos huma-

nos de Naciones Unidas. En este sentido, los *Principios de París* suponen para las Instituciones Nacionales las siguientes atribuciones: a) presentar recomendaciones, propuestas e informes sobre cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos; b) promover y asegurar que la legislación y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos; c) alentar la ratificación de esos instrumentos; d) contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a Naciones Unidas; e) cooperar con Naciones Unidas en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos; f) colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos, y g) dar a conocer los derechos humanos, sensibilizando a la opinión pública. Como puede comprobarse, se trata de importantes cometidos que pueden suponer una notable ampliación del mandato nacional que el Defensor del Pueblo tiene otorgado por la Constitución y la LODP.

Desde 2005, en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 60/154 sobre Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, se han sucedido las Resoluciones de la Asamblea General sobre la materia, lo que confirma el creciente interés de Naciones Unidas por fortalecer los vínculos de cooperación entre esta organización y las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. En ese sentido, **se ha favorecido desde Naciones Unidas la participación de las Instituciones Nacionales en el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**, sobre todo en los diversos procedimientos de examen de los Estados ante los órganos del Sistema, en los que se ha dado carta de naturaleza a su participación, de modo más o menos oficial. Así, el Defensor del Pueblo ha participado en la preparación y en la presentación de los informes de España ante el Consejo de Derechos Humanos (*Examen Periódico Universal*), y también ante bastantes de los diferentes Comités creados como órga-

nos de los tratados (Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Eliminación de la Discriminación Racial, Tortura, Derechos del Niño, Derechos de las Personas con Discapacidad...). Las contribuciones del Defensor del Pueblo a los procedimientos de examen de los informes de España ante los diversos Comités se han desarrollado tanto en la fase de elaboración del informe (cuando las autoridades nacionales se han dirigido al Defensor como Institución Nacional de Derechos Humanos para que realizara sus observaciones, lo que no siempre ha ocurrido), como en el momento de la defensa oral de los informes en Ginebra ante el correspondiente Comité, en el que como Institución Nacional de Derechos Humanos se procura efectuar una presentación separada de la de los representantes del Estado.

Por otra parte, en el marco de los Procedimientos Especiales establecidos por el Consejo de Derechos Humanos, el Defensor del Pueblo ha mantenido contacto directo con los diferentes titulares de estos procedimientos que han visitado España, como el Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Relator especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, la Relatora especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, etc., realizando aportaciones y comentarios, por escrito u oralmente, en los trabajos preparatorios de los informes de estos relatores especiales.

VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LOS COMISIONADOS PARLAMENTARIOS DE ÁMBITO AUTÓNOMICO

Aunque la Constitución solo contempla un Defensor del Pueblo de ámbito nacional, con competencia para supervisar la actuación de todo tipo de Administraciones públicas, lo cierto es que las Comunidades

Autónomas han tendido progresivamente a crear un comisionado parlamentario de ámbito autonómico, bien incluyendo desde el principio esta figura en su estatuto de autonomía, bien mediante una reforma del estatuto que permitiera la aprobación de una ley a tal efecto en el parlamento autonómico, bien —incluso— entendiéndose que existía título competencial suficiente para dictar la ley sin necesidad de mención expresa en el estatuto de autonomía.

Muchas de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas han procedido a lo largo de los años a crear la institución del Defensor del Pueblo en su ámbito territorial correspondiente: así, fueron aprobándose la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, para crear el Defensor del Pueblo Andaluz; la Ley 14/1984, de 20 de marzo, del Parlamento de Cataluña, para crear el *Síndic de Greuges*; la Ley 6/1984, de 5 de junio, del Parlamento de Galicia, para crear el *Valedor do Pobo*; la Ley 1/1985, de 12 de febrero, del Parlamento de Canarias, para crear el Diputado del Común; la Ley 3/1985, de 27 de febrero, del Parlamento Vasco, por la que se crea y regula la Institución del *Ararteko*; la Ley 4/1985, de 27 de junio, de las Cortes de Aragón, para crear el Justicia de Aragón; la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, de las Cortes Valencianas, para crear el *Síndic de Greuges* de la Comunitat Valenciana; la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Parlamento de las Islas Baleares, para crear el *Síndic de Greuges* de les Illes Balears; la Ley 2/1994, de 9 de marzo, de las Cortes de Castilla y León, para crear el Procurador del Común; la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para crear el Defensor del Pueblo de Navarra; la Ley 16/2001, de 20 de diciembre, de las Cortes de Castilla-La Mancha, para crear el Defensor o Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha; la Ley 5/2005, de 16 de diciembre, de la Junta General del Principado de Asturias, para crear el Procurador General; la Ley 6/2006, de 2 de mayo, del Parlamento de La Rioja, para crear el Defensor del Pueblo Riojano, y, finalmente, la Ley 6/2008, de 20 de noviembre, de la Asam-

blea Regional de Murcia para crear el Defensor del Pueblo de la Región de Murcia. Con todo ello, y aun con la particularidad de que en las Islas Baleares nunca se ha llegado a elegir el comisionado parlamentario, tan solo las Comunidades Autónomas de Cantabria, Extremadura y Madrid no se habían dotado de un Defensor del Pueblo autonómico, incluso pese a que las dos primeras prevén la figura en sus estatutos de autonomía y, en el caso de Madrid, la Ley 5/1996, de 8 de julio, de la Asamblea de Madrid, había creado el Defensor del Menor, si bien en este caso se trataba de una figura diferente al tratarse de un defensor sectorial.

Sin embargo, **los últimos años hemos asistido a un reflujo en este movimiento de creación de instituciones autonómicas**, y así se han aprobado sendas leyes en Castilla-La Mancha, en la Región de Murcia y en el Principado de Asturias para **suprimir sus respectivos Defensores del Pueblo**. En el caso castellano-manchego y en el asturiano, al menos se procedió a elaborar y aprobar la Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha y la Ley del Principado de Asturias 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General, pero en el caso murciano la supresión se ha articulado mediante una ley de las denominadas *de acompañamiento* de la ley de presupuestos, la Ley 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional. Más singular aún ha sido el caso de La Rioja, donde se aprobó la Ley 9/2013, de 21 de octubre, de suspensión de la Ley 6/2006, de 2 de mayo, del Defensor del Pueblo Riojano, cuyo artículo único establece la *suspensión de la actividad* del Defensor del Pueblo Riojano, peculiar técnica motivada a buen seguro por la existencia de una previsión estatutaria respecto a la figura del comisionado parlamentario en el art. 22 del Estatuto de Autonomía de La Rioja. ÁVILA RODRÍGUEZ se muestra crítica con estas supresiones y señala: «la existencia o no de estas instituciones debería quedar salvaguardada del juego ordinario de

las mayorías parlamentarias y de los criterios de oportunismo económico que han justificado su supresión, pues se trata de instituciones de garantía de derechos mucho más necesarias en tiempo de crisis (...). Parece más acorde con el criterio de cercanía que caracteriza a los principios de autonomía administrativa, descentralización, subsidiariedad y eficacia, que el control y debate por los representantes de los ciudadanos sobre el buen o mal funcionamiento de la Administración regional y medidas a adoptar para la buena gobernanza se realice directa y eficientemente en las Cortes regionales que no en las del Estado» (ÁVILA RODRÍGUEZ, 2013, 320).

La coincidencia de varias figuras similares con ámbito territorial diferente y los problemas que tal cuestión podrán suscitar, tales como el riesgo de duplicidad de actuaciones, pronto llevó a las Cortes Generales a aprobar la ya citada **Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas**. Como ya se ha señalado, en esta Ley se establecen las prerrogativas y garantías reservadas a los comisionados autonómicos y el régimen de colaboración y coordinación de las instituciones políticas y administrativas de las Comunidades Autónomas con el Defensor del Pueblo. Asimismo, en relación con las competencias que cabe que se atribuyan a los comisionados autonómicos, esta Ley dispone que tanto estos como el Defensor del Pueblo podrán supervisar la actividad de la Administración pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como de la Administración local cuando actúe en ejercicio de competencias delegadas por aquella en régimen de cooperación, y sin mengua de lo establecido en cuanto a facultades del Defensor del Pueblo por la Constitución y por la LODP, puesto que, en cualquier caso, hay que destacar de nuevo que **el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo nacional abarca a todas las Administraciones, sin que en caso alguno puedan entrar a conocer de las quejas de ámbito**

estatal los comisionados autonómicos, salvo que el Defensor recabe su colaboración.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones de dilucidar cuestiones relacionadas con la posible convergencia del ámbito competencial de estos comisionados autonómicos con el indudablemente más amplio ámbito de actuación del Defensor del Pueblo. En la primera de estas ocasiones, resuelta por la STC 142/1988, de 12 de julio, FF. JJ. 3 y 5, el Presidente del Gobierno impugnó la Ley 4/1985, de 27 de junio, de las Cortes de Aragón, reguladora del Justicia de Aragón, por entender que extendía el campo de actuación de este comisionado autonómico más allá de lo constitucionalmente posible. El Tribunal Constitucional dictó en este caso una sentencia interpretativa de las normas impugnadas, estableciendo, primero, que como el precepto de la ley impugnada «entra en un ámbito que no le es propio —«autoridades, organismos, funcionarios y dependencias de cualquier Administración con sede en la Comunidad Autónoma»—, aunque lo haga a través de una fórmula —«dirigirse a»— que excluye, como hemos dicho, toda idea de subordinación o imposición de deberes, es preciso determinarlo así en una declaración interpretativa de la norma que, ciñéndose a su literalidad, impida cualquier extralimitación del ámbito propio que para la actuación del Justicia establece el art. 33.2 del Estatuto»; y, segundo, que «las facultades de supervisión del Justicia de Aragón sobre la actuación de los Entes locales aragoneses solo podrán ejercerse en materias «en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencias a la Comunidad Autónoma de Aragón» (art. 2.2 de la Ley impugnada) y respecto de las que esta haya, además, transferido o delegado en los entes locales». En el segundo de estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Parlamento de Cataluña había promovido recurso de inconstitucionalidad precisamente contra la Ley 36/1985, reguladora de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares

de las Comunidades Autónomas, por entender que dicha norma establecía una indebida restricción del ámbito de supervisión del Síndic de Greuges. La STC 157/1988, de 15 de septiembre, por la que se resolvió el recurso, declaró la inexistencia de inconstitucionalidad en la norma impugnada. El tercer pronunciamiento vino a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de la Comunitat Valenciana 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndico de Agravios, que pretendía dar protección penal a la función investigadora del Síndico de Agravios, calificando como delito de desobediencia ciertas conductas funcionariales ampliando la figura del injusto tipificado en los entonces vigentes arts. 369 y 370 del Código Penal. La STC 162/1996, de 17 de octubre, declaró la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por entender que invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal. En cuarto lugar, uno de los pronunciamientos más relevantes en esta materia es el que se produjo con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 33, pronunciada por la impugnación de numerosos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que declaró inconstitucional, entre otras cuestiones, la pretensión de exclusividad del Síndic de Greuges de Cataluña en la supervisión de la Administración autonómica, por considerar que la garantía de los derechos constitucionales que supone el Defensor del Pueblo no puede limitarse en su alcance a la supervisión de la Administración central del Estado, como pretendía la norma impugnada, sino que ha de comprender a cualesquiera Administraciones públicas, por expreso mandato constitucional del art. 54 CE. Idéntico pronunciamiento se recoge en la STC 137/2010, de 16 de diciembre, FJ 1, que resuelve el recurso presentado por el propio Defensor del Pueblo también contra diversos artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Por último, es preciso hacer referencia a la STC 46/2015, de 5 de

marzo, FF. JJ. 3, 4, 5 y 6, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 diciembre, del *Síndic de Greuges*, y en la que al tiempo que se recuerda la inconstitucionalidad de todos aquellos preceptos afectados por la STC 31/2010, de 28 de junio, que aparecen reiterados en la Ley 24/2009, se determina la única interpretación que cabe hacer de algunos de los artículos impugnados con-

cernientes a la supervisión de la Administración local en Cataluña y se declaran inconstitucionales numerosos preceptos e incisos relativos a la atribución al *Síndic de Greuges* de la condición de *Autoridad Catalana para la Prevención de la Tortura* en el marco del Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, lo que invade manifiestamente las competencias exclusivas reservadas al Estado por la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L., «Defensor del Pueblo», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.) y AGUADO RENEDO, C. (Co-dir.), *Temas básicos de Derecho constitucional: III. Derechos fundamentales y su protección*, Cizur Menor, Civitas-Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2011, págs. 127-131.

ARAGÓN REYES, M., «Artículo 162. Legitimación en los procesos constitucionales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XII, Edersa, Madrid, 1996, págs. 255-298.

ÁVILA RODRÍGUEZ, *La Tutela Parlamentaria de la Buena Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados parlamentarios*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2013.

BAR CENDÓN, A., «El Defensor del Pueblo en el ordenamiento jurídico español», en RAMÍREZ, M. (Ed.), *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982, págs. 299-356.

CARBALLO ARMAS, P., *El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho comparado*, Tecnos, Madrid, 2003.

COLOMER VIADEL, A., *El Defensor del Pueblo, Protector de los Derechos y Libertades y Supervisor de las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Civitas-Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2012.

DE ANDRÉS ALONSO, F. L., *Los defensores del pueblo en España*, Reus, Madrid, 2017.

DÍEZ BUESO, L., «Reflexiones para una nueva regulación constitucional del Defensor del Pueblo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 95, 2013, págs. 225-239.

ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson), Navarra, 2008.

ESCOBAR ROCA, G. (Ed.), *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso Internacional del PRADPI*, Dykinson, Madrid, 2013.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A., *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*, INAP, Madrid, 1981.

PÉREZ CALVO, A., «Artículo 54. El Defensor del Pueblo», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996, págs. 531-579.

PÉREZ-UGENA Y COROMINA, M., *Defensor del Pueblo y Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

REBOLLO DELGADO, L., *La institución del Ombudsman en España*, Dykinson, Madrid, 2013.

ROVIRA VIÑAS, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson)-Defensor del Pueblo, Navarra, 2002.

SAINZ MORENO, F., «Defensor del Pueblo y Parlamento (Relaciones con las Cámaras)», en VV. AA., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1992.

— *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010 (monográfico sobre el Defensor del Pueblo).

TORRES MURO, I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Reus, Madrid, 2007.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., «La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, págs. 63-80.

VERA SANTOS, J. M., *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CAPÍTULO V

**DE LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES
[ART. 55]**

Artículo 55

1. Los derechos reconocidos en los arts. 17, 18, apartados 2 y 3, arts. 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, arts. 21, 28, apartado 2, y art. 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del art. 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Sumario: I. Suspensión de derechos fundamentales y derecho de excepción. II. El apartado 1.º del art. 55 CE: la suspensión general. III. El apartado 2.º del art. 55 CE: la suspensión individual. IV. Suspensión de derechos fundamentales y derogación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: breve referencia jurisprudencial.

PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

I. SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO DE EXCEPCIÓN

Es de sobra conocida la frase de Carl SCHMITT (1998, pág. 15) en la que afirma que «soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Una Constitución que se conciba norma jurídica suprema no debería ignorar que, más allá de las situaciones de normalidad en las que en principio sus disposiciones están llamadas a desplegar su eficacia, podría tener que enfrentarse llegado el caso a acontecimientos de carácter extraordinario que pon-

gan en riesgo su misma existencia o la de la propia comunidad y que requieran un tratamiento diferente del habitual para darles adecuada respuesta. De no prever la Constitución qué ha de entenderse por situación de crisis, quién ha de intentar resolverla y con qué instrumentos, en último término se estaría consagrando la normatividad de lo fáctico y convirtiendo en soberano al que para superar en la práctica la situación crítica llega a disponer, aunque sea transitoriamente, de la Constitución misma. Por tanto, si no se quiere poner en entredicho la supremacía de la Constitución, se impone la existencia de un

derecho constitucional de excepción, que en contra de las apariencias asegura su continuidad, incluso en las circunstancias más adversas, en vez de romperla. Su contenido concreto admite múltiples variantes, pero resulta más acorde con el carácter normativo y la supremacía de la Constitución, en vez de librar cheques en blanco, juridificar la actuación de aquel al que se le encomiende el cometido señalado, sometiéndole a límites que pueden consistir en la precisión de los supuestos desencadenantes de la adopción de una serie de medidas tasadas que se apartarían, ya sea de la distribución ordinaria del poder, confiriendo más protagonismo a ciertos órganos en detrimento de otros que verían transitoriamente restringidas sus competencias, ya sea, en lo que aquí interesa, del régimen normal de los derechos fundamentales con un incremento sustancial de la intervención estatal.

En el **Derecho comparado**, aunque hay casos en los que nada se dice sobre cómo afrontar estas crisis, permitiendo implícitamente que los poderes públicos las superen como estimen conveniente para ver sanada posteriormente su actuación con la aprobación de leyes de indemnidad (Reino Unido), y en otros se rechaza expresamente la suspensión de la Constitución en cualquier circunstancia (Bélgica, Luxemburgo), lo cierto es que abundan las Constituciones que prevén un derecho de excepción, en el que bien se refuerza al Ejecutivo, concentrando el poder en sus manos sin especificar qué medidas concretas puede poner en práctica (Francia), bien se admite una suspensión de ciertos preceptos constitucionales, de mayor o menor calado, con la consiguiente alteración del régimen habitual de algunos derechos y del reparto interorgánico de competencias (Alemania, Portugal, Grecia, Países Bajos, Finlandia).

En la línea de lo apuntado, la **Constitución española** se muestra previsoramente y se decanta por dar respuesta a algunas situaciones excepcionales que pueden acaecer, ofreciendo instrumentos distintos a los ordinarios, que, si bien permiten plantar cara a la amenaza

que suponen, también se rodean de garantías suficientes a fin de preservar la identidad de nuestra Constitución. En este ámbito se incardinan las medidas suspensivas que afectan a ciertos derechos fundamentales, con carácter general, en el marco de una declaración de un estado de excepción o de un estado de sitio (arts. 116 y 55.1 CE), o con carácter individual, ante la actuación de grupos terroristas (art. 55.2 CE). Determinar el alcance de lo que se haya de entender por suspensión reviste una gran importancia, no sólo a los efectos meramente teóricos de definición de una categoría, sino también porque en gran medida del grado de amplitud o de restricción de la que se le dote dependerá la superación de la emergencia y el restablecimiento de la normalidad constitucional. Una lectura de la suspensión en sentido amplio puede contribuir con seguridad a solventar más rápida y eficazmente la crisis, pero es probable que una interpretación estricta, que guarde en lo posible en lo que dure la suspensión una mayor fidelidad a lo que la Constitución era y pretende seguir siendo, facilite mejor ese retorno.

Nuestra Constitución, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los ejemplos de Derecho comparado antes señalados, parece acoger en su art. 55 una idea amplia de suspensión, que va mucho más lejos de ser una mera agravación en la intensidad de los límites que pueden operar sobre los derechos. La **concepción constitucional de la suspensión** daría cobertura lisa y llanamente a una supresión temporal de la vigencia de las normas iusfundamentales, lo que supone tener que admitir cualquier nueva regulación de los derechos susceptibles de suspensión, tanto si no respeta su contenido esencial como si incluso llega a eliminar el derecho por completo en esas circunstancias, porque, recordemos, su configuración habitual se mantendría en las relaciones entre particulares y frente al poder público en los casos que nada tienen que ver con la situación excepcional. En definitiva, la suspensión propicia, allí donde opera, no sólo la «desfundamentalización» de los derechos implicados, sino su «desconstitu-

cionalización». El ámbito de maniobra, por tanto, es grande, pero no está exento de limitaciones, a nuestro juicio, imprescindibles. Cuando la suspensión es vista como una mera «desfundamentación» sería posible exigir al poder público respeto a un principio de proporcionalidad, en su triple vertiente de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, modulable dependiendo de si se trata de controlar la actuación del legislador, de los órganos encargados de decretar las medidas suspensivas o de las autoridades que han de aplicarlas; ello, no obstante, presenta una dificultad teórica, pues, como doctrinalmente se ha puesto de manifiesto (ALÁEZ CORRAL, B., 2004, 233 y ss.), el referido principio deriva de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, cuya dimensión subjetiva, a la que la primera sirve, con la «desfundamentación» ha quedado momentáneamente fuera de juego. Sin embargo, cuando la suspensión de los derechos se equipara a su «desconstitucionalización», aunque tampoco desaparecen los límites orgánicos, materiales, temporales y finalistas a los que se sujeta a los poderes públicos, el legislador goza aquí de un mayor margen, al quedar sometido a un principio de razonabilidad, entendido como prohibición de arbitrariedad, que tan sólo obliga a que exista una mínima vinculación entre cualquiera de las medidas que materialicen la suspensión y el fin constitucionalmente legítimo de superar los supuestos previstos en el art. 55 CE, con el objeto de asegurar una explicación racional de las mismas.

A pesar de la potencial amplitud del alcance constitucional de la suspensión, que podría llegar a identificarse dentro del ámbito temporal, circunstancial y final que le es propio con la simple eliminación del derecho, el legislador, como analizaremos a continuación, mayoritariamente se ha decantando, a nuestro juicio, con buen criterio, por dotar al derecho de un régimen jurídico más restrictivo que el común, no sujeto a la garantía sustantiva de respeto a su contenido esencial, establecida en el art. 53.1 CE, que queda aparcada

de manera provisional. El sacrificio que se inflige al derecho no consiste en su supresión, sino en una rebaja de las garantías que de ordinario disfruta su titular para salvaguardar su objeto, conservando, como en cualquier otra situación, la posibilidad de responder frente a injerencias del poder público que se produzcan en términos distintos a los previstos.

II. EL APARTADO 1.º DEL ART. 55 CE: LA SUSPENSIÓN GENERAL

A pesar de que la jurisprudencia constitucional debe ser el hilo conductor del comentario que en esta obra se realiza de cada una de las disposiciones de la Constitución, en el caso del apartado primero del art. 55 CE, relativo a la llamada suspensión general de los derechos fundamentales, ello resulta imposible. A diferencia de lo que, como veremos, sucede con su apartado segundo, las **referencias jurisprudenciales** a aquél son muy **escasas** y aportan poco, por no decir nada, a la identificación del contenido del precepto. Al contrario, las contadas menciones al art. 55.1 CE no contribuyen más que a la delimitación del alcance de la suspensión individual reconocida en el art. 55.2 CE, a la que siempre se liga, pues descartan que se pueda proceder a una ampliación de su objeto, integrando en el mismo derechos susceptibles de suspensión general. Así sucede en la STC 153/1988, FJ 5 (STC 153/1988, de 20 de julio), que niega que la declaración de incompetencia de un Juez para conocer la solicitud de un hábeas corpus formulada por una persona detenida en aplicación de la ley antiterrorista pueda ser entendida como una extensión de la suspensión de esta garantía prevista en el art. 55.1 a los supuestos del art. 55.2 CE o en la STC 199/1987, FJ 12 (STC 199/1987, de 16 de diciembre), que equipara los efectos de la suspensión de todo tipo de publicaciones y emisiones, que puede operar declarado un estado de excepción o de sitio con base en la suspensión general del art. 55.1 CE, con la medida legal de cierre provisional de un medio de di-

fusión en el marco de delitos de terrorismo y bandas armadas, netamente inconstitucional, al existir «una clara voluntad constitucional de no establecer una regulación diferenciada del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 en relación con los supuestos previstos en el núm. 2 del art. 55». Éstos son los motivos, y no otros, que nos obligan a comentar el precepto desde un prisma doctrinal y con referencias a su desarrollo legal, para intentar ofrecer una visión lo más completa posible de su contenido en la actualidad.

La declaración de un estado de excepción o de un estado de sitio es el presupuesto necesario que, según el art. 55.1 CE, debe tener lugar para que se pueda proceder a la **suspensión** de los derechos que en él se enumeran o, si se prefiere, es la condición suspensiva de la que se hace depender la aplicación de la suspensión. En ella se han de señalar los derechos fundamentales afectados y se han de establecer los términos en que se llevará a cabo, respetando la concreción primera que de los mismos efectúe una ley orgánica. Esa vinculación suspensión-estado de excepción/estado de sitio conecta, en definitiva, dos preceptos constitucionales, los arts. 55.1 y 116 CE, hasta el punto de que una misma norma, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAE), se hará cargo de desarrollar en detalle ambas disposiciones.

La suspensión del art. 55.1 CE, conocida como suspensión general en atención a sus destinatarios que pueden ser cualquiera que se encuentre en el ámbito territorial de la declaración, es uno de los instrumentos que la misma Constitución ofrece a los poderes públicos para reaccionar frente a los hechos que dan lugar a la declaración de un estado de excepción o de sitio. Subráyese, por tanto, que resulta constitucionalmente inadmisibles que la declaración de otro de los estados excepcionales previsto en el art. 116 CE, el de alarma, pueda servir de coartada para la adopción de medidas suspensivas de derechos, aunque lo cierto es que en su regulación legal

se contemplan algunas, llamadas a operar en caso de catástrofes, accidentes de magnitud, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales o desabastecimiento, que presentan una naturaleza materialmente más suspensiva que limitativa de derechos, como sería lo propio, al negar temporalmente a su titular su ejercicio, por ejemplo, la movilización del personal de industrias, empresas o servicios y la consiguiente imposición de prestaciones obligatorias.

Si el **estado de excepción** está justificado en supuestos de alteraciones graves del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, del normal funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios públicos esenciales y de cualquier otro aspecto del orden público (art. 13 LOEAE), el estado de sitio requiere que se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía e independencia del Estado, su integridad o el ordenamiento constitucional (art. 32 LOEAE). El Gobierno podría entonces declarar en el primer caso el estado de excepción por Decreto, siempre que con carácter previo mediara autorización del Congreso a través de su Pleno o de su Diputación Permanente, si es que estuviera disuelto o hubiera expirado su mandato. La autorización alcanzará al ámbito territorial, duración y efectos de la declaración, a las medidas concretas a adoptar sobre los derechos cuya suspensión expresa y específicamente se solicita y a la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias a imponer por contravenir las disposiciones dictadas durante el estado excepcional; cualquier modificación o novedad que el Gobierno quisiera introducir más adelante que afectara a las medidas extraordinarias tendría que contar con el previo visto bueno del Congreso. El protagonismo del Gobierno, como se deduce de esta descripción, es meramente aparente, pues en último término es al Congreso al que le corresponde no sólo la última palabra, concediendo o denegando la solicitud de autorización en los términos sugeridos, sino también la posibilidad de incluir en estos últimos los cam-

bios que considere pertinentes (arts. 13, 14 y 15 LOEAES). Pero la preponderancia del Congreso, totalmente explicable en atención al calado de las medidas a tomar, aún se hace más patente en el segundo caso, esto es, en su intervención en el **estado de sitio**; a él le corresponde acordar aquí por mayoría absoluta la declaración propuesta por el Gobierno, determinando su ámbito territorial, duración y condiciones y, si lo estima oportuno, los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar (arts. 32 y 35 LOEAES). Recordemos que una vez declarado el estado de sitio, el Gobierno asume facultades extraordinarias, pero es la autoridad militar por él designada la que ejecuta las medidas procedentes con gran margen de discrecionalidad, mientras que las autoridades civiles ejercen facultades que no han sido atribuidas a la autoridad militar, informando a ésta de cuanto se le solicita, especialmente de todo lo referente al orden público (arts. 33 y 36 LOEAES).

Con el finalismo que, según ya indicamos, ha de inspirar la actuación de los poderes públicos en estas situaciones, la ley recuerda que las medidas que se tomen con ocasión de la declaración de un estado de crisis, incluidas las suspensivas, deberán ser las indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad y se aplicarán de forma proporcionada a las circunstancias con una duración condicionada por el cumplimiento del objetivo para el que están destinadas, es decir, durarán el tiempo que dentro de los márgenes constitucionales la declaración del estado de crisis considere imprescindible para resolverla (art. 1 LOEAES). Pero la proporcionalidad no es el único seguro que se articula frente a la suspensión general; también existen garantías en el plano orgánico. Si la justificada intervención del Congreso en la declaración del estado excepcional ya ha sido suficientemente destacada, la Cámara tampoco podrá disolverse en lo que dure y quedará automáticamente convocada si no estuviera en período de sesiones, asumiendo en último término la Diputación permanente sus competencias en caso de es-

tar disuelta o haber expirado su mandato (art. 116.5 CE); además, las jurisdicciones ordinaria y constitucional pueden actuar en plenitud, con posibilidad de exigir responsabilidades por los daños y perjuicios que la adopción de las medidas objeto de comentario y su puesta en práctica puedan acarrear (art. 116.6 CE y art. 3 LOEAES), pues si algo no queda en suspenso es precisamente el tenor de los arts. 9 y 103 CE.

Como ya hemos adelantado, el **objeto** de la **suspensión general** se limita a los derechos mencionados en el art. 55.1 CE que aparezcan citados en la declaración de los estados de crisis. El alcance de las medidas suspensivas también será precisado en ella dentro de los límites impuestos por la tantas veces aludida Ley Orgánica 4/1981.

El primero de los preceptos constitucionales que puede quedar en suspenso es el art. 17 CE. Si en el marco del estado de excepción la suspensión alcanza a los derechos reconocidos en su primero, segundo y cuarto apartado, esto es, **libertad personal**, **plazo máximo de la detención preventiva**, procedimiento de **hábeas corpus** y **duración de la prisión provisional**, en el estado de sitio podría sumarse además la suspensión de los **derechos** que al **detenido** le confiere el apartado tercero del mismo artículo, aunque se nos escape cómo puede contribuir al restablecimiento de la normalidad el privar al detenido de la asistencia letrada, incluso de oficio, el que desconozca los motivos de su detención y los derechos que le asisten, entre ellos, el de no ser obligado a declarar; en qué puede consistir la suspensión de este último no resulta fácil de determinar, cuando el art. 15 CE no ha perdido su vigencia y, sean cuales sean las circunstancias, nunca es admisible practicar torturas ni tratos inhumanos o degradantes que pongan en riesgo la integridad física y psíquica del detenido o incluso su vida.

Quizá sea la suspensión de la **libertad personal** y de las **garantías de la detención preventiva**, por seguir el orden constitucional,

las más destacables. El art. 16 LOEAES extiende hasta un máximo de diez días la detención gubernativa del que se sospeche que va a alterar, no que ya ha alterado, el orden público. La modificación del régimen normal de la detención preventiva, con la finalidad de evitar que el detenido se sume a los desórdenes y mantenerlo bajo control, se manifiesta aquí en tres planos. Añadiendo al esclarecimiento de los hechos un nuevo supuesto que justifica la detención; prorrogando su duración más allá de las setenta y dos horas establecidas, sin que ello fuera objeto de recurso por excesivo, como veremos sí sucedió en los casos previstos en el art. 55.2 CE; y minorando la relevancia de una intervención judicial en la que el Juez no autoriza previamente la prórroga, sino que se limita a recibir en las primeras veinticuatro horas la comunicación de que la detención ha tenido lugar y a requerir información sobre la situación del detenido. Respecto de **hábeas corpus**, acertado, a nuestro juicio, silencio del legislador en este punto, pues, si, como se ha señalado, los instrumentos normales de control del poder público no desaparecen ni menguan en los estados excepcionales, no se comprende el porqué ha de quedar en suspenso un derecho que es una garantía procedimental frente a privaciones arbitrarias de libertad, que también pueden tener lugar, incluso con mayor riesgo, durante un estado excepcional, si se realizan vulnerando el nuevo régimen jurídico del derecho. En relación a la **prisión provisional**, el art. 30 LOEAES concreta los supuestos en los que es posible que la autoridad judicial decreta esta medida, vinculándolos a la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, y le mantenerla a su arbitrio en lo que dure el estado de excepción, sin fijar un tope máximo, como hubiera sido deseable atendiendo a la reserva constitucional a favor del legislador, por lo que el derecho se entenderá respetado tan sólo con que el tiempo que dure la prisión provisional sea el objetivamente razonable en cada caso concreto.

El derecho a la **inviolabilidad del domicilio** y al **secreto de las comunicaciones**, reconocidos respectivamente en los apartados segundo y tercero del art. 18 CE, también pueden ser suspendidos en los estados de excepción y sitio. Cuando la garantía que rodea a los derechos en situación de normalidad consiste, como aquí sucede, en una presencia judicial anterior a la entrada domiciliaria o a la intervención en las comunicaciones, la intensidad del sacrificio es difícil de modular y parece que avoca a prescindir de la misma con carácter previo. Pero no es imposible pensar en otras alternativas menos gravosas como una modificación de las formalidades o un retraso en la motivación judicial que se requiere de ordinario. No es el camino, sin embargo, que sigue la ley. El art. 17 LOEAES, apelando a una finalidad tan genérica como la del esclarecimiento de hechos delictivos vinculados con la crisis o el mantenimiento del orden público, permite la entrada en los domicilios, aunque no medie consentimiento del titular ni autorización judicial; por su parte, el art. 18 LOEAES prevé en los mismos casos la suspensión del secreto de las comunicaciones, al margen del medio en que se realicen —postal, telegráfico, telefónico—, dejando en manos de la autoridad gubernativa su intervención. Si bien las medidas suspensivas, como es lo propio, no respetan el contenido esencial de estos derechos, introducen otro tipo de garantías alternativas, sin prescindir totalmente de la presencia judicial. Así la entrada en el domicilio debe ir avalada por una orden formal y escrita, el registro debe realizarse ante testigos —el titular, su familia y dos vecinos—, levantando acta del mismo y, sobre todo, se ha de comunicar al Juez a posteriori sus causas y resultados, al igual que también se ha de dar cuenta al Juez de la intervención gubernativa de las comunicaciones, no tanto para que dé el visto bueno a lo actuado como para que controle posibles excesos en cuanto a su pertinencia o al modo de realización. Mencionar, por último, la excepción prevista en el art. 22.4 LOEAES, más similar al régimen común de la inviolabilidad de domicilio, por la

que la autorización formal y escrita de la autoridad gubernativa resulta innecesaria cuando los agentes pretenden penetrar en locales, se entiende domicilios sociales o particulares, donde se estuvieran celebrando reuniones en las que hubiese alteraciones graves del orden público constitutivas de delito, agresiones a las fuerzas de seguridad u otros casos de flagrante delito.

La libertad de circulación y de residencia igualmente son derechos susceptibles de ser suspendidos según el art. 55.1 CE. A la hora de concretar cómo, la ley prevé en sus arts. 19 y 20 diferentes fórmulas. La autoridad gubernativa puede intervenir y controlar toda clase de transportes y su carga; prohibir con carácter general la circulación de personas y vehículos a determinadas horas o en determinados lugares; exigir la identificación a quienes se desplacen y marcarles un itinerario; y delimitar zonas de protección o seguridad y las condiciones de permanencia en las mismas. Además le es posible prohibir a personas concretas su presencia en determinados lugares, si pueden dificultar la acción de la fuerza pública, y llegar a exigirles, en caso de motivos fundados en razón de su peligrosidad para el mantenimiento del orden público, que comuniquen sus desplazamientos fuera de su residencia habitual con dos días de antelación; imponerles un desplazamiento de esa índole o incluso fijar transitoriamente su residencia allí donde se estime adecuado, debiendo proveer para todo ello de los recursos necesarios. Sin embargo, desde la óptica de la razonabilidad/proporcionalidad puede ponerse en tela de juicio que el art. 24 LOEAES permita establecer nuevos criterios sobre la renovación y control de los permisos de residencia, así como obligaciones de comparecencia a los extranjeros que se encuentren en España por el mero hecho de serlo y sin que aparentemente tengan por qué estar vinculados a las causas que provocaron la crisis o haber actuado en connivencia con los perturbadores del orden público. Su vulneración les supone nada menos que su expulsión del territorio nacional, eso sí, sumariamente motivada, a

no ser que sus actos presenten indicios de delito, en cuyo caso, se someterían al correspondiente procedimiento judicial. La equiparación a los españoles, no obstante, se impone cuando no cabe expulsión por tratarse de refugiados o apátridas.

De preverlo la declaración del estado de crisis, los **derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción y el derecho a comunicar y a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión** del art. 20.1.a) y d) CE también se verán afectados por el art. 55.1 CE, en este caso, a tenor del art. 21 LOEAES, mediante la suspensión gubernativa de todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales, sin que ello pueda suponer ninguna censura previa, pues el apartado dos del art. 20 CE, que descarta que se pueda coaccionar la elaboración y difusión de las obras a través de un sistemático examen oficial previo, continúa plenamente vigente. El secuestro de las publicaciones, posible en virtud de resolución judicial según el art. 20.5 CE, queda abierto a la autoridad gubernativa en casos de suspensión. Subráyese que en esta ocasión el legislador ha concretado la suspensión en su vertiente más extrema y sin conectarla con el logro de la finalidad que se persigue con la declaración del estado de crisis. Por último, como el art. 55.1 CE, según se ha indicado, considera objeto de suspensión los derechos contenidos en el art. 20.1.d) CE, también habrá que tener en cuenta al derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, de los que la LOEAES nada dice. Aun así, por mucho que no se precise cómo puede incidir en ellos la suspensión, ésta se podría llevar a cabo con apoyo en la regulación constitucional, sobre todo en el caso del secreto profesional, por ejemplo, exigiendo la revelación de las fuentes, si tal información fuera importante para el levantamiento del estado excepcional; sin embargo, en la cláusula de conciencia, llamada a jugar en las relaciones

entre periodista y medio de información, la obligación de colaborar con un medio que ha cambiado su línea ideológica o su orientación informativa, contenidos posibles del derecho en suspenso, aparecen como medidas sin una conexión tan acusada con la superación de la crisis.

Uno de los elementos del contenido esencial del **derecho de reunión y manifestación** del art. 21 CE, otra de las libertades suspendibles del art. 55.1 CE, es la prohibición de autorización previa para su ejercicio; la comunicación a la autoridad competente, a la que alude el precepto, en ningún caso es asimilable a una autorización de esta índole, pues su finalidad no es otra que poner en su conocimiento la celebración de la manifestación para que tome las medidas oportunas que garanticen el ejercicio del derecho y la salvaguarda de los derechos y bienes de terceros. El art. 22 LOEAES materializa la suspensión del derecho precisamente dando cabida a que la autoridad gubernativa pueda someter a autorización previa la celebración de reuniones y manifestaciones; de no otorgarse el derecho no podría ejercerse, y si aun así la reunión tuviera lugar, podría resultar justificada su disolución. En principio, el legislador parece haberse decantado por la opción menos gravosa, siempre y cuando se constate en el primer caso el riesgo que para el orden público o para la vuelta a la normalidad supone la celebración y en el segundo la pervivencia de las circunstancias que dieron pie a la prohibición, ya que, de lo contrario, la desautorización y la disolución quedarían exentas de control. El mismo precepto tampoco descarta que la autoridad gubernativa pueda llegar a impedir temporalmente con alcance general la celebración de las manifestaciones, lo que supondría un total sacrificio del derecho, desmedido, a nuestro entender, porque, al no realizarse una valoración individualizada de la reunión, no se puede asegurar que no se esté negando el ejercicio del derecho en supuestos que nada inciden en la crisis declarada. Régimen distinto se aplica a las reuniones que celebren partidos,

sindicatos y asociaciones empresariales en cumplimiento de sus fines y de acuerdo a sus estatutos. Al estar en ellas indirectamente implicado un derecho, el de asociación, no suspendible, sobre él no puede operar ninguna restricción extraordinaria.

Por último, también el art. 23 LOEAES sigue la vía suspensiva más extrema. Se prohíbe de raíz el ejercicio de los **derechos de huelga y de adopción de medidas de conflicto colectivo** de los arts. 28.2 y 37.2 CE sin especificar su debida conexión con la finalidad perseguida y se cierra con ello el paso a respuestas más moderadas, como la autorización previa de la autoridad gubernativa, que, según hemos visto, sí se activan en otros supuestos por encajar igualmente en el concepto de suspensión con el *plus* de permitir el ejercicio, aunque disminuido, del derecho.

El legislador, en definitiva, ha configurado el alcance de la suspensión general de los derechos mencionados, medida constitucionalmente lícita en situaciones límite como las que desencadenan la declaración de un estado de excepción o de sitio, de modos diversos en función del derecho implicado. Si bien la Constitución le permite llegar hasta su eliminación transitoria, el legislador ha preferido en no pocas ocasiones inferir un sacrificio menor al derecho y a su titular, que consiste en mantener el derecho con una configuración nueva que desvirtúa alguno de los elementos definidores de su contenido esencial. Esta lectura restrictiva de la suspensión, que conlleva una mera alteración de las garantías que en condiciones normales rodean al derecho, quizás hubiera sido la más adecuada en todos los casos desde el prisma de una razonabilidad de las medidas, que, junto a la proporcionalidad en su aplicación, siempre podrán ser en último término susceptibles de un control que asegure la conciliación del objetivo constitucionalmente legítimo de superar la situación de crisis con la conservación de unos derechos fundamentales que mantengan en lo posible su configuración habitual.

III. EL APARTADO 2.º DEL ART. 55 CE: LA SUSPENSIÓN INDIVIDUAL

Algo diferente ha de ser el enfoque del comentario al segundo apartado del art. 55 CE, pues, sin olvidar las inexcusables referencias legales y doctrinales, aquí al menos sí contamos, por mucho que no sea muy numerosa, con jurisprudencia constitucional al respecto.

El precepto señalado extrapola la aplicación de la fórmula de la suspensión de derechos fundamentales a otras situaciones hasta ahora desgraciadamente no tan extraordinarias como las desencadenantes de los estados de crisis a los que se refiere el apartado primero del art. 55 CE. Sin precedentes en el constitucionalismo español ni en el comparado, aunque de sobra conocida a nivel legislativo en España —Decreto-Ley 10/1975, Decreto-Ley 21/1978, Ley 56/1978— y en otros países europeos —Reino Unido, Francia, Alemania, Italia—, el art. 55.2 CE acoge, con una redacción más imprecisa que la de su apartado primero, lo que se ha dado en denominar **suspensión individual** de los derechos fundamentales, al afectar por un tiempo limitado a los derechos de personas determinadas, si ello contribuye a esclarecer investigaciones relacionadas con actuaciones terroristas.

La **naturaleza** de la medida que el art. 55.2 recoge, como manifiesta la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, es un «supuesto de suspensión de determinados derechos fundamentales, es decir, de situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo. El reconocimiento del carácter acaso crónico del terrorismo en nuestra sociedad hizo que, ya en 1978, el constituyente previese este instituto como diferente de los tradicionales estados excepcionales, sin, por ello mismo, introducir los condicionamientos temporales específicos propios de dichos estados (art. 55.1 CE, en conexión con el art. 116,

apartados 3 y 4, CE). Esta circunstancia, sin embargo, no cambia el carácter último del instituto en cuestión, en el que se recoge un régimen normativo —objetivo y por tanto no únicamente subjetivo—, de suspensión, propiamente dicha, de determinados derechos». Ese régimen distinto altera, como tuvimos ocasión de exponer en el comentario del primer apartado del precepto, la característica indisponibilidad para los poderes públicos de los derechos fundamentales en situaciones de normalidad, sobre todo en su faceta de respeto al contenido esencial del derecho en la regulación de su ejercicio, con la consiguiente ampliación del margen de configuración legal, a fin de lograr el objetivo constitucionalmente perseguido de facilitar la investigación de las actuaciones terroristas.

En efecto, la suspensión, entiende el Tribunal en la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, «sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático». El constituyente, como subraya la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2, y, en la misma línea, recuerda la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, «ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático. Por ello ha introducido en el art. 55.2 una habilitación al legislador, para establecer un régimen específico de suspensión de determinados derechos fundamentales con la **finalidad** de facilitar las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, posibilidad de suspensión de derechos que la Constitución ha estimado como necesaria para el propio sostenimiento del Estado democrático de Derecho, y que refleja, además, experiencias realizadas en los países europeos afectados también por fenómenos terro-

ristas. Esta previsión constitucional demuestra, sin necesidad de mayor argumentación adicional, el reconocimiento *ex Constitutio-
ne* de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto al goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional. La propia Constitución ha previsto la posibilidad de la suspensión de tales derechos, y ha habilitado al legislador para ello, por lo que la eventual diferencia de trato que respecto a los sujetos implicados pudiera derivarse de esta regulación legal o de su aplicación, es en sí misma consecuencia de una previsión constitucional que no puede ser ignorada al interpretar el art. 14 de la Constitución. En consecuencia, la existencia de esta normativa legal no supone violación alguna del derecho a la igualdad». Por tanto, de todo ello se deduce que «la Constitución no ha hecho de la «suspensión individual» de ciertos derechos fundamentales un instrumento de protección extraordinaria de la seguridad del Estado, genéricamente concebida, sino que le asignó una finalidad muy concreta: la investigación de las actuaciones de las bandas armadas o elementos terroristas».

Esto nos lleva a tratar la relevante cuestión de los **destinatarios** de la suspensión del art. 55.2, tan vinculada, como señalamos antes, a su calificativo de individual. Doctrinalmente no está exento de polémica el alcance de los términos «banda armada», «elemento» y «terrorista». Aunque, según veremos, no es éste el camino seguido por la jurisprudencia constitucional, las graves consecuencias de las medidas suspensivas sobre los derechos obligan, a nuestro juicio, a una lectura restrictiva que predique el adjetivo terrorista tanto de las bandas como de los elementos, siempre que su actuación persiga subvertir el ordenamiento constitucional, lesionado de modo continuado bienes jurídicos fundamentales, como

la vida, la integridad física y psíquica o la libertad de las personas, ya sea desde la pertenencia a un grupo estable y organizado —banda terrorista—, ya sea a título individual o sin conexión con su estructura organizativa —elemento terrorista—. La STC 199/1987, de 16 de diciembre; aborda de lleno el tema, en tanto la Ley Orgánica 9/1984, sobre la que se pronuncia, es recurrida entre otros motivos, a tenor de su FJ 2, por extender la «aplicación de las medidas previstas en el art. 55.2 de la Constitución a unos supuestos no incluidos en el mismo, como son los de las personas implicadas en los delitos de rebelión y la apología de los delitos comprendidos en la misma», sobrepasando el ámbito subjetivo de la suspensión que contempla dicho art. 55.2. Si en el art. 55.1 la situación de emergencia es el presupuesto de la declaración de un estado excepcional, en el art. 55.2 el presupuesto que habilita al legislador a establecer un «marco normativo» que permita la suspensión individual de ciertos derechos es la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, puesto que, como ya se ha puesto de relieve, frente a ellas las respuestas ordinarias no son suficientes para asegurar el orden constitucional. Dicho esto, el Tribunal defiende, en los FFJJ 4 y siguientes, una interpretación del concepto de bandas armadas, «en conexión, en su trascendencia y alcance con el de elementos terroristas», que convierte en insuficiente las notas de permanencia, estabilidad y carácter armado del grupo y exige el *plus* del «propósito, o en todo caso el efecto de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva [...] que supone, en su intención o en su resultado un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho» y produce, por su entidad, «un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad». «Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas», afirma el Tribunal en el FJ 4, que permitiera extender las medidas suspensivas «a personas o grupos que actúen con armas, sin provocar el terror

en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2». De ahí el rechazo que merece la ampliación subjetiva del 55.2 CE a quienes realicen apología del terrorismo, pues «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos» (FJ 4). Sin embargo, la lectura del concepto banda armada y elemento terrorista no es tan restrictiva como el Tribunal quiere dar a entender; deja abierta la extensión de la suspensión a otros casos, como el de rebelión o el de actuación de grupos criminales, que, al margen de sus objetivos, alteren la seguridad pública con gran repercusión social. La aplicación del art. 55.2 a los rebeldes, por mucho que falte en el precepto una referencia expresa a los mismos, es considerada constitucional por el Tribunal, en tanto equipara, como también se hiciera en la discusión parlamentaria del precepto, terrorismo y rebelión, en lo que tienen de «ataque al sistema democrático y de sustitución de la forma de Gobierno y de Estado elegida libremente por ciudadanos» (FJ 4). «Por definición, la rebelión se realiza por un grupo que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional» (FJ 4); esto justifica, según el Tribunal, su inclusión en el concepto de banda armada, al que le es de aplicación la suspensión individual de derechos, obviando diferencias, a nuestro juicio, relevantes, como la de encontrarnos ante un delito instantáneo que se materializa en el violento y público alzamiento para desobedecer a la autoridad o imponerle un comportamiento no querido con el objeto de alterar el orden constitucional, sin que sea necesario una organización, la pertenencia a banda armada, ni la comisión de delitos comunes. Si lo importante, entonces, para identificar a una banda o a un elemento terrorista es el fin que

persigue, no se comprende por qué el Tribunal, sin entrar en detalles, puesto que la norma enjuiciada sólo plantea los supuestos reseñados, no descarta la posibilidad de que llegado el caso «determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 de la Constitución» (FJ 4). Ello no significa, según el Tribunal, reconocer al legislador un margen creativo respecto de unos destinatarios de la suspensión que no son más que los mencionados en el precepto constitucional y que la ley orgánica tan sólo puede especificar. De hecho la STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3, considera que ni siquiera es necesario encontrar en la ley una definición de lo que haya de entenderse por organización y elemento terrorista, al tratarse de categorías suficientemente arraigadas en el plano normativo, empezando por los arts. 13.3 y 55.2 CE, y doctrinal. Serias dudas plantea, a nuestro juicio, hasta qué punto el legislador especifica y no crea, cuando el precepto constitucional tan sólo menciona a bandas armadas y a elementos terroristas y él amplía los potenciales destinatarios de la suspensión, incluyendo sujetos que no reúnen alguno de los dos elementos que la propia jurisprudencia ha entendido como definitorios de dichos conceptos.

Indudablemente, a tenor del precepto constitucional, le corresponde al **legislador orgánico** establecer los casos y la forma en que puede tener lugar la suspensión individual. Ya en la STC 25/1981, de 14 de julio, cuyo objeto era determinar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 11/1980, el Tribunal Constitucional recuerda que la Constitución, a causa de la doble dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales, reserva a las Cortes Generales no sólo su desarrollo, sino también

su posible suspensión con base en el art. 55.2 a través de una ley orgánica de carácter facultativo y no preceptivo, cuya conveniencia o necesidad sólo a ellas les corresponde determinar. El constituyente, en definitiva, según afirma la STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3, ha querido «que esta opción normativa se adopte mediante Ley orgánica, es decir, mediante una mayoría coincidente, en el Congreso de los Diputados, con la exigida para la declaración del estado de sitio, con el grado de consenso, pues, de que hace rodear las opciones normativas y políticas más trascendentes, salvo contadas excepciones. Ahora bien, esta remisión a la Ley orgánica no es, por así decir, una remisión en blanco, sino que, por el contrario, y como sucede en otros supuestos, aparece rodeada de diversos condicionamientos, unos sustantivos y otros de carácter garantista», que serán objeto de análisis. Sin embargo, ello no significa que la ley, como pone de manifiesto la STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 2, tenga que circunscribirse al cumplimiento de esta función de concreción del precepto constitucional mencionado, pudiendo abordar «supuestos y cuestiones que el art. 55.2 no ha previsto», como las «relativas a la regulación penal y procesal de determinadas figuras delictivas relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, cosa que de por sí no supone ninguna infracción constitucional». Y ésta es la línea que se siguió o, lo que es lo mismo, en palabras del voto particular a la STC 71/1994, de 3 de marzo (voto particular: D. Pedro Cruz Villalón, al que se adhieren D. Eugenio Díaz Eimil, D. Álvaro Rodríguez Bereijo, D. Julio Diego González Campos y D. Carles Viver Pi-Sunyer), la línea de «pérdida de la autonomía o sustantividad que había caracterizado a esta legislación desde su primera versión, en la LO 11/1980, para incorporarse ahora, con cierta vocación de permanencia indefinida, en la legislación procesal criminal en unos términos que fuerzan, sin duda, el diseño constitucional de un instituto que, por su propia naturaleza, supone una situación de anormalidad en el régimen legal de los derechos fundamentales afectados». En efecto, si ya

con anterioridad a la aprobación de la Constitución normas ad hoc prevenían la adopción de la medida suspensiva, su régimen jurídico y su plazo de vigencia, la regulación post-constitucional concretó inicialmente el alcance del art. 55.2 CE en leyes orgánicas específicas, LO 11/1980 y LO 9/1984, conocidas como leyes antiterroristas, mientras que posteriormente el legislador optó por introducir la suspensión en normas sin sustantividad propia y con eficacia potencialmente permanente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello empaña, a nuestro juicio, la naturaleza excepcional y temporalmente limitada de la suspensión, confiriéndole una apariencia de normalidad y estabilidad en consonancia con la norma que la acoge. Al contrario que la jurisprudencia constitucional, nos parece, por tanto, más acorde con el perfil que el art. 55.2 confiere a la suspensión, que fuera una norma específica encargada de su desarrollo o que, al menos, de seguir la senda que se ha seguido, se hubieran recordado las circunstancias bajo las que la suspensión resulta operativa y se hubieran establecido instrumentos para controlar periódicamente si tales circunstancias se mantienen, con el objeto de evitar de este modo errores, como el de entender que la suspensión será aplicable mientras está vigente la norma que le ofrece cobertura.

Por último merece la pena aludir brevemente a una cuestión procesal que afecta a la impugnación de las leyes orgánicas que satisfacen la reserva del art. 55.2 CE, en tanto ha sido objeto de cambio jurisprudencial; nos estamos refiriendo a la legitimación de los órganos autonómicos para interponer recurso en su contra. Si en un principio la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, afirmaba que el contenido y ámbito nacional de esas leyes «no afecta específicamente a la autonomía de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, y consecuentemente su posible inconstitucionalidad sólo podría ser planteada directamente por los legitimados por el art. 32.1 de la LOTC», desde la STC 199/1987, de 16 de diciembre, se admite la legitimación autonómica, en consonancia con el voto particular formulado por

los Magistrados Latorre, Díez de Velasco, Tomás y Valiente y Fernández Viagas a la STC 25/1981, de 14 de julio.

Pero la Constitución rodea la suspensión individual prevista en el art. 55.2 de más cautelas, que pretenden asegurar la garantía de los propios derechos objeto de la misma —duración máxima de la detención preventiva, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones—, y van desde la exigencia de responsabilidades penales frente a un uso abusivo de la suspensión hasta su control parlamentario o la **necesaria intervención judicial**. Precisamente sobre el alcance de esta última se pronuncia la STC 199/1987, FJ 7, poniendo de relieve la complejidad del asunto, pues se trata de compatibilizar la suspensión y la intervención judicial, sin «sacrificar enteramente ninguno de los dos contenidos del art. 55.2 CE» y sin perder de vista que «la finalidad del precepto es hacer posible la suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía» una intervención judicial, que debe modalizarse para procurar que la primera sea factible. Esto obliga a descartar un tratamiento unitario e idéntico del alcance de dicha intervención, que habrá de ajustarse atendiendo a cada uno de los derechos suspendibles y a las circunstancias en las que la suspensión ha de realizarse. La intervención judicial exigida debe ser decisiva, es decir, ha de poder ratificar o levantar la suspensión, pero no, como ocurre en circunstancias normales, obligatoriamente previa a la actuación gubernativa suspensiva del derecho. Es cierto que «para su mayor efectividad la intervención judicial, debería preceder a la puesta en práctica de la suspensión. Sin embargo, ello no excluye el que en ciertos casos la efectividad de la suspensión misma requiera una actuación inmediata de la autoridad gubernativa, sin perjuicio de la intervención sucesiva del órgano judicial, de forma que la medida podría ser adoptada provisionalmente por la autoridad administrativa a reserva de su ratificación o levantamiento por la autoridad judicial. En estos casos extremos la efectividad de la suspensión puede requerir posponer la intervención judicial a un momento posterior a la ac-

tuación gubernativa, pero esta modalización de la necesaria intervención judicial para hacer posible la suspensión entra en la lógica misma de la previsión incluida en el art. 55.2 de la Constitución» (FJ 7). De todo ello se desprende la imposibilidad de ofrecer una respuesta única sobre el alcance y el momento de la necesaria intervención judicial para todos y cada uno de los derechos afectados, lo que obliga a analizar la situación caso a caso.

Respecto de la **detención preventiva**, como es sabido, el art. 17.2 CE establece su duración máxima por un plazo de setenta y dos horas; la suspensión del derecho consiste aquí en la permanencia excepcional del detenido a disposición de la autoridad gubernativa y de sus agentes por más tiempo, el necesario para realizar las averiguaciones pertinentes para clarificar los hechos. En la STC 199/1987, FJ 8, se señala que el art. 55.2 permite que la detención gubernativa pueda prolongarse más allá de las 72 horas, límite general a la misma previsto por el art. 17.2 de la Constitución, y esa posible prórroga es la que se configura como la suspensión del derecho reconocido en dicho artículo. La suspensión del derecho se circunscribe así exclusivamente a esa prolongación temporal de la detención gubernativa y ni altera el significado procesal de esta detención ni hace decaer las demás garantías que asisten al detenido. Si bien esta última afirmación, según veremos, puede ponerse en entredicho, es cierto que el legislador orgánico determinará, discrecional, pero no arbitrariamente, el plazo máximo de la prórroga, ponderando «tanto las exigencias derivadas de las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, como la aplicación del criterio de la necesidad estricta y de la mayor brevedad posible» (FJ 8), impuesto por el art. 17 CE y las normas internacionales suscritas por España en la materia. Y, como no podía ser de otro modo, también el legislador orgánico asegurará que la comentada ampliación de la detención, para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, sea previa y expre-

samente autorizada por un Juez, no bastando para poder llevarla a cabo la mera petición o comunicación al órgano judicial. Aunque en principio toda persona detenida será puesta a disposición del Juez competente dentro de las 72 horas siguientes a su detención, en los supuestos que nos ocupan la detención podrá extenderse, según el art. 420 bis LECR, el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras 48 horas, siempre que, solicitada la prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención, sea autorizada motivadamente por el Juez en las 24 horas siguientes. Antes de que transcurra el plazo normal de 72 horas será posible conocer cuál va a ser la situación del detenido, si quedará en manos de los cuerpos de seguridad o si pasará a disposición judicial. La naturaleza del derecho permite que el legislador orgánico pueda causarle en este aspecto el menor perjuicio y dotarle de las mayores garantías con una intervención judicial previa que no se limita a ratificar o a controlar la corrección de una prórroga ya decidida, sino a autorizarla o desautorizarla en atención a las circunstancias del caso concreto. Pero esta moderación del legislador no tuvo siempre su reflejo en la duración máxima de la prórroga y en ciertas condiciones de la detención. La Ley Orgánica 9/1984, objeto de la señalada STC 199/1987, prolongaba la detención preventiva por un máximo de siete días; plazo considerado por el Tribunal excesivo conforme a los criterios señalados, en tanto suponía «una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable» (FJ 8). Sin embargo, no tan receptivo se mostró el Tribunal —SSTC 196/1987, de 11 de diciembre; o 199/1987, de 16 de diciembre— cuando avaló alteraciones legislativas del régimen normal de la detención que modificaban sustancialmente sus condiciones y garantías, por mucho que la suspensión tan sólo deba afectar a la duración. Buena muestra es que admitió la comunicación gubernativa y provisional del detenido hasta que el Juez en veinticuatro ho-

ras confirmase la procedencia de una actuación que todo lo más puede levantar, pero no decretar (art. 520 bis.2 LECR); la prohibición de que el incomunicado pueda avisar de su detención o del lugar en que se encuentra; o la imposibilidad, en lo que dure esta situación, de que reciba asistencia letrada que no sea de oficio y, en todo caso, limitada, pues no podrá celebrar entrevista reservada tras las diligencias (art. 527. LECR).

Muy distinto es el escenario en lo que respecta a la suspensión de la **inviolabilidad del domicilio** y del secreto de las comunicaciones, al ser diferente en condiciones de normalidad el contenido esencial de ambos derechos en comparación con el ya comentado. En la inviolabilidad del domicilio resulta altamente complicado compaginar la suspensión de un derecho, cuyo contenido esencial de ordinario exige, según la STC 199/1987, FJ 9; «una resolución judicial que autorice la entrada y registro, no consentidos, de un domicilio, con la intervención judicial a la que también alude el art. 55.2 de la Constitución» y que tan sólo será efectiva si «se adopta antes de la penetración en el domicilio [...], puesto que la intervención *a posteriori* [...] no evitaría en ningún caso el sacrificio del derecho fundamental». A diferencia de lo que sucede en la suspensión general de este mismo derecho del art. 55.1 CE, la total supresión de la intervención judicial allí admisible y su sustitución por la autorización de la autoridad gubernativa resulta imposible en la suspensión individual, al subrayar el 55.2 su necesidad; pero igualmente es evidente que la intervención judicial no puede reproducir la que tiene lugar en condiciones normales y forma parte del contenido esencial del derecho, pues entonces no se podría hablar de suspensión. Queda descartada así la eliminación de la presencia judicial en *pro* de su modulación, que es tanto como decir, en palabras del Tribunal, que se «ha de asegurar una suficiente intervención judicial, en lo posible previa, que sea compatible con la suspensión de ese derecho» (FJ 9). El legislador, en el art. 553 LECR, opta de este modo por admitir que sólo en ca-

sos de excepcional o urgente necesidad cabe entrar sin mandato judicial previo en cualquier domicilio, incluso en el de alguien ajeno a la actividad terrorista, para detener a presuntos responsables de acciones delictivas cometidas por personas integradas o relacionadas con bandas armadas, individuos terroristas y rebeldes, así como proceder a su registro y a la ocupación de los efectos e instrumentos que tuvieran relación con el delito perseguido, dando cuenta inmediata al Juez, con indicación de las causas que motivaron el registro, las personas que intervinieron, los incidentes ocurridos y los resultados obtenidos, especialmente en lo que afecta a las detenciones; una comunicación que no busca tan sólo mantenerle informado, sino también que pueda controlar la corrección de la entrada y del registro sin autorización judicial. Esta regulación legal se ajusta, por tanto, a lo que la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional en su FJ 9 no deja de resaltar, esto es, «sólo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles y en los que las circunstancias del caso no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial, por tener que procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista, es cuando podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial [...] en aras de hacer efectivos los fines por los que el art. 55.2 permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En este caso, y sólo en este caso, la intervención judicial habrá de ser *a posteriori*, pero sin que pueda entenderse [...] que [...] esa intervención se limite a la mera recepción de información», pues no se puede «establecer, ningún límite al control judicial al respecto [...], conservando siempre el juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes [...]. Y, desde luego, en relación con los casos excepcionales de detención inmediata, le corresponderá verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial». No obstante, aun reconociendo la constituciona-

lidad del camino seguido y un espíritu restrictivo que no sustituye siempre la previa autorización judicial por la iniciativa gubernativa, podrían haberse articulado otras alternativas que hubieran sacrificado aún menos al derecho implicado y hubieran obviado alguna de las críticas que merece la actual configuración de la suspensión, como la de convertir la intervención judicial en un mero recordatorio del control que en todo caso le corresponde realizar a los Tribunales o hacer depender la suspensión de una excepcional necesidad que todo lo más, considerando la vaguedad del concepto, debería servir de complemento y no equipararse al otro elemento que justifica la suspensión, la urgencia. Así podrían haberse alterado las exigencias a las que se sujeta de ordinario la autorización judicial previa, admitiéndose un consentimiento meramente verbal con una motivación más tardía en atención a la urgencia.

Similares argumentos se pueden utilizar a la hora de comentar la suspensión del **secreto de las comunicaciones** en el seno de investigaciones destinadas a la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes. Como también aquí la autorización judicial previa forma parte del contenido esencial del derecho, la suspensión consiste, según el art. 579 LECR, en sustituir a la autoridad judicial por el Ministerio del Interior o, en su defecto, por el Director General de la Seguridad del Estado a la hora de ordenar la medida en caso de urgencia. Ellos podrán acordar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, tanto de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, como de aquellas que, no estando directamente relacionadas con las actividades terroristas, resultan decisivas en la investigación, porque se han servido de sus comunicaciones para realizar hechos delictivos. La autoridad gubernativa, tan pronto haya ordenado la medida, deberá comunicarlo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará la

resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que se decretó la observación. En definitiva, triple actuación judicial a posteriori: primero, ratificando o no la intervención; segundo, prorrogando la observación cuando la urgencia ya ha desaparecido, y tercero, controlando que no se cometan abusos cuando se efectúe la intervención. Con una argumentación parecida a la de la inviolabilidad del domicilio, el Tribunal Constitucional, en su STC 199/1987, FJ 10, entiende de nuevo respecto del secreto de las comunicaciones, que «del art. 55.2 de la Constitución no puede deducirse la posibilidad de una inicial competencia gubernativa para decidir sobre la observación o interceptación de las comunicaciones: el mismo no autoriza a la ley a suprimir de forma general y para todos los casos en aras de una mayor efectividad de la suspensión del derecho, la previa intervención judicial»; como en los otros supuestos analizados, es clara la llamada a la concordancia entre la suspensión del derecho y una intervención judicial, exigida por el propio 55.2 CE, pero también contenido típico del derecho en cuestión. La ley orgánica, como en el derecho del art. 18.2 CE, «no podría establecer de forma general una plena libertad de acción policial, sin previa intervención judicial», pero «sí que está habilitada por el art. 55.2 de la Constitución y como régimen excepcional del derecho, para eliminar el carácter previo de la intervención judicial, en supuestos en los que las circunstancias del caso», por razones de urgencia, «no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial, sin perjuicio de la ratificación posterior de la medida por la autoridad judicial» (FJ 10). Constitucionalidad, una vez más, pero también aquí hubiera sido posible infligir un sacrificio menor al derecho. Si de una parte, la necesaria intervención judicial impuesta por el art. 55.2 CE impide equiparar los efectos de la suspensión individual a los de la suspensión general, y de otra, la necesaria autorización judicial previa del art. 18.3 CE impide su mantenimiento como regla en supuestos de suspensión, además de la solución descrita, igual que se dispone de tiempo suficiente, por mucho que se apele a la urgencia, para recabar la orden de la autoridad gubernativa, hubiera sido posible

acudir a la autoridad judicial, a fin de que al menos diera una autorización verbal que más tarde habría de motivar. En ello consistirían los cambios que permitirían distinguir la suspensión del derecho de su régimen ordinario.

Tres son, por tanto, los **derechos susceptibles de suspensión individual**, los reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 CE, descartando el Tribunal Constitucional su extensión a otros a los que el art. 55.2 CE no hace referencia alguna. Así, el legislador no está habilitado para suspender singularmente derechos como los previstos en el art. 20 CE, respecto de los que, a diferencia de lo que ocurre declarado un estado de excepción o de sitio con los de sus apartados 1.a) y d) y 5, se muestra «una clara voluntad constitucional de no establecer una regulación diferenciada del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 en relación con los supuestos [...] relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas», según destaca la STC 199/1987, FJ 12. Tampoco en estas circunstancias puede quedar en suspenso la competencia judicial para decidir sobre las situaciones de incomunicación en beneficio de la autoridad gubernativa, pues, si la «incomunicación se considerara desde la perspectiva de la mera pérdida de libertad», la mención en el art. 55.2 a la intervención judicial impediría su eliminación, en tanto «en esta materia puede ser más necesaria que en ninguna otra, dada la función de garante de la libertad y de los derechos y libertades de los ciudadanos, que corresponde al órgano judicial»; en definitiva, «el art. 55.2 de la Constitución no ha habilitado al legislador orgánico para suprimir en este caso la intervención judicial y para encomendar a la autoridad gubernativa, sin intervención judicial alguna, la medida de incomunicación», según ponen de manifiesto las SSTC 199/1987, FJ 11 y 46/1988, de 21 de marzo, FJ 5. Así todo, por muy taxativa que sea la enumeración del art. 55.2, es posible encontrar en la legislación vigente una serie de medidas formalmente limitativas, pero materialmente suspensivas en sus efectos —sacrificio temporal del ejercicio del derecho por su titular—, que parecen no encajar del todo bien con el espíritu

restrictivo expuesto. Baste con recordar preceptos como el art. 39 CP, en el que, con el aval del art. 25.2 CE, se señalan penas consistentes en la privación de los derechos de acceso y permanencia en cargos y funciones públicas, sufragio pasivo y libertad de residencia; el discutible art. 6.2 LOREG, que declara inelegibles a los condenados por delitos de rebelión, terrorismo o contra las instituciones del Estado, sin necesidad de que la sentencia que establece la pena de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo sea firme, adelantando la ejecución de la pena accesoria a la de la principal de privación de libertad; o el art. 384 bis LECR, que, una vez firme el auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por un delito cometido por una persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, suspende automáticamente al procesado, en lo que dure la prisión, del ejercicio de las funciones y cargos públicos que estuviera ostentando, por considerar, a tenor de la STC 71/1994, FJ 6, que la presunta comisión de una actividad criminal «puede ser vista como incompatible con la concesión de cualquier permiso de salida de prisión para la eventual realización de actos concretos que supongan ejercicio de tal función o cargo», lo que impide al Juez valorar atendiendo al caso la pertinencia de una salida vigilada que permita ejercer el derecho. También en la práctica de los Tribunales, según ha expuesto la doctrina (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., 2004, 257 y ss.), es posible encontrar figuras como las denominadas «diligencias indeterminadas», que, sin cobertura legal, pueden suponer una suspensión individual de derechos, como la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones, fuera de los supuestos previstos y con ausencia del debido control, pues, bajo el pretexto del esclarecimiento de los hechos y de la averiguación de cualquier tipo de delito, se oculta al afectado su realización.

A sumar a las garantías ya mencionadas que rodean a la suspensión individual, es decir, reserva de ley orgánica, necesaria intervención judicial y objeto tasado, el art. 55.2 introduce una nueva cautela que viene a denominar «**adecua-**

do control parlamentario». Esta salvaguarda adicional a la fiscalización jurisdiccional, que pueden efectuar, si procede, el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios sobre las normas que determinan el alcance de la suspensión y sobre sus actos de aplicación, centró el debate en la STC 71/1994, que dio respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 4/1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre otros aspectos, por no contener previsión alguna respecto del señalado control. Hasta entonces no se había planteado en procedimientos anteriores tal cuestión, pues las normas impugnadas contemplaban que el Gobierno informara a las Cámaras del uso y resultado de las medidas suspensivas adoptadas. El Alto Tribunal entiende inexcusable la existencia de tal garantía, pero no así que tenga que aparecer en la ley orgánica a la que el art. 55.2 remite. Por ello afirma en el FJ 3 que «ninguna duda hay, ciertamente, en cuanto a que tal específica exigencia constitucional supone un presupuesto de validez de las medidas de suspensión de derechos aquí consideradas, lo que no significa sino que la Constitución impone en este punto que semejante intervención extraordinaria en el ámbito de determinados derechos y libertades requerirá, en lo que ahora importa, de una garantía política también singular que asegure, en todo momento, el conocimiento y la supervisión parlamentaria de la actuación llevada a cabo a tal efecto por el Gobierno y, bajo su autoridad, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, esa exigencia constitucional de control parlamentario no puede entenderse en términos tales que venga a suponer un contenido indispensable o necesario de la Ley orgánica de referencia». Éste es un elemento que permite diferenciar las dos garantías sustantivas hasta ahora comentadas. La necesaria intervención judicial es «condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas, a través de esta Ley orgánica, por la Constitución», por lo que «resulta contenido inexcusable de la Ley orgánica, como instrumento de preservación que es de derechos individuales» (FJ 3). Mientras el control parlamentario «constituye [...]

un requisito relativo a la supervisión genérica de la actuación en este punto del Gobierno o, en otras palabras, una garantía que no preserva tanto la corrección jurídica de los actos singulares de aplicación de la Ley orgánica, cuanto la posibilidad de que el Parlamento conozca y evalúe las medidas adoptadas a este respecto, al igual que aprecie, desde criterios de oportunidad, necesidad y eficacia, la conveniencia de mantener en vigor una Ley orgánica que, vale repetir, no es de existencia necesaria en el ordenamiento»; de ahí «que pueda figurar, ciertamente, en el propio articulado de la Ley orgánica, pero que [...] nada impida que su previsión específica se lleve a cabo en otros instrumentos legales o en las normas que, con carácter general, tienen por objeto precisamente, la ordenación específica del control parlamentario sobre el Gobierno, es decir, en los Reglamentos de las Cámaras» (FJ 3), puesto que una interpretación sistemática de la Constitución desaconseja una lectura del art. 55.2 que pretenda «sustraer a la facultad de autonormación de las Cámaras la posibilidad de articular un sistema específico de control que, con carácter general, la propia Norma fundamental remite a las previsiones reglamentarias del Congreso y del Senado (art. 111.1 CE)» (FJ 3). Por el contrario, los Magistrados firmantes del voto particular formulado a la STC 71/1994 entienden que es el legislador orgánico el destinatario de la habilitación y el encargado de establecer las condiciones de la misma. A él le corresponde fijar en qué consiste ese «adecuado control parlamentario», que no puede ser visto como una reiteración de las «potestades genéricas de control que corresponden al Congreso de los Diputados y al Senado, sino que ha introducido una específica y propia exigencia normativa cuyo alcance y sentido no puede desligarse de la singularidad del instrumento legal previsto en el art. 55.2 CE». La expresión, en definitiva, no puede convertirse en un mero recordatorio del empleo de unos mecanismos ordinarios de control —preguntas, interpelaciones, comisiones de investigación—, prefigurados en los Reglamentos de las Cámaras, que no aseguran que se lleve realmente a cabo, como exige el art. 55.2 CE, una determinada fiscalización de

la aplicación de la ley «inspirada, marcada y definida en razón de su *telos* o finalidad, la garantía política de la suspensión individual de garantías». Es por ello que «la previsión de la Ley orgánica a la que remite el art. 55.2 C. E. de un «adecuado control parlamentario» se constituye en contenido necesario del texto legal que actualice tal previsión constitucional y, por lo mismo, en presupuesto de validez de las reglas legales ordenadoras de las suspensiones de derechos fundamentales que aquel precepto hace posibles». A nuestro juicio, y en sintonía con el voto particular, no puede confundirse, a riesgo de seguir convirtiendo en normal lo excepcional, el control general de las minorías parlamentarias al Gobierno del art. 66.2 CE con el control específico y obligatorio del art. 55.2. La ley orgánica, por tanto, debería manifestar al menos ese necesario sometimiento de las medidas suspensivas, concretando ella misma o remitiendo a los reglamentos parlamentarios, por mucho que esto no sea la solución más satisfactoria, la concreción del procedimiento a través del cual los distintos órganos de las Cámaras —el Pleno, la Comisión de Justicia e Interior, una Comisión Mixta especial no permanente—, pudieran exigir al Ejecutivo, más allá de su mera comparecencia informativa, responsabilidades políticas por su actuación y por la que desarrolla en ese ámbito las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo su autoridad.

Por último, si el art. 3.2 LOEAES aseguraba el **derecho a ser indemnizado** a quienes a consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante los estados de crisis sufrieron, de forma directa, en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les eran imputables, el art. 55.2 CE da un paso más y, ante la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en la ley orgánica reguladora de las medidas de suspensión individual, anuncia la exigencia de responsabilidades penales, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

En conclusión, aunque no exento de imprecisiones, que han dado pie a algunas dudas que

hemos intentado disipar, el art. 55.2 CE ha rodeado la suspensión individual de garantías significativas, que el legislador no siempre ha sabido potenciar, resultando conveniente, a nuestro juicio, una revisión en los términos restrictivos expuestos, que suponga una mengua tanto de los sacrificios a los que se somete a los derechos, como de los abusos de los poderes públicos, sin perder el objetivo último de superar una situación anómala que pone en riesgo al ordenamiento y a la comunidad en su conjunto.

IV. SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEROGACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: BREVE REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

La fórmula suspensiva del art. 55 CE no es desconocida en el Derecho comparado, ni tampoco en el Derecho internacional. Quizá el ejemplo más claro lo encontremos en el **art. 15 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales** (CEDH), del que España es parte, y que se trae aquí a colación junto a la jurisprudencia en la materia por un doble motivo. De un lado, el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionalmente reconocidas que el art. 10.2 CE le confiere. De otro, su más que posible puesta en marcha, si no se quiere incurrir en responsabilidad internacional, cuando el derecho fundamental que se suspenda en el plano interno tenga su equivalente en el ámbito del convenio. Prueba de ese nexo es la declaración aún vigente formulada por España cuando ratificó el CEDH, el 4 de octubre de 1979, en la que se interpretan las disposiciones de los arts. 15 y 17, es decir, la derogación y la prohibición de abuso de derecho, de tal modo que permitan la adopción de las medidas contempladas en los arts. 55 y 116 CE.

El mencionado art. 15 CEDH acoge lo que se conoce como «**derogación del Convenio en caso de estado de excepción**». En supues-

tos de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, como puede ser, según veremos, la amenaza terrorista, cualquier Alta parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación y a condición de que no contradigan las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. El **procedimiento** para ejercer el derecho de derogación es sencillo; consiste en informar al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas, de los motivos que las han inspirado y de la fecha en que han dejado de estar en vigor, recobrando el Convenio plena aplicación. No obstante, esta regla general tiene sus **excepciones**, que dejan fuera de la derogación derechos que tampoco son susceptibles de ser suspendidos en España. Así, no cabe derogar el derecho a la vida del art. 2 del Convenio, salvo en el supuesto de muertes resultantes de ilícitos de guerra; la prohibición de sometimiento a torturas, penas y tratos inhumanos o degradantes del art. 3 CEDH, según pone de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otras, en la STEDH de 18 de enero de 1978, caso Irlanda c. Reino Unido, o en la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso Aksoy c. Turquía; la prohibición de sometimiento a esclavitud o servidumbre del art. 4.1 CEDH; el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege* del art. 7 CEDH; y el principio *ne bis in idem*, reconocido en el art. 4 del Protocolo núm. 7, aún no ratificado por España. Valgan para explicar las razones de esta exclusión las palabras del TEDH, entre muchas, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso Aksoy c. Turquía, 62, que, aunque referidas al art. 3, resultan extrapolables a los demás casos señalados: «el art. 3 [...] consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, la Convención prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones [...] y no sufre ninguna derogación, tampoco en casos de peligro público que amenacen la vida de la nación».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del art. 15 en numerosas ocasiones —STEDH de 1 de julio de 1961, caso *Lawless c. Irlanda*; STEDH de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido*; STEDH de 29 de noviembre de 1988, caso *Brogan y otros c. Reino Unido*; STEDH de 26 de mayo de 1993, caso *Brannigan y McBride c. Reino Unido*; STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso *Aksoy c. Turquía*; STEDH de 26 de noviembre de 1997, caso *Sakik y otros c. Turquía*; STEDH de 13 de noviembre de 2003, caso *Elci y otros c. Turquía*; STEDH de 17 de junio de 2003, caso *Nuray Sen c. Turquía*; STEDH de 8 de abril de 2004, caso *Sadak c. Turquía*; STEDH de 27 de mayo de 2004, caso *Yurttas c. Turquía*; STEDH de 2 de noviembre de 2004, caso *Abulsamet Yaman c. Turquía*; STEDH de 22 de noviembre de 2005, caso *Karman c. Hungría*; STEDH de 21 de febrero de 2006, caso *Bilen c. Turquía*...—. Casi siempre la jurisprudencia más significativa se vincula a derogaciones del derecho a la libertad personal, con la introducción de privaciones de libertad extrajudiciales provocadas por amenazas terroristas o situaciones de peligro para la seguridad nacional, sobre todo, en Irlanda del Norte y Turquía. En la STEDH de 29 de noviembre de 1988, caso *Brogan y otros c. Reino Unido*, 48, se afirmaba que «ante la extensión del terrorismo en la sociedad moderna, el Tribunal ha reconocido ya la necesidad, inherente al sistema de la Convención, de un justo equilibrio entre la defensa de las instituciones de la democracia en el interés común y la salvaguarda de los derechos individuales». Ésa es la finalidad de la derogación prevista en el art. 15 CEDH, aunque ello no exime a quien la active de la obligación de respetar las garantías de fondo y forma anteriormente señaladas. Así, el TEDH en la Sentencia de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido*, 207; en la Sentencia de 26 de mayo de 1993, caso *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, 43; y en la Sentencia de 18 de diciembre de 1996, caso *Aksoy c. Turquía*, 68, aun reconociendo que incum-

be a los Estados «determinar si les amenaza un peligro público y hasta dónde hace falta llegar para disiparlo», en tanto se encuentran en mejor situación por su contacto directo y constante con la realidad, niega que ese amplio margen nacional de apreciación pueda significar que disponen de un poder ilimitado, pues, al contrario, ha de acompañarse de un control europeo, en el que el TEDH debe decidir a la luz del caso concreto, primero, si realmente existe un estado de crisis y, segundo, si la derogación se ha tomado en la estricta medida en que la situación lo exige. Veamos algunos ejemplos. En la Sentencia de 18 de enero de 1978, caso *Irlanda c. Reino Unido*, 212, el TEDH entendió que con la derogación el Gobierno británico, como con anterioridad había hecho el irlandés —STEDH de 1 de julio de 1961, caso *Lawless c. Irlanda*—, lícitamente quería «combatir una organización, el IRA, que en la historia reciente de Irlanda había jugado un papel subversivo considerable y que creaba [...] un peligro de una amplitud y una agudeza particulares para la integridad del territorio del Reino Unido», estimando «razonablemente que la legislación ordinaria no era suficiente para luchar contra el terrorismo y que debían recurrir a medios exorbitantes del derecho común bajo la forma de privaciones extrajudiciales de libertad», con el fin de salvaguardar la seguridad pública, en el caso británico, y el mantenimiento de la paz y el orden público, en el caso precedente irlandés. Del mismo modo, entre otras, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso *Aksoy c. Turquía*, 70 y 84, y en la STEDH de 26 de noviembre de 1997, caso *Sakik y otros c. Turquía*, 38, «el Tribunal considera, a la luz del conjunto de elementos de los que dispone, que la amplitud y los efectos particulares de la actividad terrorista del Partido de los trabajadores del Kurdistán (PKK) en el sudeste de Turquía indudablemente han creado en la región concernida un peligro público que amenaza la vida de la nación», dejando constancia «de la gravedad manifiesta del problema terrorista en el sudeste de Turquía y de las di-

facultades por el Estado para adoptar las medidas pertinentes para combatirlo eficazmente». De todo lo comentado cabe extraer, en primer término, como subraya el TEDH en la Sentencia de 1 de julio de 1961, caso *Lawless c. Irlanda*, 28, que «el sentido normal y habitual de las palabras «en caso de guerra o en caso de otro peligro público amenazante de la vida de la nación» [...] designan, en efecto, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad componente del Estado», debiendo el Tribunal verificar si los hechos y circunstancias del supuesto concreto encajan en el marco de dicha noción, como allí sucedió —existencia de una armada secreta que actúa fuera del orden constitucional, usa la violencia para lograr sus objetivos y opera en otros Estados comprometiendo las relaciones de Irlanda con sus vecinos y agravación progresiva y alarmante de las actividades terroristas—. Y en segundo término, que el Tribunal ha de constatar si la situación exige la adopción estricta de la medida o, lo que es lo mismo, si la aplicación de la legislación ordinaria y el funcionamiento normal de las instituciones jurisdiccionales es insuficiente para frenar eficazmente el peligro y restablecer la paz y el orden público; cosa que, a título de muestra, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996, caso *Aksoy c. Turquía*, 78, el Tribunal niega que ocurra, al considerar que la detención de un sospechoso durante catorce días sin intervención judicial es un «período excepcionalmente largo que deja al requirente

a meced, no sólo de atentados arbitrarios a su derecho a la libertad, sino también de torturas», resultando por ello una medida excesiva en relación a los acontecimientos que se pretenden superar.

En definitiva, el art. 15 CEDH ofrece un mecanismo más para hacer frente a crisis similares a las que en nuestro ordenamiento desencadenan la suspensión de ciertos derechos fundamentales, permitiendo dejar provisionalmente sin efecto el contenido normal de una serie de derechos recogidos en el Convenio. Cuando el derecho no sólo reviste una naturaleza convencional, sino también fundamental, lo más probable es que, de poder ser objeto de derogación y suspensión, se activen ambas figuras, aportando la derogación la tranquilidad de la exención de responsabilidad internacional y una protección jurisdiccional adicional dispensada por el TEDH. Más extraña resultaría en la práctica la derogación de una disposición del Convenio que contuviera un derecho cuyo equivalente nacional no fuera susceptible de suspensión vía art. 55 CE; en el plano externo, los efectos serían los mismos que los descritos, pero en el plano interno se mantendrían intactas las consecuencias que se derivasen de su consideración como derecho fundamental, si es que lo fuera, conservando su régimen jurídico ordinario con tan sólo una salvedad: presumiblemente, el derecho no podría ser interpretado a la luz del correspondiente precepto del Convenio y de la jurisprudencia al respecto en tanto esté derogado, con la consiguiente mengua en el alcance del art. 10.2 CE.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B., «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., «Suspensión individual de garantías, adecuado control parlamentario y tiempo (art. 55.2 CE)», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

BASTIDA FRELJEDO, F. J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M. A., ALÁEZ CORRAL, B. y FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Garantías en la Constitución ante la suspensión de derechos fundamentales», *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 42, 1981.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., «¿Existen suspensiones encubiertas de derechos fundamentales? Un brevísimo apunte sobre la constitucionalidad de las denominadas diligencias indeterminadas», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CARRILLO, M., «Defensa del Estado y suspensión de derechos: una introducción», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 2, 1981.

— *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *Anuario de Derechos humanos*, núm. 2, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Estado de excepción en el derecho constitucional español*, Edersa, Madrid, 1977.

— «La suspensión individual del ejercicio de los derechos constitucionales», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1983.

— «Art. 55. La suspensión de derechos», en ALZAGA, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «La suspensión general de derechos», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y derecho*, Alianza, Madrid, 1987.

LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PORRES AZKONA, J., «La decisión sobre poderes excepcionales», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983.

REMOTTI CARBONELL, J. C., *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001.

— «La suspensión individual de los derechos fundamentales en el art. 55.2 CE», en LÓPEZ GUERRA, L. Y ESPÍN TEMPLADO, E. (Coord.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHMITT, C., *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart & Cia., Buenos Aires, 1998.

VÍRGALA FORURIA, E., «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994.

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación del MEC SEJ2007-66942. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.

Actualización del artículo 55

VÍCTOR FERRERES COMELLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Desde la publicación de los comentarios al art. 55 en la última edición de esta obra, el panorama legislativo y jurisprudencial no ha experimentado grandes modificaciones. En cuanto a la llamada suspensión general de derechos, que es posible acordar en el supuesto de que se declare el estado de excepción o el estado de sitio, la LOEAES no ha sido objeto de reforma alguna. Con respecto a la suspensión individual, la regulación contenida en la LECR es básicamente la misma, si bien se ha introducido una modificación en el régimen general de la detención incomunicada (aplicable tanto a delitos de terrorismo como a otros delitos), prevista en el art. 527. En efecto, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, el legislador abandona el automatismo anterior, y permite ahora al juez valorar en cada caso si la detención incomunicada debe o no llevar aparejada la privación de algunos de estos derechos del detenido: a) designar un abogado de su confianza; b) comunicarse con otras personas (salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense); c) entrevistarse reservadamente con su abogado; d) acceder él o su abogado a las actuaciones (salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención).

En el plano jurisprudencial, el TEDH ha tenido ocasión de fiscalizar desde el punto de vista de los derechos humanos las medidas adoptadas por diversos Estados para hacer frente a estados excepcionales, al amparo de lo previsto en el art. 15 del Convenio. Entre

las sentencias dictadas, destaca la de 19 de febrero de 2009, en el asunto *A. y otros contra Reino Unido*. En el contexto de la lucha contra el terrorismo de Al Qaeda, el Reino Unido optó por suspender el derecho a la libertad personal del art. 5 del Convenio, comunicándolo debidamente al Secretario general del Consejo de Europa. La suspensión afectaba a los extranjeros que no podían ser expulsados del Reino Unido por no haber encontrado un país de destino donde no existiera el riesgo de que sufrieran torturas o tratos inhumanos o degradantes. El ministro del interior podía ordenar la detención indefinida de esos extranjeros por razones de seguridad. El TEDH estimó que las medidas adoptadas no estaban estrictamente exigidas por la situación de peligro público que amenazaba la vida de la nación, eran desproporcionadas respecto de la amenaza, y discriminatorias en sus efectos. Más recientemente, el TEDH se ha pronunciado acerca de determinados actos dictados por las autoridades turcas tras el intento de golpe de estado de 15 de julio de 2016. Turquía declaró un estado de excepción, sobre el que informó al Secretario general del Consejo de Europa. En el marco de las investigaciones llevadas a cabo para detener a las personas responsables del golpe de estado, la policía detuvo a unos periodistas de los que se sospechaba que tenían vínculos con la organización terrorista involucrada. En dos sentencias de 20 de marzo de 2018, en el asunto *Ahın Alpay c. Turquía*, y en el asunto *Mehmet Hasan Altan c. Turquía*, el TEDH ha estimado que Turquía lesionó el derecho a la

libertad personal y la libertad de expresión de esos periodistas, por ser insuficientes las pruebas en las que se basaron las autoridades para acordar la detención. El TEDH se ha mostrado estricto en su escrutinio, a pesar de que Turquía había hecho uso de la posibilidad de suspender derechos en virtud del artículo 15 del Convenio. Hay que tener en cuenta, de todos modos, que el Tribunal Constitucional turco había llegado a la misma conclusión en estos dos asuntos, si bien su sentencia no fue

respetada por los tribunales ordinarios que debían ejecutarla.

Por último, conviene mencionar que España ha suscrito ya el protocolo núm. 7 al Convenio, en virtud del instrumento de ratificación publicado en el *BOE* el 15 de octubre de 2009. El art. 4 de dicho Protocolo consagra el principio *ne bis in idem* en materia penal, principio que no es posible derogar invocando el art. 15 del Convenio.

TÍTULO II

DE LA CORONA

LAS RAZONES DE LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

Sumario: I. Introducción. II. Los orígenes de la solución. III. La valoración, treinta años después.

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

El título II tiene diez artículos y se sitúa inmediatamente después del Título Preliminar, que recoge las grandes decisiones constitucionales, entre otras España como poder constituyente soberano, la configuración como Estado Social y Democrático de Derecho, los valores superiores, la unidad de la Nación española o el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. Otras importantes son las lenguas, los símbolos, como la bandera, la capitalidad en la Villa de Madrid, los partidos políticos y los sindicatos, las Fuerzas Armadas, la obediencia a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, la función promocional y los principios garantizados por la Constitución. Para introducción al Título segundo, en el art. 1-3 se establece que «la forma política del Estado Español es la Monarquía parlamentaria». Este precepto sitúa a la forma política, Monarquía parlamentaria, como una de las primeras decisiones constitucionales, expresión directa de la soberanía nacional y del poder constituyente. También es precedido por su Título primero «De los derechos y los deberes fundamentales», expresión de una prioridad por el desarrollo de los valores superiores del art. 1-1. Se pretende expresar la superioridad axiológica de la dignidad de la persona humana, y la superación del formalismo constitucional, que evitaba que los contenidos materiales de la ética pública formasen parte de la idea de va-

lidez, establecida exclusivamente por sus dimensiones formales, poder productor de las normas y procedimiento para dicha producción.

La terminología Monarquía parlamentaria expresa la última fase de evolución intelectual y doctrinal de la forma de Estado Monarquía que sustituye en el mundo moderno a los modelos de la Monarquía estamental, la Monarquía absoluta y la Monarquía constitucional. La primera en el tránsito a la modernidad expresa el compromiso entre el poder feudal que se convierte en superior, y que asume el monopolio en el uso de la fuerza legítima, por encima de cualquier otro, y los demás poderes feudales, locales, religiosos, corporativos y gremiales. Esa Monarquía naciente forma el primer poder político moderno, el Estado en equilibrio y cooperación con los estamentos. Ese equilibrio se romperá con la Monarquía absoluta que asumirá todo el poder, legitimado por su origen divino, sometiendo a todos, pero desde una perspectiva más individualista y menos corporativa. Con la Ilustración, con la idea de la persona centro del mundo y centrada en el mundo, con un modelo de individuo, impulsado desde la burguesía ascendente, que desde la idea del pacto social, pretende asumir el consentimiento en el origen del poder y la participación en su formación y su ejercicio, aparece el Estado liberal. A partir de una norma básica, la Constitución, se produce el reparto del poder entre el Monar-

ca y el Parlamento, con una Corona titular de parte de la soberanía, como poder ejecutivo, junto con la soberanía del Parlamento y también la de los Jueces. Es el momento de la Monarquía constitucional donde la prerrogativa de los poderes del Estado, es decir la soberanía, corresponde conjuntamente a la Corona y al Parlamento, y quizá con la separación de poderes, a los Jueces.

Con el desarrollo y la profundización en el siglo xx, e inicios del xxi, de los principios democráticos se deslegitimará la Monarquía constitucional, por la falta de origen democrático y la prerrogativa que tenía en origen, se va debilitando, sobre todo por el no uso de la misma. De hecho monarquías como la inglesa, entre otras, llegan al desuso de su poder directo, y se convierten en Monarquías Parlamentarias. La Constitución española transforma en norma lo que era antes la fuerza normativa de lo fáctico. Quizá sea la primera que tiene una estructura organizativa como Monarquía parlamentaria, aunque su estructura lingüística general está tomada de la Constitución de 1876, que es propia de una Monarquía Constitucional. Se llegará además a esta solución saliendo de casi cuarenta años de régimen autoritario, donde el general Franco había convertido en heredero a título de Rey a Don Juan Carlos de Borbón. Ciertamente ha sido un ejemplo de voluntad firme y decidida de una clase política y de una sociedad. En el origen es el Rey quien da el primer paso, pero era evidente que coincidía con lo que llamaríamos la voluntad latente de políticos y ciudadanos.

II. LOS ORÍGENES DE LA SOLUCIÓN

El punto de partida era complejo. El Rey tenía prácticamente todas las facultades y competencias del Jefe del Estado anterior y al mismo tiempo una voluntad de cambio profundo para devolver la soberanía al pueblo español, sin ninguna restricción, lo que anunció ya en su discurso al acceder al Trono, en la Iglesia de los Jerónimos. A partir de ahí fue el motor último impulsor de la reforma políti-

ca, que se inició a través del gobierno de Adolfo Suárez, segundo gobierno de la Monarquía, y primero que desarrolló su trabajo para ese objetivo, de democratización social de la sociedad española y de sus instituciones. La posición del Rey fue generosa pero también inteligente. Es obvio que en ese tema, mantener el *estatus quo*, el «mantenella y no enmendalla» hubiera sido una locura y un camino seguro para la inestabilidad y para la quiebra del régimen monárquico.

Iniciado el buen camino se dieron los pasos para llegar a una Constitución democrática, despejando los obstáculos —sindicato y partido único, modificación del Código Penal, supresión del Tribunal de Orden Público, libertad individual y reconocimiento de los partidos políticos sin excepción— y preparando los cauces para unas elecciones libres y democráticas —Ley para la Reforma Política—. Con esos importantes pasos previos e imprescindibles, donde el impulso del Rey fue decisivo, se pudo llegar a las elecciones del 15 de junio de 1977 con un resultado equilibrado, con una UCD ganadora pero sin mayoría absoluta y un Partido Socialista (PSOE) como segunda fuerza con más de ciento veinte diputados.

Los demás partidos, Comunista, Alianza Popular, Nacionalistas Catalanes, Partido Nacionalista Vasco y Socialista Popular de Tierno, completaban, con algún otro diputado aislado el panorama de esa primera legislatura que se convertiría en legislatura constituyente.

Tomada la decisión de redactar desde las Cortes el proyecto de Constitución, desde la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se formó una ponencia de siete miembros con tres diputados de UCD, un socialista, un comunista, uno de Alianza Popular y un nacionalista catalán.

Iniciados los trabajos en el tema de la Corona se planteó, a propuesta de UCD la fórmula que permaneció inalterable desde el principio: «La forma política del Estado Español es la Monar-

quía parlamentaria». Expresamos reservas tres ponentes, Fraga, Solé Turá y yo mismo. La objeción de Fraga era a mi juicio estratégica para llamar la atención de los ponentes de UCD sobre la importancia de su voto. Aunque se añadió en la primera lectura «en los términos definidos en la Constitución», desapareció por redundante en la segunda lectura. El debate de fondo se planteó más tarde, cuando iniciamos el debate del Título II definitivo «De la Corona». Los debates de ese tema duraron dos sesiones, las del 24 de septiembre y del 4 de octubre de 1977. Se presentaron dos documentos de UCD y de AP y se eligió el primero por mayoría, como documento de trabajo. Como ponente socialista, defensor de un voto particular republicano, y por tanto situado en el tema desde un punto de vista externo, contribuí con mi voto a la elección del texto de UCD. El texto de AP me pareció más tradicional y más alejado de mi idea de una Monarquía parlamentaria, sin prerrogativa. A pesar del voto particular contribuí, colaborando a fondo para mejorar el texto elegido, que era un proyecto razonable y que se modificó poco, desde mi fijación inicial hasta la conclusión del proceso constituyente.

Los términos del final del art. 56.1: «y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes» fueron objetados inicialmente por los ponentes de UCD. Para los restantes ponentes era una de las pruebas de que en este tema se estaba dispuesto a llegar hasta el final.

Se rechazaron algunas propuestas del documento de AP, que eran poco actuales o superfluas o que significaban un alejamiento del concepto de Monarquía parlamentaria sin prerrogativa. Así, por ejemplo, la imposibilidad de aceptación por el Rey de Coronas extranjeras, la regulación del matrimonio del Rey, o la existencia de un Consejo Real. En este último caso, era más —según supe después— una propuesta de López Rodó, que de Fraga. También éste expresó sus reservas a diversos preceptos, como sobre el matrimonio del Rey, la regencia, los mensajes a las

Cortes y a los ciudadanos, el mando de las Fuerzas Armadas, o la posibilidad de presidir el Consejo de Ministros.

También en este tema de la Corona se suscitó un debate sobre un problema terminológico que afectaba a la materia de la que yo era profesor, de Filosofía del Derecho. El actual art. 56.3 se redactó inicialmente de la siguiente forma: «La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos, en el ejercicio de sus funciones estarán siempre refrendados por la persona o personas a quienes corresponda, careciendo de eficacia sin dicho refrendo...». Aunque luego desapareció el inciso «en el ejercicio de sus funciones» por reiterativo, el problema se planteó por el término «eficacia» que me pareció incorrecto. Expliqué al resto de mis colegas la distinción que en la Teoría del Derecho existe entre validez —existencia de la norma como perteneciente al Ordenamiento y eficacia—, obediencia o cumplimiento real de la norma. En el texto que no ocupaba la falta de refrendo, no afectaba a la eficacia de la norma, consecuencia de los actos del Rey, sino a su validez, es decir, a la relevancia de esos actos para que su voluntad correspondiera a una norma perteneciente al Ordenamiento. No se trataba del efecto de esa falta de refrendo en la obediencia o aplicación de la norma, sino de la pertenencia de la misma al ordenamiento, a su identificación como Derecho, como presupuesto necesario para su eficacia, con consecuencias para sus destinatarios. Aunque los temas de teoría del Derecho y de precisión lingüística en este caso no preocupaban a los demás ponentes, e incluso se sorprendían de mi apasionamiento por conseguir el cambio de «eficacia» por «validez», y probablemente por no oírme, en el texto definitivo del Anteproyecto acabaron por darme la razón.

Al fin se encauzó correctamente el Título de la Corona, y se difuminó la urgencia alarmista que suscitó nuestro voto particular republicano. El texto sufrió pocas modificaciones y la tranquilidad derivó de que era un buen texto, y del juego limpio de UCD, del Gobierno, del

Rey y de sus asesores más directos. También de la postura de los restantes ponentes. La satisfacción moderada que expresé ante el texto pudo dar pie a las esperanzas de que no llegásemos a la Comisión con un texto alternativo republicano. Yo compartía esa teoría pero la Comisión Ejecutiva del PSOE prefirió que se mantuviera, para llegar a votar, públicamente en la Comisión. Creo que fue una buena decisión. Luis Gómez Llorente hizo una excelente defensa y retiramos el tema una vez perdida la votación, sin que se suscitase ninguna tensión adicional. Así, la forma de la Monarquía parlamentaria fue refrendada dos veces por la soberanía popular: primero en esa votación en la Comisión, y después en el referéndum el 6 de diciembre de 1978.

III. LA VALORACIÓN, TREINTA AÑOS DESPUÉS

Al cabo del tiempo —treinta años— el Título II ha superado todas las pruebas. Sólo tenemos que corregir el art. 57.1 para igualar al varón y a la mujer, situados en el orden cronológico de nacimiento para la sucesión a la Corona. Por lo demás se ha demostrado en la práctica el eminente valor de una normativa prudente y moderada, muy ayudada por el valor de Don Juan Carlos I, y por su respeto exquisito a la Constitución. Estábamos ante una nueva forma de Monarquía parlamentaria, que se constituía desde la evolución histórica de las monarquías existentes más representativas, como la británica o las escandinavas desde nuestra propia expresión histórica, monárquica y republicana y desde una reflexión teórica, entonces más intuitiva que racional. Probablemente entonces no teníamos en la cabeza todas las dimensiones, matices y consecuencias de este modelo de Monarquía diferente de las anteriores.

En la memoria histórica estaba la Monarquía española, que había ido dando tumbos desde Fernando VII a Alfonso XIII. La restauración canovista, con la Constitución de 1876, después de las malas experiencias para sustituir a

Isabel II, empezó con esperanza que frustró su falta de autenticidad democrática y por abrir las puertas a la dictadura de Primo de Rivera, en el reinado de Alfonso XIII. La esperanza que suscitó la Segunda República se frustró por errores propios, y por una beligerancia sustancial de sectores de la derecha política y eclesiástica. Era bien intencionada, abierta y progresista aunque pagó sus errores y las traiciones de militares y civiles. Después la horrible Guerra Civil, la represión tras la victoria del levantamiento contra el régimen legítimo, y los cuarenta años de dictadura franquista, con el daño que hizo a nuestra dignidad individual y colectiva, nos sitió con la necesidad de reinventar nuestra convivencia, y en ese contexto la Monarquía parlamentaria que reinstauró la Constitución de 1978 fue un elemento esencial.

Como hemos visto la recuperación de la soberanía nacional y el impulso para la vuelta a la democracia fue el gran pacto social que propició el Rey, con el apoyo de un gran pacto social entre los sectores abiertos procedentes del sistema existente, que deseaban realmente el restablecimiento de un sistema constitucional europeo de libertades, y los sectores de la oposición democrática represaliados y perseguidos durante la dictadura desde su tesis del enemigo sustancial. Al cabo de treinta años, el Rey mantiene incólume su popularidad, con tres alternancias en el poder, aunque su estatus cambió con la Constitución, y desde entonces carece de prerrogativa y no es legislativo ni ejecutivo ni judicial. Su función se define bien en el art. 56.1, que encabeza el Título II: De la Corona: «El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes...».

Al cabo de treinta años, con los mimbres del texto legal, de la costumbre constitucional generada con motivo del 23 de febrero de

1981, con la práctica y con la experiencia de la actuación impecable del Rey en estos años, estamos en situación de construir, con más fundamento, las líneas teóricas de la Monarquía parlamentaria, para evitar el peligro y también la tentación de situarla, en continuidad con la segunda etapa de su evolución como Monarquía constitucional. Un signo de ese peligro es que se sigue hablando de su carácter no derivado de la elección popular, con lo que no es un poder democrático, lo que se refuerza por el hecho de que la sucesión se produce en el interior de una familia —la familia Real— sin ninguna intervención popular. También se afirma que es una institución cara y poco transparente. En los sectores críticos mejor intencionados se reconoce que el Rey Don Juan Carlos ha cumplido un papel decisivo e insustituible en la instauración de la democracia y en el impulso para la elaboración de la Constitución sin defender sus intereses, sino sólo el interés general de la sociedad y de los ciudadanos españoles. De todas formas sostienen a continuación que quizás ha llegado la hora de restablecer la República. Creo que se trata de sectores muy minoritarios, que a pesar de todo no se pueden identificar con otros, también mínimos y peor intencionados, que hacen la crítica desde la extrema derecha y que no pueden soportar el sincero y constante apoyo del Rey a la Constitución y a la democracia. La Iglesia católica institucional, sobre todo a través de su emisora, se está convirtiendo en el principal portavoz de esos grupos ultra radicales. También son reprochables y muy minoritarias las «críticas» consistentes en quemar fotos del Rey. Son expresión de ignorancias de impotencia y de radicalidad extremista, donde los extremos coinciden. Es irrelevante identificarlos en la extrema derecha o en la extrema izquierda. En todo caso no puede coincidir con los que los sitúan en el ejercicio de la libertad de expresión. Más bien entran de lleno en el claro y presente peligro de provocar violencia, al que se refiere el Juez Holmes, como límite a la libertad de expresión. La crítica a la Monarquía es lícita siempre que se ejerza desde la racionalidad y no desde la violencia.

Partiendo de la realidad estadística y sociológica de que los Reyes y la Monarquía ocupan los primeros lugares en la aceptación pública conviene preguntarse: ¿cuáles son los rasgos de esta institución que la hacen diferente de las anteriores formas de Monarquía? Y ¿es posible mantener una crítica contra esta nueva?

Parece evidente que la Monarquía parlamentaria tiene diferencias esenciales con la Monarquía constitucional y mucho más con las monarquías preliberales de carácter absoluto. En este caso el Rey no es un poder del Estado, ni titular de la soberanía, sino sólo el supremo órgano de representación que expresa en su figura la unidad y permanencia del Estado. Por eso no le son de aplicación las críticas tradicionales republicanas que están fuera de lugar, al referirse siempre a una Monarquía que compartía soberanía y poder con los poderes democráticos. Concluir de esa situación que entonces la Monarquía es inútil es igualmente incierto, porque cumple un papel moderador y de consejo decisivo y con su prestigio incrementa la repercusión de España en las relaciones internacionales, especialmente con los países de la Comunidad Hispánica de Naciones.

Al cabo de treinta años de vigencia de la Constitución, teniendo en cuenta el texto del Título II y la práctica del funcionamiento de la Institución, con tres gobiernos de signo político deferente, se puede construir una teoría de la Monarquía parlamentaria, en el marco de una democracia moderna, y justificar las razones que la justifican y la legitiman. En primer lugar se debe descartar la tesis utilitarista débil: ya ha cumplido su papel para ayudar a recuperar la democracia, y carece de un sentido permanente y puede ser superada y sustituida. Cuando la Monarquía es una de las instituciones más valorada por los españoles parece posible pensar en su estabilidad y en su continuidad.

¿Qué razones avalan esta conclusión? El valor de la Corona se apoya, a mi juicio, en tres grandes pilares, racionales y afectivos, que se dan objetivamente en la Institución. En primer lu-

gar, podemos señalar su origen democrático, que establece su legitimidad de origen, que se complementa con la legitimidad histórica en la figura del Rey Don Juan Carlos I y en su continuidad en el Príncipe de Asturias Don Felipe de Borbón y Grecia. El referéndum constitucional de 6 de diciembre de 1978 expresa esa aprobación democrática de la forma política del Estado Español, precedido por la aprobación parlamentaria, en el debate de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados en mayo de 1977. Además se produce una legitimidad fáctica por la contribución decisiva del Rey para que fuera posible la vuelta a la legalidad democrática, renunciando a ser un poder del Estado, favoreciendo la realización de unas elecciones libres y contribuyendo a las deliberaciones libres de las Cortes Generales, hasta alcanzar la aprobación de la Constitución. Después fue relevante su papel decisivo, superando las prerrogativas que los poderes legítimos no podían ejercer con el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. Con su acción contribuyó decisivamente a evitar la catástrofe que hubiera supuesto su triunfo, aunque sólo hubiera sido coyuntural.

Como miembro de la Ponencia Constitucional, puedo dar fe, por propia experiencia de su exquisito respeto por nuestro trabajo, cuando todo el mundo quería aconsejarnos, cuando no presionarnos.

En segundo lugar la legitimidad de ejercicio se afirma y se consolida con la vieja idea de MONTESQUIEU del principio del honor que caracterizaba a la Monarquía (*vid. De l'Esprit des Lois*. Primera Parte. Libro II 1-6) El concepto de honor tiene hoy un sentido distinto al que estableció el Barón de la Bréde. El honor de la Monarquía parlamentaria supone la lealtad y el respeto a la Constitución, a los valores y principios democráticos que la inspiran y a sus Instituciones y procedimientos. Esa es la virtud esencial del Monarca en este modelo de monarquía. No son necesarias las elecciones periódicas para ratificar el ejercicio legítimo de su función. Es suficiente la lealtad y el desarrollo de sus funciones de acuerdo con la Consti-

tución, y el resto del Ordenamiento jurídico, después del respaldo popular inicial.

Finalmente en tercer lugar el ejercicio normal de sus competencias favorece la continuidad de las instituciones y la función de expresar la unidad y permanencia del Estado. La neutralidad de su magistratura por encima de los sectores políticos y de los gobiernos que puedan sucesivamente gobernar es garantía de estabilidad y de respeto a esa parte de la ética pública jurificada, valores, principios y derechos o instituciones y procedimientos que configuran las reglas de juego. La Corona está por encima y es garantía del pluralismo político, creando un espacio libre por donde todas puedan circular, con la fuerza legítima que otorga en cada momento el principio de las mayorías. Al carecer de prerrogativa no compite, no puede crear conflictos con otros poderes como ocurre con las repúblicas, cuando concurren una Jefatura del Estado elegido por sufragio universal y un Primer Ministro o Presidente del gobierno elegido desde una mayoría parlamentaria, a su vez representación de la soberanía nacional o popular, sobre todo cuando las dos figuras pertenecen a diferentes partidos. Es lo que en Francia se llama la «cohabitación».

La Monarquía parlamentaria es una institución tranquila, donde se practica el respeto a la soberanía popular y el principio de las mayorías, que expresan formalmente las decisiones tomadas en el Parlamento y en el gobierno. Igualmente practica el respeto a los fallos judiciales, especialmente a los definitivos, como expresión de un poder e interpretación de las normas, y a los del Tribunal Constitucional, con su capacidad de producción normativa negativa e interpretación última de las normas. Ese reconocimiento de la prerrogativa y de los lugares en que reside permite a la Corona moderar y arbitrar, con *auctoritas* el funcionamiento normal de las instituciones. Es una dimensión fundamental y estable de nuestra Constitución, que debemos mantener, apoyar y respetar porque impulsa y profundiza la *tranquillitas ordinis* que es condición esencial de una sociedad bien ordenada.

Artículo 56

1. *El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las Leyes.*

2. *Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.*

3. *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2.*

Sumario: I. Función del precepto. II. Jefatura del Estado. III. La función simbólica del Rey. IV. La función moderadora y arbitral. V. La alta representación en las relaciones internacionales. VI. Los títulos de la Corona. VII. Inviolabilidad e irresponsabilidad de la persona del Rey.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO

PRESIDENTE EMÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. FUNCIÓN DEL PRECEPTO

Este art. 56 inicia el Título II referido a la **Corona**, que, a su vez, comienza la **parte orgánica** de la Constitución. La colocación sistemática del Título II, dedicado a la Corona, inmediatamente después del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales y antes de los Títulos III y siguientes que determinan la configuración de los poderes estatales, refleja la importancia de la institución en la configuración de la «forma política del Estado» (art. 1.3 CE), e indica también que la Corona se diferencia y distingue de los poderes políticos del Estado, fundamentalmente del Parlamento y del Gobierno, con los que el Rey no tiene propiamente «relaciones de poder».

El Título II configura la Corona como un elemento consustancial de nuestra **monarquía parlamentaria** y al Rey, su titular, como órgano superior, sin competencias ejecutivas, en línea con las otras monarquías europeas que, en un proceso evolutivo, a partir de la monarquía constitucional decimonónica, han establecido un régimen parlamentario, en el que el Gobierno ha de contar con la confianza del Parlamento de acuerdo con el principio democrático basado en la soberanía popular y la forma monárquica de la Jefatura del Estado, basada en esa confianza y cuya legitimidad democrática deriva de la propia Constitución, que debe jurar y respetar. La diferencia con otras monarquías es que nuestra Constitución ha consagrado expresamente la mo-

narquía parlamentaria como forma política del Estado, y al regular la Corona ha desvinculado a su titular de los poderes del Estado, considerándolo no como un órgano titular de soberanía, no siendo el Rey el soberano en el sentido propio del término, sino como un órgano de la persona jurídica Estado, en el que la soberanía proviene y emana del pueblo y en el que la Constitución legitima y atribuye las funciones y competencias reales. Sus características y alcance han permitido afirmar que el Rey es un órgano, pero no un poder del Estado (PÉREZ ROYO, 2001, 156).

La consagración constitucional de la monarquía parlamentaria y la asignación al Rey de la Jefatura del Estado ha integrado la legalidad constituyente, ejercicio de la soberanía nacional que reside en el pueblo español, con el legitimismo monárquico, producto de la historia, que se refleja el carácter hereditario de la Corona. Ello impide ligar el poder real a una legitimación popular directa, o a una representación popular electiva, pero las atribuciones de la Corona derivan directamente de la Constitución, y nuestra monarquía parlamentaria «no continúa ninguna tradición histórica», emana de la Constitución, es configurada por ella y nace del poder democrático constituyente (CARRERAS, 2001, 221 y 229).

El art. 56 CE es el precepto fundamental del Título II y es expresión de una voluntad racionalizadora del constituyente (ALZAGA, 2001, 56), que ha cristalizado en preceptos jurídicos, permitiendo una mayor correspondencia entre la norma constitucional escrita y la práctica jurídico-política de la Corona, a diferencia de otras monarquías parlamentarias en las que, una evolución lenta y progresiva, ha producido una mutación constitucional, no totalmente reflejada en las respectivas Constituciones.

El precepto define los **rasgos caracterizadores de la función del Rey y de su estatus**. Los tres apartados del artículo 56,3 tienen un distinto contenido y alcance, pero en su conjunto establecen el diseño de la función encomendada al monarca, cuyas competencias es-

pecíficas se regulan en los artículos siguientes y a lo largo del texto constitucional. El primer apartado, el más importante, establece la posición constitucional de la Corona y de su titular, conceptúa al Rey como Jefe del Estado y determina sus principales funciones institucionales; el segundo hace referencia a los otros títulos históricos de la Corona, en consonancia con la declaración del art. 57 CE («legítimo heredero de la dinastía histórica»); el último determina la inviolabilidad y la irresponsabilidad de la persona del Rey y, en conexión con ello, la necesidad del refrendo, institución regulada, en el siguiente art. 64 CE.

No fue tarea fácil formalizar en preceptos concretos el papel constitucional del Rey y su peculiar posición jurídico-política, dado que la función real viene acompañada de unos elementos emotivos y simbólicos no fáciles de racionalizar y, aún menos, de traducir en normas constitucionales escritas, pues su «potencia política excede a la racionalidad jurídica» (HERRERO DE MINÓN, 2003, 234). Su relación con el orden jurídico-político no es idéntica a la que tienen los demás órganos estatales. La Jefatura de Estado no puede ser tratada jurídicamente como el resto de los poderes, pues los símbolos no son susceptibles de ser regulados por el Derecho, lo más que puede hacer el Derecho es reconocerlos, y, al mismo tiempo, para asegurar la naturaleza simbólica del poder supremo del Jefe del Estado, «privarle de ejercicio de toda clase de potestades» (DE VEGA, 2001, 84). En el debate constitucional el que sería luego art. 56, especialmente su apartado 1, algo inspirado en la Constitución de 1931 y en la Constitución francesa de 1958, sufrió diversos recortes y supresiones, en especial en lo referente a la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, desde una voluntad de reducir las funciones reales. De ahí el esfuerzo que hace la Constitución para sujetar el poder real a reglas claras y precisas, pero en el plano jurídico-constitucional la figura del Rey no puede ser contemplada con el mismo enfoque jurídico normativo que el de los demás poderes del Estado, y la posición del Rey no se li-

mita dentro del aparato estatal a ser un mero órgano del Estado. De la exégesis del art. 56 CE no cabría extraer, con toda la riqueza de matices, el papel del Rey en nuestro sistema constitucional, aunque se haya de partir de este precepto para examinarlo.

II. JEFATURA DEL ESTADO

El art. 56.1 CE afirma que el Rey es el **Jefe del Estado**, y precisa que ejerce «las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes». Este principio de **atribución explícita** significa que las funciones y reglas quedan limitadas a las que la Constitución y las leyes expresamente le atribuyan, con la consecuente desaparición de cualquier fondo de reserva de prerrogativa y la exclusión de poderes imperativos o de facultades internas. El principio de atribución explícita tiene aquí todo su sentido, como lo tiene también la regulación de la inviolabilidad e irresponsabilidad de la persona del Rey y la exigencia del necesario refrendo como condición de validez de sus actos. Esa atribución explícita, en cuanto al legislador no ha sido entendida como un principio dispositivo que permita legislar libremente sobre las funciones y competencias del Rey como Jefe del Estado, ni el legislador puede restringir las constitucionalmente reconocidas ni tampoco ampliarlas asignándole tareas que desnaturalizarían el diseño constitucional que ha querido limitar los poderes reales para asegurar su *auctoritas* y su función primordial de símbolo de unidad y permanencia de España y de moderador del funcionamiento regular de las instituciones.

El art. 56 declara que «el Rey es el Jefe del Estado», pero no define esa Jefatura, que nada tiene que ver con los poderes autocráticos del precedente Jefe de Estado y que se refiere a unas funciones del Rey que no se corresponden a los poderes de otros órganos del Estado. No porque el Rey, como Jefe del Estado, no esté sometido al Derecho, sino porque el Rey **no es uno de los poderes del Estado** en la división clásica de los mismos. Realiza una

función integradora acorde con su posición estructural en la cúspide del Estado, pero jurídicamente no es un poder intermediario ni superior a los demás poderes activos del Estado ni siquiera un cuarto poder neutro que limite la soberanía popular. Como Jefe del Estado, el Rey no solo se encuentra por encima de toda lucha partidista, y no es parte ni partícipe de la contienda política, sino que la función real se coloca **fuera de la acción política** propiamente dicha, aunque, al estar en el vértice de la estructura del Estado, puede dar expresión a los actos de los poderes del Estado, al promulgar las leyes, sancionar los reglamentos, realizar nombramientos o dictarse justicia en nombre del Rey.

La primacía o preeminencia del Rey como Jefe del Estado no lo sitúa jerárquicamente por encima de los demás órganos constitucionales, ni lo convierte en órgano superior dotado de poderes propios de supremacía para dictar decisiones vinculantes que se impongan a los otros poderes. El Monarca, privado de *potestas*, se sitúa *supra partes*, en una posición de supremacía que le permite relacionarse con los órganos representativos facilitando el funcionamiento efectivo del sistema de gobierno parlamentario. La limitación de las potestades jurídicas de la Corona supone que **el Rey no es un gobernante** que no se interfiere en la dirección política ni en las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo, pero ello fortalece el ejercicio de otras importantes funciones regias.

También en regímenes republicanos se ha observado una tendencia a constituir una Jefatura del Estado, como alta Magistratura, sin competencias ejecutivas. No solo el caso de la República Federal de Alemania, como reacción frente al sistema de Weimar, sino también en nuestra Constitución republicana de 1931 (art. 76) y en otras Constituciones, como la italiana, donde el Presidente de la República ejerce unas funciones limitadas, que no son muy distintas de las que expresamente determinan los arts. 62 y 63 CE, aunque de hecho ante la incluida composición parlamentaria

ria haya de adoptar decisiones clave, no partidistas, en la designación del candidato a presidente del Gobierno. Nuestro sistema constitucional se acerca a un sistema de parlamentarismo monista en el sentido de que el Gobierno depende principalmente de la confianza del Congreso y no de la confianza regia (HERRERO DE MIÑÓN, 2017, 165), pero de ello deriva a su vez la autonomía e independencia del Rey frente al Gobierno y sus funciones ejecutivas y del Gobierno respecto al Rey, frente al que el Gobierno formalmente no es responsable, careciendo el Rey de prerrogativas o poderes ejecutivos.

Por eso, entre nosotros no se habla del «Gobierno de Su Majestad» y las facultades de nombramiento o designación de los miembros del Gobierno atribuidas al Monarca son facultades regladas «a propuesta de». Lo mismo cabe decir de la posible asistencia del Rey al Consejo de Ministros a invitación del Presidente del Gobierno, lo que no empece que el Rey pueda tener algún grado de «influencia» en la actuación del Poder Ejecutivo, que debe mantener informado al Gobierno y que permite al Rey emitir opiniones o dar consejos.

Ello ha llevado en la práctica a un reforzamiento del poder ejecutivo del Gobierno y sobre todo de su Presidente, facilitado por una composición parlamentaria en la que han predominado dos grandes partidos nacionales y un funcionamiento interno de los partidos más presidencialista que democrático. Sin embargo, ese reforzamiento del Gobierno y de la figura de su Presidente no han incidido en las funciones del Rey como Jefe del Estado, similares a las de otros Jefes del Estado en sistemas republicanos, que también requieren refrendo para la validez de sus actos (art. 58 *Grundgesetz*, lo que ha llevado a calificar irónicamente al *Bundespräsident* como *Staatsnotar*).

Es al Gobierno al que **corresponde la función ejecutiva** (art. 97 CE), y su legitimidad proviene del Parlamento y no de una atribución real. La atribución al Rey de la facultad de proponer al candidato a Presidente del Go-

bierno (art. 99.1 CE) en nuestra Constitución material no ha implicado una incidencia de la voluntad del Rey en la dirección política, en un funcionamiento regular de las instituciones, lo que no excluye que en momentos de crisis o de desgobierno, por la composición atomizada del Parlamento, la intervención real pueda tener un papel que facilite la gobernanza a través de la propuesta del candidato a Presidente del Gobierno.

El carácter limitado de las funciones y de los poderes de decisión política del Rey como Jefe del Estado ha reforzado la figura institucional del Rey y el papel asignado a la Corona, que **carece propiamente de poderes de prerrogativa**. Ello no empece a la «supremacía» de posición atribuida al Rey como Jefe del Estado, «primacía entre todas sus instituciones y en la sociedad que les da vida, con independencia de las competencias» que la Constitución le atribuye como primer magistrado y primer ciudadano, «una primacía institucional y social de la Jefatura del Estado que hace de ella un factor fundamental de integración política» (HERRERO DE MIÑÓN, 2017, pág. 173), que depende también de la personalidad del titular de la Corona, de la que depende también su prestigio, influencia y autoridad moral.

Las consecuencias jurídicas de la calificación del Rey como Jefe de Estado se deducen fundamentalmente de los citados preceptos constitucionales y otros concordantes (arts. 64, 90.2, 91, 92.2, 99, 108, 113, 114, 117.1, 123.2, 124.4, 151.2.4.º, 152.1, 159.1, 168), que serán examinados en los comentarios de los respectivos preceptos, son «funciones constitucionales» a las que se refiere el art. 58 CE. El resto del contenido del art. 56 CE no puede desvincularse del carácter de Jefe del Estado asignado constitucionalmente al Rey.

III. LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL REY

El art. 56.1 CE define al Rey como **símbolo de la unidad y permanencia del Estado**, y le otorga la más alta representación del Esta-

do en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y le asigna como función la de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones. Otros Jefes de Estado de sistemas republicanos cumplen también una función de símbolo de la unidad y de la permanencia del Estado. En el caso de las monarquías, ese carácter simbólico adquiere una dimensión más trascendente, dada la **especial eficacia simbólica de la Corona**, que une la tradición histórica y los valores comunitarios. Los elementos iconográficos y simbólicos encuentran un peculiar relieve en la actual sociedad de la información, la comunicación y la imagen, lo que ha fortalecido el papel simbólico de la Corona, dentro y fuera del país, como imagen e identificación de España.

El papel del Rey como símbolo de la unidad y la permanencia del Estado (y de la Nación española) no le atribuye competencias jurídicas específicas, pero **ese papel simbólico no carece de relevancia constitucional** y está lleno de contenido. Esta importante función de expresión de unidad es la concreción del concepto de símbolo en un mundo racionalizado, en el que los elementos mágicos, sagrados o de misterio no tienen ya sentido, pero en el que tampoco pueden ser sustituidos totalmente por elementos racionalizadores, confirmando que no quepa un análisis meramente jurídico formal de las atribuciones de la Corona (FERNÁNDEZ FONTECHA, 1987, 264).

La doctrina constitucional distingue entre instituciones representativas en sentido propio, basadas en el pluralismo y en la regla de la mayoría, e instituciones simbólicas calificadas como «**instituciones para la unidad**», entre las que habría de insertarse la Corona. La Constitución utiliza el término «símbolo» no como metáfora, sino para expresar una representación de lo sensible. Ese aspecto simbólico implica al Rey más allá de su persona, lo que ha permitido afirmar que la función del Rey es esencialmente la de «ser», la de su propia presencia, papel que es de importancia

superior a lo que el Rey diga o haga (FERNÁNDEZ CAMPO, 2001, 351).

La **unidad del Estado** y del propio orden estatal se personifica simbólicamente en la persona del Rey. A través de su persona se reúnen y se aúnan, coordinadamente, los diversos poderes y los diversos niveles territoriales del Estado, de modo que su papel de símbolo, junto a la función real de declarar y manifestar la voluntad del Estado, es un instrumento al servicio de la unidad de la Nación española que consagra el art. 2 CE. La referencia a la unidad tiene un significado particularmente intenso en nuestro Estado compuesto que requiere especiales elementos de *Gesamstaat*. Aunque las Cortes sean Cortes españolas, ejercitan el poder legislativo que corresponde al Estado central, y aunque el Gobierno sea el Gobierno de la Nación, y del Estado en su conjunto, es ante todo cúspide de la Administración central. Ambos conviven, en el marco de sus respectivas competencias con los Parlamentos o Asambleas autonómicas y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Ello ha dificultado que los órganos del Estado y especialmente el Gobierno, cumplan plenamente *ad intra* una **función integradora** del conjunto de España, mientras que el término «Reino de España» permite expresar sin dificultad la unidad del Estado compuesto, y la Corona refleja y expresa con toda intensidad el juego de unidad y de autonomía en el que se estructura territorialmente España.

Como símbolo, y precisamente por su carácter meramente simbólico, la Corona cumple una función integradora de todas las nacionalidades y regiones. La función simbólico-integradora del Rey lo convierte en un factor de unidad, cohesión e integración, no solo territorial, sino también social y político, por encima de intereses o posiciones diferentes o enfrentadas. El Rey, en cuanto signo visible que expresa la unidad y permanencia del Estado, es un elemento que permite **la autoidentificación de la comunidad política** en su pasado y en su presente, y reducir a unidad las

tendencias centrífugas o disgregadoras propias de la dialéctica de la lucha política, consagrando la perennidad del Estado y de sus poderes ante los cambios que refleja la sociedad política (PORRAS RAMÍREZ, 1995, 213).

El carácter simbólico de la Corona, el que no personalice la efectiva voluntad popular de cada momento, no implica la vacuidad de ese carácter simbólico, la personalización de valores en una sola persona que le permite ejercer con eficacia sus funciones y atribuciones, facilitando el buen funcionamiento del complejo sistema político constitucional.

La Corona simboliza, junto a la unidad del Estado, su **personalidad histórica**, su permanencia, el no cambio en el tiempo del «ser» de España. La permanencia es predicable de la Monarquía por su carácter vitalicio y hereditario. El juego democrático trae consigo los cambios de personas en las instituciones del Estado, pero la existencia de un órgano personal permanente facilita la transmisión de tradiciones, de experiencias, de informaciones, al margen de las contingencias de cada momento. La Constitución habla, por ello, de la Corona como institución permanente para distinguirla de sus titulares pasajeros, los sucesivos Reyes o Reinas, que son, en conocida expresión, «guardianes de la Corona» a transmitir a sus sucesores.

IV. LA FUNCIÓN MODERADORA Y ARBITRAL

Según el art. 56.1 CE, el Rey «**arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones**». Esta encomienda específica podría dar a entender que la Constitución consagra un poder arbitral y moderador autónomo del Monarca con las consiguientes facultades jurídicas, ese cuarto poder garante último del orden constitucional que postuló CONSTANT y reconocieron algunas Constituciones del siglo XIX. La defensa del orden constitucional tiene sus propios instrumentos y no puede asignarse como función jurídica al Mo-

narca, y aún menos, como algunos han defendido, desde su papel de mando supremo de las Fuerzas Armadas, aunque este mando puede tener algo más de lo puramente simbólico. No obstante, cuando la Constitución asigna al Rey arbitrar y moderar el funcionamiento de las instituciones, se está refiriendo a algo sustancialmente distinto a su papel de símbolo. No se refiere ya a un «ser», sino a un «decir» y a un «hacer». La «moderación» como virtud debería impregnar toda la actuación del monarca; el Rey, en el ejercicio de sus funciones, ha de procurar **allanar, templar y moderar**, en mayor o menor grado, las posibles contraposiciones y roces entre las diversas actividades y poderes del Estado, actuando, en conocidas palabras de Carl SCHMITT, como un invisible moderador.

La Constitución ha hecho visible expresamente ese papel del Monarca, pero más como una función que como un poder inherente distinto de las competencias específicas asignadas al Rey en el art. 62 CE, aunque este al ejercerlas se encuentra en una posición que le permite pedir informaciones, formular opiniones o consejos y asegurar normalidad institucional. En este papel moderador y arbitral las actuaciones reales son generalmente discretas, contenidas, confidenciales y particularmente informales, elásticas e indeterminadas, pero su autoridad confiere a su eventual consejo o advertencia, sin convertirlo en una orden o en un mandato, especial relevancia y un peso muy superior al que tendría el de cualquier otra persona, «el consejo regio no será vinculante, pero puede ser persuasivo. La función es aquí causa de la influencia» (HERRERO DE MIÑÓN, 2003, 246), influencia que no debe ser entendida en el sentido peyorativo del término como interferencia condicionante en los otros poderes del Estado o en otros sectores de la sociedad, lo que sería un peligro para la propia monarquía (CARRERAS, 2003, 233).

Esa función moderadora y arbitral del monarca, de **alcance meramente persuasivo**, no se configura como una *potestas* traducible en

actos jurídicos, ni implica la concesión de facultades jurídicas específicas que permitan al Rey adoptar actos jurídicos vinculantes, que se impongan a los otros poderes públicos, aunque puedan tener consecuencias políticas. Se trata de una forma de ejercicio de la **auctoritas personal** derivada de la preeminencia o primacía del Monarca, y de su influencia en la sociedad y en las instituciones políticas, que le permita ejercer, con sentido moderador y arbitral, una labor de **estímulo y de apoyo** a la buena marcha de las instituciones, a favor del «funcionamiento regular» de los poderes públicos.

Si la intervención moderadora o arbitral real alcanzase su propósito, por la aceptación de los poderes afectados, su resultado habrá de formalizarse a través de los procedimientos de decisión y actuación de los demás órganos estatales (GARCÍA CANALES, 1991, 227), al igual que ocurre en la función mediadora exitosa en los conflictos internacionales o sociales, aunque en estos últimos casos el procedimiento mediador se formalizará a diferencia de la necesariamente discreta intervención real. Los términos que utiliza la Constitución, «moderación» y «arbitraje», quizá no sean los más adecuados para describir esta peculiar función real; parecen indicar situaciones patológicas de conflictos y de crisis en las que la intervención real contribuya a la solución del conflicto. Nuestro sistema constitucional ha judicializado los mecanismos para solucionar estos conflictos, y en él **no tendría cabida ese papel resolutorio autónomo del Rey** como poder jurídico «neutro» y *supra partes* para decidir «soberanamente».

El art. 56 de la Constitución ha seguido algo a la letra la Constitución francesa, según la cual el Presidente de la República garantiza con su arbitraje el funcionamiento regular de los poderes públicos. Sin embargo, no puede extenderse a nuestro monarca esa función del Presidente de la República francesa, no solo por tratarse de un sistema presidencialista y el nuestro un sistema parlamentario, sino porque los términos que utiliza nuestra Constitu-

ción ni son idénticos, ni se refiere a tal garantía ni implica la posibilidad de regular conflictos, adoptar decisiones o juzgar como árbitro haciendo el Rey uso de su libre arbitrio. Se trata, cuanto más, **sin intervenir en el juego político**, de procurar el respeto de las reglas constitucionales del juego democrático. Algunas de las funciones que se dicen arbitrales del Rey, por ejemplo, respecto a la disolución de las Cortes son funciones propias que le corresponden como Jefe del Estado y en las que el Rey usa su arbitrio, pero no arbitra.

La llamada función mediadora y arbitral consiste más bien en impulsar y favorecer «desde fuera» de la lucha política, mediante sus contactos con los poderes públicos y sus advertencias y consejos, la buena marcha del conjunto del Estado. Se trata, en la formulación clásica inspirada por BAGEHOT, de animar, estimular, aconsejar y advertir a los diversos poderes públicos, y solo en cierta medida de mediar o arbitrar entre ellos. Es, ante todo, una función de sugerencia, de estímulo y de incitación, aunque también puede serlo de «mediación política» (PORRAS RAMÍREZ, 1995, 218), pues los contactos personales directos del Rey con los diversos órganos, con los actores políticos, y con las fuerzas sociales, le permiten ser un cauce cualificado de comunicación entre ellos. Esa magistratura moral y de persuasión «puede llegar a ser mucho más eficaz de lo que se dice y supone» (GARCÍA CANALES, 1991, 213).

El art. 56 CE se refiere de forma genérica a ejercer una influencia moderadora y arbitral, pero no determina sus cauces e instrumentos, y ha hecho bien en no hacerlo. Por su naturaleza, es una función que tiene un carácter genérico e indeterminado, también en cuanto a sus formas y sus posibles destinatarios y que incide en toda la actuación real en su relación con los distintos órganos e instituciones del Estado compuesto. El Rey no solamente está excepcionalmente bien situado para ejercer influencia política, sino que además está constitucionalmente facultado para ello. El

reconocimiento constitucional de esa función real supone una carga pasiva para los demás órganos estatales, no en el sentido de que haya de aceptarse una concreta labor mediadora o arbitral a iniciativa del monarca, sino desde el punto de vista de que el Rey realiza una función constitucional y está legitimado para hacer advertencias y recomendaciones (GARCÍA CANALES, 1991, 229).

Ello supone un derecho a ser oído, a ser respondido y, ante todo, a ser debidamente informado. Este último aspecto ha sido consagrado en el art. 62.g) CE, que reconoce el derecho del Rey a ser informado de los asuntos de Estado, lo que normalmente se realiza a través de las informaciones que solicite y de los contactos directos periódicos con el Presidente del Gobierno, en los despachos semanales, los Presidentes de los órganos constitucionales, los Ministros, los Presidentes de las Comunidades Autónomas y demás autoridades. También a esos efectos está prevista la eventual presidencia real del Consejo de Ministros con fines informativos, aunque previa petición del Presidente del Gobierno.

Esa reserva que debe observar el Rey en su discreta, pero importante función moderadora, no obsta a su conocimiento público. Por ello ha adquirido especial importancia **la conexión directa del Rey con la sociedad, a través de su presencia** en numerosos actos y actividades y a través de sus mensajes y discursos, difundidos en los medios de comunicación, hecho social no irrelevante en el plano político, aunque sí en el plano jurídico, lo que confirma la afirmación precedente de que la figura y la función del Rey no pueden llegar a racionalizarse totalmente, ni a enmarcarse en formas jurídicas cerradas susceptibles de tratamiento técnico-jurídico.

Según se ha visto, el examen jurídico-constitucional permite deducir que el Rey «no es soberano, ni legisla, ni gobierna», ni tiene poder constituyente, ni legislativo, ni de gobierno, pese a su intervención en los actos más relevantes de la vida pública (ARAGÓN, 1998, 374).

En el plano político esa carencia de poderes de decisión propios que dan fuerza y valor a la función real de reinar, siendo Rey y actuando como Rey, no con base en unos poderes jurídicos en forma de potestades, sino por la **autoridad y dignidad** que representa.

El Rey parlamentario, al no adoptar generalmente decisiones propias, se coloca **fuera del debate político**, social y territorial, con una neutralidad cualificada en servicio a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, valores superiores de nuestro sistema jurídico-político. Al situarse por encima de las opciones políticas y de las contingencias del momento, la Corona, fiel a sí misma y a cuanto representa, garantiza la subsistencia y la identidad histórica del Estado en una sociedad en permanente cambio (GÓMEZ DEGANO, 1988, 1452). En la expresión clásica se trata de reinar y no gobernar, de ejercer influjo político, pero sin poder jurídico discrecional, constituyendo una pieza fundamental de un Estado democrático de estructura compuesta y con forma de gobierno parlamentario (PORRAS RAMÍREZ, 1995, 218).

Esta «inexistencia de poderes» no impide al Rey, sin interferirse directamente en las decisiones del Gobierno ni adoptar posturas partidistas, poder hacer uso de su libertad de expresión (ARIÑO, 2013, 108), siendo una manifestación relevante los discursos y mensajes del Rey, que a diferencia de otras monarquías no expresan la voluntad u opinión del Gobierno, sin la del propio monarca, lo que en momentos históricos delicados del pasado y del presente no ha dejado de tener especial relevancia.

V. LA ALTA REPRESENTACIÓN EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El art. 56.1 CE asigna al Rey, como Jefe del Estado, **la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales**, especialmente con las naciones de

su comunidad histórica. En conexión con este precepto, el art. 63 CE prevé, de forma más concreta, el papel del Rey en las relaciones internacionales, y al comentario a dicho precepto se ha de remitir para el mayor detalle del *ius legationis*, del *ius belli ac pacis* y de la manifestación del consentimiento en los Tratados internacionales. Estas funciones específicas son similares a las de otros Jefes de Estado de sistemas republicanos (cfr. art. 87.8 Costituzione italiana), en el caso de nuestra Constitución llama la atención que, junto a esas funciones específicas reguladas en el citado art. 63, se haga una referencia genérica a una **función exterior** del Rey, más allá de la acreditación de los representantes diplomáticos, de la ratificación de los Tratados internacionales y de la declaración de guerra, unas y otras meramente formales, en cuanto condicionadas por las leyes o sometidas a la previa autorización de las Cortes.

La Constitución asigna a la Corona, o «predica» de ella, una función genérica, de personificación o representación de la Nación, al asignarle **la más alta representación del Estado** en las relaciones internacionales, manifestando el consentimiento para obligar del Estado (art. 63) y al permitir a la Corona declarar y manifestar la voluntad única del Estado. Que el art. 56.1 CE se refiera expresamente al Rey como «la más alta representación del Estado en las relaciones internacionales» no debe ser entendido como que le corresponda la dirección de la política exterior, la cual, según el art. 97.1 CE corresponde al Gobierno. Quizás por eso el precepto utilice el término «asume» en vez de otros más comprometidos como «le corresponde», «ejerce» o «desempeña», con ello indica que la Constitución no trata de crear un poder «externo» de la Corona hacia fuera, y como un poder exento o aparte, con características especiales frente a los demás poderes de la Jefatura del Estado (PÉREZ LLORCA, 2001, 243).

Sin embargo, **la práctica ha demostrado la trascendencia de la función regia** de la más alta representación de España, del Reino

de España, no solo en el plano formal del Derecho internacional, sino **en el plano material de las relaciones internacionales**. El Rey ha cumplido un papel muy importante en el ámbito de la política exterior y de la mejora de relaciones de España con otras naciones, buena parte de esa función «exterior» del Rey se cumple a través de los contactos personales que se derivan de las visitas que el Monarca realiza a otros Estados y sus contactos con Jefes de Estado y de Gobierno de esos países, y también en las visitas que realizan a España Jefes de Estado y de Gobierno de otros países. Esos contactos, sometidos a criterios de dirección política gubernamentales en cuanto a su programación, sobrepasan el marco puramente protocolario en la medida en que esos contactos, ya sea en visitas de Estado ya en viajes privados, cumplen una función importante en el plano político externo y en la presencia institucional de España, favoreciendo también contactos económicos, sociales o culturales. En las visitas de Estado, los discursos del Rey pueden expresar posiciones sobre temas de nuestra política exterior, sobre el reforzamiento de las relaciones bilaterales o sobre temas generales de la política internacional, también en relación con el fomento de la cooperación y de la pacificación de los conflictos. Aunque, en general, el Rey no asiste a reuniones o a cumbres internacionales, ni participa en los organismos internacionales (salvo alguna presencia protocolaria en Naciones Unidas, OIT, etc.), **encarna la imagen de España** y ha servido de instrumento para importantes logros de nuestra política exterior.

El precepto se refiere, además, con redundancia pero no sin valor, a «especialmente con las naciones de su **comunidad histórica**». Esta última expresión se ha criticado, por un lado, por su carácter genérico, al no concretar qué se entiende por ello, y, por otro lado, por su carácter pretencioso, por partir de la existencia de una comunidad histórica que como tal tendría que estar confirmada por la voluntad de todos los integrados en esa comunidad. Se ha afirmado con acierto que el

inciso constitucional no debe ser entendido como otorgando poderes al Rey, más allá de esta función representativa, que puede influir pero no condicionar las competencias propias del Gobierno en política exterior, sin poder comprometer internacionalmente al Estado, más allá de las funciones específicas, meramente formales, que establece el art. 63 CE (FERNÁNDEZ-PALACIOS, 2010, 244). No obstante, el propósito explícito del precepto es evidente, y existe consenso sobre su finalidad de atribuir a la Corona un papel específico en relación con los países de la antes llamada «Hispanidad». Con ello no se le confieren potestades jurídicas sino, ante todo, una función simbólica y política ante una realidad fundamentalmente histórica y cultural, y que no tiene la trascendencia jurídica política de la *Commonwealth* británica, y que se parece más bien al propósito de la República Francesa respecto a su comunidad lingüística. En el caso de España, no puede hablarse formalmente de una comunidad histórica hispánica, en cuanto elementos formales, pero la Constitución trata de asumir una realidad histórica y cultural preexistente y propiciar lazos y vínculos especiales con España, atribuyendo al Rey una competencia expresa y concreta al respecto. Ello ha adquirido ya alguna concreción específica en las ya institucionalizadas conferencias o cumbres iberoamericanas, en las que personalmente participa el Rey, formalmente como un *primus inter pares*, pero, materialmente, como una referencia simbólica e integradora, que los titulares de la Corona han venido cumpliendo con especial dedicación e interés.

VI. LOS TÍTULOS DE LA CORONA

La referencia en el art. 56.2 CE al **título** de «Rey de España» podría considerarse redundante, a la vista del art. 1.1 CE, pero refuerza la idea de que el Rey representa a un conjunto de la nación española. El precepto, además, autoriza al Rey a «utilizar los demás que correspondan a la Corona». Con ello, la Constitución parece reconocer derechos a la Coro-

na para utilizar otros títulos que en épocas históricas habían acompañado a los monarcas, y que, incluso, había reflejado la complejidad y, a la vez, unidad del Estado. Ni el Rey emérito ni el Rey han hecho uso de la facultad que la Constitución le autoriza. No se puede extraer del precepto, como algunos han pretendido, una constitucionalización de los títulos nobiliarios, sobre los que la Constitución guarda silencio, ni los prohíbe ni los consagra, ni tampoco el art. 62.f) CE, al referirse al derecho de concesión de condecoraciones y honores puede considerarse como reconocimiento constitucional de tales títulos, cuya subsistencia responde más bien a una tradición histórica.

VII. INVIOLABILIDAD E IRRESPONSABILIDAD DE LA PERSONA DEL REY

El art. 56.3 de la Constitución establece la **inviolabilidad de la persona del Rey** y declara que **no está sujeto a responsabilidad**. La inviolabilidad del Rey se fundamenta en su propia posición, ajena a toda controversia política, dado el carácter debido de sus actos en nuestro modelo constitucional. El Rey, como Jefe del Estado, no es solo una denominación que se refiera a un conjunto de «funciones constitucionales», implica también un **estatus particular y específico** del titular de la Corona que acompaña a su función constitucional y que, al mismo tiempo, trata de garantizarlas y asegurarlas. Esta especial protección jurídica de la persona del Rey es **característica común de las Constituciones de las monarquías europeas**, que perpetúan el principio histórico de la inviolabilidad real. Nuestra Constitución sigue el modelo de otras Constituciones, como la belga (art. 88), la holandesa o la danesa (art. 13), que determinan esa inviolabilidad no en relación a la función sino en relación a la persona (a diferencia de la Constitución sueca, cuyo art. 7 se refiere a la irresponsabilidad en relación con la función, o sea, de los actos reales como Jefe de Estado).

Nuestra Constitución habla de inviolabilidad y de no sujeción a responsabilidad. Con ello se está refiriendo **no** a un **mero privilegio de jurisdicción** o competencia, ni prerrogativa de carácter formal en forma de sujeción a algún tipo de suplicatorio, como ocurre con la inmunidad, sino a una **ausencia de posibilidad de sanción por un acto que el ordenamiento en general permitiría, en otro caso, sancionar**. La Constitución se refiere a inviolabilidad, que, según el Tribunal Constitucional, es un privilegio de **naturaleza sustantiva** y que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, con el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, al servicio de cuyo objetivo «se confieren los privilegios, no como derechos personales, sino como derechos reflejados de los que goza el parlamentario en su condición» (STC 9/1990). Aplicando esa idea cabe afirmar que la inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey se justifican en cuanto **condición de funcionamiento eficaz y libre de la institución**, pero con la importante diferencia de que en el caso del parlamentario la relevancia política del acto es lo que hace aplicar esa garantía, que se completa con la inmunidad, mientras que el art. 56.3 CE la irresponsabilidad se declara de la persona, tiene un sentido de privilegio y de prerrogativa, es imprescriptible e irrenunciable (STC 92/1985), y supone una sustracción al Derecho común conectada a una función (STC 51/1985), pero solo indirectamente, al vincularse no a la función sino a la persona del Rey. Es una **pre-rogativa «subjética»** que afecta su persona, incluso más allá del ejercicio de su función, y no tiene paralelismo con la inviolabilidad de los parlamentarios.

La inviolabilidad, como término, y así entendida, aparecía en el art. 128 de la Constitución de Cádiz, pero en relación con los diputados, pero no respecto a la persona del Rey, que se calificaba de sagrada, al igual que las Constituciones posteriores. La inviolabilidad del Jefe del Estado se predicó por primera vez

del anterior Jefe del Estado (art. 6.1 Ley Orgánica 1 de enero de 1967), y se entendió entonces, formalmente, como la imposibilidad de sometimiento a procedimiento alguno, y, materialmente, como una causa de inimputabilidad o eximente de antijuridicidad. La doctrina ha señalado la equivocidad del término en la propia Constitución, que utiliza el término con diversas acepciones «como sinónimo de no profanable, indemne —exento de daño—, inatacable, no conculcable y como exento de responsabilidad», entendiéndose que tiene ambos sentidos cuando se predica del Rey, pues le ofrece **«un plus de protección jurídica, al tiempo que determina la irresponsabilidad penal por sus decisiones y actos»** (RODRÍGUEZ-RAMOS, 1982, 864).

La idea conjunta de inviolabilidad e irresponsabilidad implica una especial protección jurídica de la persona del Rey para defenderla de cualquier tipo de injerencia de los otros poderes del Estado, no solo por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, ni solo por actos relativos a la función real. Aunque no falte quien entienda como sinónimos la inviolabilidad y la irresponsabilidad, de la conjunción de los arts. 56.3 y 64.2 cabe deducir una diferenciación entre una y otra.

El art. 56.3 CE establece que los actos del Rey «estarán siempre refrendados» en la forma establecida en el art. 64 CE, careciendo de validez sin dicho **refrendo**. A su vez, el art. 64.2 establece que **«de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden»**. También en otros sistemas constitucionales republicanos aparece la figura del refrendo vinculada a la garantía de irresponsabilidad, pues el área inmune de responsabilidad se vincula a un refrendo que es condición de validez del acto y, al mismo tiempo, justificación del posible traslado de la responsabilidad. Así resulta de la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 5/1985, además de señalar que los actos del Rey han de ser refrendados, como condición de su validez, y que ese refrendo debe hacerse en la forma establecida en el art. 64 CE, destaca que la **au-**

toridad refrendante asume la responsabilidad del acto del Rey, sin que pueda confundirse «el sentido traslativo de responsabilidad inherente al mismo, con la función que ha venido a desempeñar en la esfera ejecutiva». El refrendante no será siempre el autor de la propuesta o decisión, pero sí asumirá en todo caso la responsabilidad del acto real.

La inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey no han planteado problemas en nuestro ordenamiento y no han sido objeto de especial debate, pero han planteado problemas con motivo de la ratificación por España del **Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional en la que no se reconoce la inmunidad de los Jefes de Estado**. Se dieron entonces serios argumentos para demostrar la incompatibilidad del art. 56.3 CR con las disposiciones del correspondiente Tratado que reconoce la competencia de la Corte frente a Jefes de Estado por ciertos crímenes de guerra. Sin embargo, no se ha considerado necesaria ninguna reforma constitucional para ratificar el correspondiente Tratado. A este respecto el Consejo de Estado (dictamen 1374/1999) entendió que más que inexigencia de responsabilidad por los actos del Rey, se trataría de su imputación al órgano refrendante (arts. 56.3 y 64.2 CE), de modo que no se concibe la irresponsabilidad personal del Monarca sin su corolario esencial, la responsabilidad de quien refrenda, por lo que el refrendante es quien incurriría en la eventual «responsabilidad penal individual» a la que se refiere el art. 25 del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, interpretación que permitiría ratificar el Tratado relativo a ese Tribunal, sin necesidad de reformar el texto constitucional. En el debate parlamentario al respecto se ha entendido además que la inviolabilidad se refiere al Derecho interno, y que la Constitución no ha querido ni puede regular la proyección internacional de la inviolabilidad.

En nuestra monarquía parlamentaria los actos que llevan la firma del Rey son debidos o

meramente declarativos o certificantes, y no expresan su voluntad personal, sino la del sujeto refrendante o de un tercero. Así ocurre en los diversos nombramientos, en la promulgación de las leyes o en la expedición de reales decretos, en materia de tratados internacionales, etc. En todos estos casos el Rey actúa juntamente con otros órganos que de ordinario son los que entienden y los que resuelven con propia voluntad y responsabilidad el asunto competencial en ejercicio de una función o potestad propia (GARCÍA CANALES, 1991, 234). El Rey formaliza así, mediante su declaración y firma, actos que traducen la voluntad de otros órganos estatales en el ejercicio de sus propias competencias, pero **con su firma permite con ello expresar la unidad del ordenamiento** o del Estado persona. De hecho, en la mayor parte de los casos la firma del Rey exterioriza o formaliza decisiones ajenas que se imputan al Estado y generalmente es «refrendo» de una previa voluntad ajena que esa firma real formaliza y certifica, y no expresión de una voluntad propia del Monarca. Ello es consecuencia de que el Rey en nuestra Constitución no es titular del Ejecutivo, de modo que buena parte de sus actos son dependientes, requieren el concurso de otro órgano estatal y de ejercicio reglado o debido, sin un margen de decisión discrecional. El poder del monarca se encuentra «vaciado de potestades, al no comportar libertad de decisión y actuación, traduciéndose, en consecuencia, en una palmaria incapacidad **para innovar o modificar autónomamente el orden jurídico** en el que se circunscribe» (PORRAS RAMÍREZ, 1995, 190).

El refrendo generalmente ya no opera como certificante y como instrumento para limitar el ejercicio de un poder real propio evitando sus excesos. Para la validez de los actos resulta tan necesaria la firma del Rey como su refrendo, pero no por razones meramente formales, sino porque **el Rey no puede actuar autónomamente** y carece de facultades propias de decisión autónoma, no puede innovar el ordenamiento por sí mismo, ni producir, por su sola voluntad, actos jurídi-

cos vinculantes (ARAGÓN, 1998, 368-369). Ni siquiera en una materia en la que el margen de decisión teóricamente podría ser mayor, la propuesta de nombramiento del Presidente de Gobierno, nuestro sistema político ha permitido un efectivo margen de decisión de la Corona. Los resultados electorales, en unas elecciones en la que se postulan ya los candidatos a la Presidencia del Gobierno, y la consiguiente composición del Congreso de los Diputados condicionan una designación real impuesta por las circunstancias. Ello no supone que esa función real carezca de importancia, ni que el Rey se limite a ser un «notario», pero implica que su intervención en el proceso político de elección del Presidente del Gobierno no lo involucra en el proceso de decisión política, ni le permite marcar una dirección política partidista de su preferencia; se libera así al Monarca de una tarea que tanto desgastó a la monarquía de la Restauración.

Sin embargo, no es seguro considerar entre nosotros el refrendo como único fundamento de la inviolabilidad de la persona del Rey, puesto que el primer inciso del art. 56.3 CE, relativo a las prerrogativas del Rey, es independiente del segundo, relativo al régimen jurídico de sus actos. Además, el término «inviolabilidad» tiene un alcance más amplio que el de ausencia de responsabilidad, y no podría justificarse una «violabilidad» de la persona del Rey por el hecho de que un acto no hubiera sido refrendado. En este sentido se ha podido afirmar que **el refrendo no es la razón de ser de la inviolabilidad, sino su efecto**; el Rey es inviolable no porque sus actos estén refrendados, sino que sus actos están refrendados porque su persona es inviolable como exigencia intrínseca de la Monarquía parlamentaria para asegurar la permanencia de la jefatura del Estado (BIGLINO, 2201, 226), y ello sin perjuicio de la posible inhabilitación del Monarca en un supuesto extremo de indignidad (RODRÍGUEZ RAMOS, 1982, 867). Esa inviolabilidad, en un Estado de Derecho, ha de ser contrarrestada por un exigible compromiso de ejemplaridad del titular de la Corona,

una ejemplaridad que ya se ha reflejado en el compromiso de transparencia asumido por el propio Rey.

La inviolabilidad se predica de la persona del Rey «reinante», una prerrogativa que, al igual que las demás propias del Jefe del Estado, se extingue al cesar en su función, como ha sido el caso del Rey Juan Carlos I tras su abdicación. Ello lo ha confirmado la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial introduciendo un nuevo art. 55 bis, que dispone que «además de las competencias atribuidas a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo en los arts. 56 y 57, dichas Salas conocerán de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales, respectivamente, dirigidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte». La exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/2014 señala que todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentaren la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad, pero que los actos que realizaren después de haber abdicado quedan sometidos, en su caso, a control jurisdiccional. El nuevo art. 55 bis ha atribuido a las Salas de lo Civil y de lo Penal el conocimiento de las causas civiles y penales que se pudieran dirigir por esos actos o hechos «atendiendo a la dignidad de la figura de quien ha sido el Rey de España», así como al tratamiento dispensado a los titulares de otras magistraturas y poderes del Estado, razones que se ha entendido concurren también para dotar de idéntico aforamiento ante el Tribunal Supremo a la Reina consorte o al consorte de la Reina, a la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como al consorte del Rey o de la Reina que hubiere abdicado.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *La monarquía parlamentaria: Título II de la Constitución*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.

ALZAGA VILLAAMIL, O., *La monarquía parlamentaria, forma política del Estado español*, págs. 53-64.

ARAGÓN REYES, M., *Estudios de Derecho constitucional*, Madrid, 1978, págs. 372-374.

ARIÑO ORTIZ, G., *La Corona*, Madrid, 2013.

BIGLINO CAMPOS, P., «La inviolabilidad del Rey y el refrendo de sus actos», en *La monarquía parlamentaria*, cit., págs. 201-214.

CASCAJO CASTRO, J. L., «Materiales para un estudio de la figura del Jefe del Estado en el sistema político español», en *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 5, 1993, págs. 43-60.

CARRERAS, F., «El significado constitucional de la monarquía parlamentaria» en TUSELL, J., LARIO, A. y PORTERO, F., *La corona en la historia de España*, Madrid, 2003, págs. 216 y ss.

DE VEGA GARCÍA, P., «El Rey, Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia», en *La monarquía parlamentaria*, cit., págs. 65-86.

FERNÁNDEZ FONTECHA, M. y PÉREZ ARMIÑÁN, A., *La monarquía en la Constitución*, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ CAMPO, S., «La monarquía», en *La constitución española de 1978, 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, págs. 343-353.

FERNÁNDEZ-PALACIOS, M., *Rey, Constitución y política exterior*, Madrid, 2010.

GARCÍA CANALES, M., *La monarquía parlamentaria española*, Madrid, 1991

— «Las monarquías parlamentarias europeas», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Madrid, 2001, págs. 79-94.

GÓMEZ DEGANO, J. L., «La Corona en la Constitución Española de 1978», en *Jornadas de estudios sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, vol. II, págs. 1433 y ss.

GONZÁLEZ TREVLIANO, P. J., *El refrendo*, Madrid, 1988.

HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Barcelona, 2003, págs. 234 y ss.

— «El Rey», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1974*, Madrid, 1996, T. V, págs. 39-76.

— «Las funciones interconstitucionales del Jefe del Estado parlamentario», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 94, Madrid, 2017.

PÉREZ LLORCA, J. P., «El Rey y las Relaciones Internacionales», en *La monarquía parlamentaria*, cit., págs. 239-249.

PÉREZ ROYO, J., «La Corona y el Gobierno en la Constitución Española», en *La monarquía parlamentaria*, cit., págs. 149-170.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La inviolabilidad del Rey en la Constitución», *La Ley*, núm. 1, 1982, págs. 864-866.

ROLLNERT LIERN, G. (Dir.), *Las monarquías europeas en el siglo XXI*, Madrid, 2007.

SOLOZABAL, J., «La irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey», en *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1995, pág. 3767.

Artículo 57

1. La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.

2. El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

3. Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España.

4. Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeren matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes.

5. Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.

Sumario: I. Introducción. II. La Corona de España es hereditaria. III. Los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón. IV. Legítimo heredero de la dinastía histórica. V. El orden regular. VI. El Príncipe heredero. VII. Las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona. VIII. Matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales. IX. Abdicaciones, renunciaciones y dudas sobre el orden de sucesión a la Corona.

JESÚS GARCÍA TORRES

ABOGADO DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (JUBILADO)

I. INTRODUCCIÓN

El art. 57 CE contiene el **núcleo del régimen constitucional de la sucesión en la Corona de España**. Todos sus apartados se relacionan con la idea de continuidad familiar

(dinástica) en la titularidad de este órgano constitucional. El ap. 1 regula el orden de suceder. El 2 se refiere al Príncipe heredero, sucesor inmediato del Rey reinante. El 3 establece el modo de proceder cuando se agota la posibilidad de ulteriores llamamientos por

extinción de «todas las líneas llamadas en Derecho». El 4 contiene una insuficiente y defectuosa norma de exclusión sucesoria. Y el 5 indica que corresponde a las Cortes Generales, mediante ley orgánica, resolver las vicisitudes con trascendencia en la sucesión.

II. LA CORONA DE ESPAÑA ES HEREDITARIA

Al estudiar las formas de Estado, sostiene Georg JELLINEK (*Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, págs. 507 y ss.) que los monarcas comenzaron por estar «sobre y fuera del Estado» (monarquía sagrada o *princeps divus*, y monarquía patrimonial o *princeps dominus*) para convertirse finalmente en simples órganos constitucionales, con una fase intermedia en que rigen las doctrinas de «la representación absorbente del Estado por el monarca» (Luis XIV: «Le roi représente la nation toute entière, et chaque particulier ne représente qu'un individu envers le roi [...] La nation ne fait corps en France; elle reside toute entière dans la personne du roi» = «El rey representa a la nación toda entera, y cada particular no representa más que un individuo frente al rey [...] La nación no forma cuerpo en Francia; reside toda entera en la persona del rey») y la consideración del rey como *premier serviteur de l'État* (Federico II de Prusia) o *délégué et employé du peuple* (Emperador Leopoldo II). Pero señala juiciosamente el profesor de Heidelberg que «los tipos de monarca no siempre se ofrecen con toda su pureza», de manera que «el tipo posterior super[e] completamente al anterior», sino que «lo más frecuente es que este muestre claros vestigios de aquel en una época en que se acate otra idea del Estado completamente distinta» (*op. cit.*, pág. 511).

Entre las que JELLINEK considera como «oposiciones jurídicas importantes» está la que media entre **monarquía electiva**, en la que «el trono se ocupa en cada caso por un acto de creación jurídica», y **la hereditaria**, en que

«el monarca se toma de una determinada familia, la dinastía, conforme a un orden de sucesión al trono determinado en la Constitución» (*op. cit.*, pág. 523). Ahora bien, «solo se puede hablar en un sentido figurado del carácter hereditario de la corona [...] dado el punto de vista de la actual organización de los Estados. No hereda el monarca la corona, sino la corona al monarca. [...] La totalidad de los principios referentes a la sucesión del trono es de naturaleza de derecho público, y por eso están sometidos a la legislación constitucional del Estado» (*op. cit.*, pág. 524).

También Santi ROMANO [*Corso di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova (Padua), 1933, págs. 169 y ss.] comienza afirmando que «la institución real, considerada impersonalmente, se designa [...] con la palabra “Corona”. Es un verdadero y propio órgano del Estado, del que es titular el rey». En el pasado, «Corona» llegó a significar —simbólica, jurídica y políticamente— mucho más. En palabras de Ernst H. KANTOROWICZ (*Los dos cuerpos del rey*, Alianza Editorial, Madrid 1985, págs. 322), «en contraposición a la pura *physis* del rey y a la pura *physis* del territorio», «Corona» significa «la *metaphysis* que ambos, *rex* y *regnum*, compartían o el cuerpo político (al que ambos pertenecían) en sus derechos soberanos», porque «la Corona, en razón a su perpetuidad, era superior tanto al *rex* físico como al *regnum* geográfico». De ahí nace o se refuerza la idea de inalienabilidad, en que el *regnum* protegía la Corona —*menor ficto*— frente al mismo *rex* (*op. cit.*, págs. 327 y ss., esp. 339 y ss. y 350 y ss.). M. GARCÍA-PELAYO señala, por su parte, que «la idea de Corona ha encerrado el intento de transpersonalizar el orden y el poder político» y en la Baja Edad Media «tal institucionalización se desarrollará con arreglo a categorías jurídicas, de modo que, sin perder su carácter mítico-simbólico, la Corona será concebida como una entidad jurídica sobre la que se sustentan los derechos y poderes del reino»; y, de este modo, «la Corona constituye un paso decisivo en el proceso de la objetivación y abstracción del orden político que desembocaría finalmente

en el concepto del Estado» («La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 13, 30 y 61). Ahora bien, lo que KANTOROWICZ y GARCÍA-PELAYO teorizan corresponde a la Monarquía bajomedieval y señala solo el comienzo de un proceso de juridificación de la Corona. En una Monarquía parlamentaria como la nuestra (art. 1.3 CE), cuando corre el siglo XXI, la Corona debe considerarse «órgano complejo integrado por el Rey, de un lado, y por quien refrende en cada momento sus actos como Jefe del Estado de otro», esto es, un «órgano plural integrado por un órgano necesario (el Rey) y un órgano contingente (Presidente del Gobierno, Ministros o Presidente del Congreso de los Diputados) de participación necesaria» (REQUEJO, J. L., «Límites constitucionales a la reforma de la Corona», en Dirección del Servicio Jurídico del Estado, XXVI Jornadas de Estudio, *La Reforma Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pág. 461).

Para ROMANO (*op. cit.*, pág. 171) el derecho al trono «no se funda en el *status civitatis* sino en el *status familiae*», bien entendido que «entre el Rey anterior y el rey nuevo no media ninguna verdadera y propia relación hereditaria: el segundo no recibe del primero, sino inmediatamente de la ley, su posición jurídica, que es una posición exclusivamente propia, que no está en mayor relación de continuidad con la del predecesor» que lo están los funcionarios «que se suceden en cualquier puesto público», de modo que la afirmación del carácter hereditario de la corona «no quiere decir más que son llamados al trono solo los miembros de la actual dinastía» según el orden constitucional de suceder, pero «eso no implica una verdadera y propia condición hereditaria (*hereditarietá*)» (*op. cit.*, pág. 173). Podríamos glosar así las palabras del maestro italiano: el nuevo Rey es titular *iure proprio* de un órgano constitucional por darse el supuesto previsto para ello en la Constitución, y de este modo la sucesión no es más que el procedimiento constitucional-

mente previsto para determinar o identificar los sucesivos titulares del órgano llamado Corona, a veces mencionado también por el nombre de su titular abstracto, el Rey (cualquier Rey).

En suma, cuando la Constitución dice que la Corona de España es hereditaria, comete una cierta inexactitud jurídica en homenaje a una tradición muerta. Tenemos aquí un inmejorable ejemplo de superposición de tipos históricos de monarquía, el fenómeno que tan perspicazmente destacaba JELLINEK. El genuino carácter hereditario pudo existir cuando el *princeps* era *dominus* y se arrogaba el derecho a dividir su reino-patrimonio por testamento, de lo que hay sobrados ejemplos en nuestra historia (sucesiones de Sancho III Garcés, llamado el mayor; de su hijo Fernando I Sánchez; de su tataranieta Alfonso VII Raimúndez, o de Jaime I). Nuestra actual Monarquía parlamentaria —también con palabras de JELLINEK— debe conceptuarse más bien como «República con jefe de Estado hereditario» (según JELLINEK, esa era la calificación correcta para la monarquía reconocida en la Constitución francesa de 1791), pues «doquiera que puede llevarse a cabo la modificación de la Constitución sin contar con la voluntad del jefe del Estado, o contra ella y cualquiera que sea el nombre que se dé a aquel, no puede llamarse monarquía» (*op. cit.*, pág. 518). También Raymond CARRÉ DE MALBERG (*Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1948, págs. 899, 900 y 908) escribe algo parecido: «No se crea que todo Estado en que reine un príncipe hereditario será, solo por esto, una verdadera monarquía», porque solo es genuinamente tal aquella en que el monarca «hace la Constitución, o, por lo menos, esta no puede ser revisada sin su consentimiento y su sanción»; pero, continúa el jurista estrasburgués, «desde el momento en que se admite que los gobernantes reciben su título por concesión nacional y constitucional», es decir, cuando el Rey es un «órgano nacional» y «constituido», el título de Rey «no puede ser objeto de una

apropiación irrevocable», sino que siempre «es susceptible de revocación por efecto de una nueva Constitución que venga a modificar la antigua».

El Consejo de Estado, en su excelente dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 3.1, págs. 30 y 31, aclara —de manera exacta, cabal y justa— el **significado del adjetivo hereditaria** con estas palabras: las reglas sucesorias del art. 57.1 CE son, «en su definición básica, normas singulares de Derecho constitucional positivo que regulan la sucesión temporal de los titulares de la jefatura monárquica del Estado, y ello con arreglo a determinados órdenes y preferencias que sirven para identificar en cada momento, y entre diversas personas, al heredero del trono». Para el Consejo de Estado como para los tres maestros invocados —el alemán, el italiano y el francés— el carácter hereditario de la Corona se resuelve simplemente en un conjunto de reglas constitucionales para identificar a su titular en situaciones *throno vacante*, es decir, para discernir el *officium regale* a quien, según esas reglas, ostente mejor derecho en ese preciso instante.

III. LOS SUCESORES DE S. M. DON JUAN CARLOS I DE BORBÓN

El art. 57.1 CE se refiere genéricamente a los «sucesores» de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, y no limita los llamamientos —contra lo que prudentemente hacían la mayor parte de nuestras Constituciones monárquicas del pasado— a los descendientes de un determinado Rey o Reina y a un conjunto bien delimitado de parientes de línea colateral o transversal. Así, por ejemplo, la Constitución de 1837 declaraba en su art. 50 a Isabel II de Borbón «Reina legítima de las Españas»; el art. 51 establecía las reglas constitucionales generales que gobernaban la sucesión, y el 52 fijaba el orden concreto de posibles sucesores de la Reina reinante: «Extinguidas todas las líneas de los descendientes legítimos de doña Isabel II de Bor-

bón, sucederán, por el orden que queda establecido (en el art. 51), su hermana y los tíos hermanos de su padre, así varones como hembras, y sus legítimos descendientes, si no estuviesen excluidos» (lo estaban el infante Don Carlos María Isidro, y «toda su línea», por Ley de 25 de octubre de 1834, que, además, les prohibía volver a «los dominios de España»). En parecido sentido pueden verse los arts. 49, 50 y 51 de la Constitución de 1845 y, en fin, los arts. 59 a 61 de la Constitución de 1876.

El empleo del concepto «sucesores» de D. Juan Carlos I podría **crear dificultades a la hora de decidir si procede aplicar o no el art. 57.3 CE**, según el cual, «extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho», las Cortes Generales (en sesión conjunta de las Cámaras: art. 74.1 CE) proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España. Como poco, parece sensato entender implícitamente establecido un límite a los llamamientos, extrayéndolo de la referencia a la «dinastía histórica» (art. 57.1 CE); los llamados deberían, necesariamente, pertenecer a ella, y de este modo, el artículo 57.3 CE habría de interpretarse reduciendo la función de las Cortes —si es que aceptan mantener el régimen monárquico de la jefatura del Estado— a la elección de nueva dinastía «en la forma que más convenga a los intereses de España», lo que tiene algún precedente en nuestro Derecho histórico (art. 78 de la Constitución de 1869). Pero también cabría ir más allá y defender que se extinguirían «todas las líneas llamadas en Derecho» si se agotaran todas las que descendían de Don Juan Carlos I, porque la CE especifica que se sucede por primogenitura y representación a partir de él. A la vista de todo ello, el concepto «sucesores» de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón aparece como *res dubia*, concepto impreciso y generador de dudas de derecho, que deben resolverse como se prevé en el ap. 5 de este artículo. De este modo, la previa eliminación de la duda por ley orgánica conforme al ap. 5 permitiría fijar el supuesto de aplicación del ap. 3.

IV. LEGÍTIMO HEREDERO DE LA DINASTÍA HISTÓRICA

La alusión dinástica contenida en el art. 57.1 tiene su **origen** en la tardía enmienda núm. 241, cuyo primer firmante fue el Senador Sr. Satrústegui Fernández. Su justificación descansaba en que la Constitución debía reflejar «lo que es de suma importancia en cualquier monarquía»: el hecho de que el Rey reinante ostenta «la jefatura de la dinastía histórica», aunque a renglón seguido sostenía que, al parecer, Don Juan Carlos no la ostentaba desde su proclamación en Cortes (22 de noviembre de 1975), sino «desde que su padre don Juan de Borbón [...] renunció patrióticamente a ella el 14 de mayo de 1977». En el debate sobre esta enmienda en Comisión (*DSS*, 31 de agosto de 1978, núm. 47, págs. 2145 y 2146), el Sr. Satrústegui Fernández aceptó que los argumentos justificadores de la enmienda «pueden no interesar [...] a muchos hombres que están aquí presentes, cuya mentalidad no es monárquica sino republicana», pero que la declaración legitimista «da brillo a la Corona» al afirmar «el hecho indiscutible de que el Rey es legítimo heredero de la dinastía histórica». La «enmienda Satrústegui» fue aprobada por dieciocho votos a favor y siete abstenciones (*DSS* cit., pág. 2150). Poco se saca de la justificación de la enmienda y menos del posterior debate, aunque no son pequeñas, desde el punto de vista político y constitucional, las implicaciones de la declaración constitucional de legitimidad dinástica.

En efecto, sin el añadido *legítimo heredero de la dinastía histórica*, el único sentido de la mención de Don Juan Carlos I en el precepto era que su investidura real y la de sus sucesores se basaban, en buenos términos de Derecho, sola y exclusivamente en la Constitución. La única legitimidad que el Rey reinante y sus sucesores podían invocar era la decisión del Constituyente; y este podía y debía haber dejado bien en claro su *per me reges regnant*. El añadido, se quiera o no, supone apelar a otra fuente de legitimidad, la dinástica, y esa voluntad es lo único que aparece cla-

ro en la confusa enmienda. Puede ser que dé «brillo a la Corona». Pero lo hace a costa de empañar la supremacía de la Constitución, que es tanto como decir la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE).

Ocurre además que, en el giro que analizamos, hay un voluntarismo legitimista dinástico que difícilmente cabe concordar con los hechos. En efecto, si Don Juan Carlos no era el jefe de la dinastía antes de la «patriótica renuncia» de su padre el 14 de mayo de 1977, según parecía entender el enmendante, ¿cómo es que en fecha anterior declaró a su hijo varón «heredero de la Corona» y dispuso que ostentara «el título y denominación de Príncipe de Asturias» y los «otros títulos y denominaciones» que corresponden al heredero de la Corona (Real Decreto 54/1977, de 21 de enero)? ¿Acaso desde el punto de vista dinástico fue D. Juan Carlos una suerte de *Rey de facto* hasta el 14 de mayo de 1977?

A la vista de todo ello, ¿cabe dar a la perturbadora declaración de legitimismo dinástico algún **sentido constitucional útil**? La propuesta del comentarista es la siguiente: *legítimo heredero de la dinastía histórica* significa, en primer lugar, que la Constitución toma la dinástica como única fuente de legitimación preexistente a ella misma, aun con los defectos y máculas que hemos recordado muy por encima. *A contrario*, queda constitucionalmente cancelada y sin valor la *Monarquía del 18 de julio*, la designación a título de Rey hecha por el General Franco y aclamada en las Cortes de la dictadura (Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado). El enlace con el pasado monárquico —mejor dicho: el *único* enlace *constitucionalmente relevante* con el pasado monárquico— queda basado de modo exclusivo en la legitimidad dinástica. O, dicho de otro modo: el reconocimiento constitucional se efectúa a favor de la persona que el 27 de diciembre de 1978 ostentaba el mejor derecho dinástico para ser Rey de España. Así entendida, la referencia a la legitimidad dinástica envuelve

un tácito rechazo o, por lo menos, una minusvaloración de la legitimidad basada en las leyes fundamentales franquistas, lo que equivale a decir: en la elección por el Caudillo y en la aclamación por las Cortes de su Régimen. Además, y secundariamente, la referencia a la *dinastía histórica*, de la que se proclama a D. Juan Carlos legítimo heredero, supone también el fin de las pretensiones contrapuestas al trono de España, incluidas las que arrancan de 1833. No hay más dinastía histórica que aquella cuyo último eslabón («heredero» legítimo) es Don Juan Carlos I de Borbón y Borbón.

V. EL ORDEN REGULAR

La concepción jurídica acerca de la sucesión en la Corona de Castilla que, explícita o implícitamente, ha prevalecido durante muchos siglos es la que expresa con estas palabras de nuestro más eximio mayorazguista, Luis DE MOLINA [MOLINA, L. DE, «*De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri IV*», 1, 3, 24, en CLAVERO, B., *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Siglo XXI de España, Madrid 1974, pág. 91]: **Regnum ipsum maioratatum est** (el Reino mismo es un mayorazgo). Todos los mayorazgos derivan del «primer mayorazgo» y su régimen se fija por semejanza con el de la Corona. «La cuestión no consiste, por tanto», escribe CLAVERO (*op. cit.*, pág. 91), «en que de la historia del reino pueda deducirse inmediatamente la historia del mayorazgo, sino que aquella es un caso particular de la historia general de la institución del mayorazgo [...]; el orden de sucesión del *señorío del reino* y la vinculación de su patrimonio se comprende en la historia de la primogenitura y la vinculación del mayorazgo». Mientras la sucesión estuvo regida por la Ley 2 de título XV de la Partida Segunda (es decir, hasta el auto acordado de 10 de mayo de 1713), la opinión común fue que la Corona de Castilla —primer mayorazgo o cabeza de todos los mayorazgos españoles («*Regnum Castellae est caput omnium hispanorum primogeniorum*», con frase de Luis

DE MOLINA, o.c., 1, 2, 16, en CLAVERO, B., *op. cit.*, pág. 91)— era un mayorazgo regular, el espejo de todos los mayorazgos regulares. La soldadura conceptual Corona-mayorazgo es de las históricamente más persistentes. Todavía hoy podemos leer que «el reino ha sido siempre considerado un mayorazgo sempiterno» y, por ello, «la legitimidad del Rey trae su origen, en todo caso, en su dinastía» (GARCÍA-MERCADAL y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Estudios de Derecho Dinástico. Los títulos y la heráldica de los Reyes de España*, Bosch, Barcelona 1995, pág. 399). Porque, en efecto, el modelo del mayorazgo aplicado a la Corona obligaría a concluir que la Constitución simplemente reconoce una legitimidad —la derivada del *status familiae* dinástico— preexistente y tal vez superior a ella. Enlazar con toda esta tradición jurídica es un no pequeño inconveniente de la referencia a la legitimidad dinástica que hemos analizado en el epígrafe anterior.

No puede ni debe sostenerse la tradicional concepción de la Corona como mayorazgo. Lo sugiere ya la **STC 126/1997 de 3 de julio, FJ 7. B**), cuando afirma que hubo una disociación entre sucesión en el trono y sucesión en los títulos nobiliarios (y en los mayorazgos) ya desde el Auto Acordado de 10 de mayo de 1713, aunque cualquier mayorazguista podría replicar que el nuevo régimen sucesorio instaurado por Felipe V convirtió el Reino en mayorazgo de agnación. Añade luego esta sentencia que «desde 1812 la Partida 2.15.2 deja de ser aplicable a la sucesión a la Corona al ser sustituida por los preceptos constitucionales, si bien continuará rigiendo la sucesión regular en los títulos nobiliarios».

También algunas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo desligan sucesión en la Corona y sucesión en las mercedes nobiliarias, sobre la base de que aquella es una «sucesión de Derecho público constitucional», y esta, como la de los mayorazgos, «materia de derecho privado» (SSTS 1.^a de 27 de julio de 1987, 28 de abril de 1989, 21 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1995). Pero estas SSTS no

desenvuelven debidamente esta exacta afirmación. De nuevo es el **dictamen del Consejo de Estado E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 3.1, págs. 30 y 31**, el que en pocas líneas dice más, y de manera más clara, sobre el orden de suceder en la Corona de España: «Las reglas que establece el art. 57.1 de la Constitución para regular la sucesión en la Corona no son una simple trasposición de normas de carácter histórico o dinástico de aplicación intemporal, sino que han sido incorporadas a la Constitución por decisión del constituyente, cualquiera que haya sido su origen o su vigencia anterior. Dichas reglas no tienen más valor jurídico que el que les presta la Constitución, y su mayor o menor presencia en nuestro Derecho histórico no altera su naturaleza de normas constitucionales positivas susceptibles de modificación. El poder de reforma constitucional es plenamente dueño de su contenido, sin constricciones externas de ningún tipo, y puede, por tanto, alterarlas libremente con arreglo a lo establecido en el Título X de la Constitución». Y añade el Consejo: «Que los mencionados órdenes y preferencias [para la sucesión en la Corona] se utilicen para otros fines en normas de carácter civil no les hace mudar, en cuanto hace a la sucesión a la Corona, su condición de normas singulares de Derecho público contenidas en la Constitución. Esta, que los ha incorporado a su texto, puede suprimirlos también cuando existan razones para hacerlo».

Pero, a pesar de esta incorporación constitucional de las reglas sucesorias a la Corona, parece imposible negar que la simple referencia al «orden regular de primogenitura y representación» y los criterios de preferencia sucesoria entrañan, se quiera o no, un impreciso reenvío al Derecho histórico, que ha suscitado a veces dudas de compatibilidad con otros preceptos y principios constitucionales.

Así, por ejemplo, la CE no impone expresamente, a diferencia de la mayor parte de nuestras pasadas Constituciones monárquicas (art. 2 de la Constitución de Bayona de 1808 o arts. 175 y 180 de la de 1812, *v. gr.*), el princi-

pio llamado de **limpieza genealógica**, en cuya virtud **solo los hijos legítimos habidos en constante y legítimo matrimonio** pueden suceder en la Corona; no obstante lo cual, la doctrina generalmente rechaza, con razón, que proceda entender aplicables a la sucesión en la Corona los arts. 14 y 39.2 CE. Es común señalar que la determinación de los sucesores en la jefatura monárquica del Estado no puede quedar al albur de una o varias investigaciones de paternidad, ni cabe que se modifique según que exista, o no exista, en el Rey o en su heredero voluntad de reconocer hijos extramatrimoniales. Y además se ha señalado acertadamente que aceptar «la concepción extramatrimonial del sucesor de la Corona» implicaría frustrar «la finalidad perseguida» por el ap. 4 del art. 57, puesto que «priva al Rey y a las Cortes Generales del ejercicio de la prerrogativa que en este precepto se les atribuye» (TORRES DE SILVA, J., «Comentario sobre la sucesión en la Corona y su repercusión en la sucesión en los títulos nobiliarios», en Dirección del Servicio Jurídico del Estado, XXVI Jornadas de Estudio, *La Reforma Constitucional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, pág. 477).

En relación con la aún vigente **preferencia sucesoria de los varones**, se ha llegado a sostener que el art. 57.1 CE era un «precepto constitucional inconstitucional» por vulnerar el art. 14 CE, tesis difícilmente aceptable sin lesionar la unidad de la Constitución. Efectivamente, según la STC 126/1997, FJ 7. B), «la conformidad con la Constitución del orden regular de sucesión en la Corona (art. 57.1 CE) no puede suscitar duda alguna, por haberlo establecido así el constituyente» (ver en idéntico sentido el voto particular de los Magistrados Excmos. Sres. Viver Pi-Sunyer y Vives Antón). El Consejo de Estado (dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 3.1, págs. 31 y 32), parafrasea espléndidamente la afirmación del TC: «[L]a conveniencia de eliminar la preferencia del varón que establece el art. 57.1 no nace de ninguna clase de contradicción jurídica que sea preciso salvar entre ella y la regla de no discriminación por razón

de sexo que enuncia el art. 14, ya que ambas reglas han sido establecidas por el mismo poder constituyente, una con carácter general y otra con carácter singular, limitada esta a un único objetivo: acomodar la sucesión en el trono al orden histórico [...] Los dos preceptos, el art. 14 y el art. 57.1, tienen ámbitos de aplicación distintos en el texto constitucional y no se interfieren mutuamente. La conveniencia de reformar el segundo no se deriva, en suma, de ninguna contradicción jurídica con el primero, sino del progresivo deterioro que ha sufrido en la conciencia social todo tipo de postergación femenina». Quizá no sea inoportuno recordar que, en el debate parlamentario de la Constitución, hubo ya muy destacadas voces que pidieron la supresión de la preferencia del varón. En el debate de Pleno del Congreso, el Sr. Múgica Herzog manifestó que el Grupo Socialista se abstenía en la votación del entonces art. 52.1 del proyecto «porque este párrafo manifiesta preferencia, en el mismo grado, del varón a la hembra» y «nosotros consideramos que esto es una discriminación entre ambos sexos»; posición parecida sostuvo la Sra. Calvet Puig en nombre del Grupo Comunista (*DSCD*, 1978, núm. 108, sesión del 12 de julio de 1978, pág. 4171). En el Senado, Comisión de Constitución, D. Manuel Villar Arregui, en una excelente intervención, rompió de nuevo una lanza contra la preferencia del varón, exponiendo argumentos difícilmente objetables (*DSS*, 1978, núm. 47, sesión del 31 de agosto de 1978, págs. 2144 a 2149).

Para elucidar los **conceptos tradicionales relativos al orden de suceder** que leemos en la sintética formulación de la segunda parte del art. 57.1 CE (inspirada en la tradición constitucional que arranca del art. 51 de la Constitución de 1837 y reproducción casi a la letra del art. 61 de la de 1876, sin más cambio que el de «hembra» por «mujer») podemos acudir a otro texto constitucional, a saber, el de 1812. Así el art. 177 de la Constitución gaditana aclara perfectamente cómo debe entenderse la representación: «El hijo o hija del primogénito del Rey, en el caso de morir su

padre sin haber entrado en la sucesión del reino, prefiere [hoy diríamos en pasiva: «es preferido»] a los tíos y sucede inmediatamente al abuelo por derecho de representación». El art. 176 aclara cómo deben entenderse las sucesivas preferencias escalonadas: «En el mismo grado y línea, los varones prefieren a las hembras y siempre el mayor al menor; pero las hembras de mejor línea y grado prefieren a los varones de línea o grado posterior». Y, en fin, el art. 178 acoge la importante regla del agotamiento o extinción de línea: «Mientras no se extingue la línea en que esté radicada la sucesión, no entra la inmediata».

Para dar una breve idea de **cómo operan las reglas sucesorias contenidas en el art. 57.1 CE**, bastará con señalar lo siguiente: 1.º Don Juan Carlos I de Borbón quedó determinado, por decisión de la norma suprema, como punto central de referencia para toda aplicación del régimen sucesorio constitucional, con lo que se zanja cualquier pretensión sobre mejor derecho *histórico* a la Corona, pues los llamamientos *ex Constitutione* han de hacerse —y ceñirse— a sus «sucesores». Estos sucesores parecen ser solo los consanguíneos según opinión común basada en nuestra tradición; no es evidente, sin embargo, que la dicción de la CE excluya de raíz la adopción como modo de otorgar el derecho a suceder en la Corona, pero solo si las Cortes lo aprobaran mediante ley orgánica al amparo del art. 57.5 CE, pues no puede aceptarse que la sola voluntad del titular de la Corona altere la secuencia de sucesores. 2.º Las líneas se forman a partir de Don Juan Carlos I, cada una encabezada por un hijo o hija suyos. Para fijar la preferencia de líneas (líneas «anteriores» y «posteriores»), se emplean criterios de sexo («varonía» o masculinidad) y edad («primogenitura»). Las líneas encabezadas por el varón y actual Rey reinante (Don Felipe VI de Borbón y Grecia) se anteponen a las encabezadas por mujeres (las infantas D.^a Elena y D.^a Cristina de Borbón y Grecia), y dentro del segundo grupo (líneas femeninas) la línea de la infanta mayor (D.^a Elena) es preferida a la menor (D.^a Cristina). Prevalece,

pues, la línea del varón primogénito (en realidad, varón único o unigénito en nuestro caso); el principio de primogenitura tiene su base histórica en la indivisibilidad del reino [cfr. STC 126/1997, FJ 13. A)]. Mientras no se agote o extinga la línea del Rey reinante Don Felipe VI, no se pasa a la línea de D.^a Elena; y mientras no se agote o se extinga la línea de D.^a Elena, no se pasa a la de D.^a Cristina. 3.º Dentro de cada línea, el grado más próximo excluye el más remoto, pero teniendo en cuenta el principio de representación, con arreglo al cual el primogénito del primogénito premuerto del Rey reinante es preferido a los otros hijos del Rey, sus tíos. 4.º A igualdad de línea y grado, se prefiere el varón a la hembra y, a igualdad de sexo, quien tenga mayor edad se antepone a quien tenga menos (primogenitura: D.^a Leonor de Borbón y Ortiz goza de preferencia sobre su hermana D.^a Sofía de Borbón y Ortiz). 5.º Recuérdesse que los descendientes de un Rey se transforman en colaterales del siguiente en el caso más normal de que el Rey posterior sea hijo o descendiente del Rey anterior.

Como es obvio, si algún día se suprimiera por fin la preferencia masculina, la anteposición de líneas tendrá lugar exclusivamente por razón de edad (primogenitura con abstracción del sexo), y, dentro de la línea preferente y a igualdad de grado, será preferido el varón o la mujer de más edad.

¿Cuál es el **momento temporal relevante para la determinación definitiva de la qualitas de sucesor del Rey reinante?** El orden constitucional de suceder cronológicamente determinante es el que rija en el momento de vacar la dignidad (*Corona vacante*). Hasta entonces no hay más que una expectativa, que un cambio constitucional en el orden abstracto de suceder puede conservar, alterar o hacer perder. En palabras de Fernando REY MARTÍNEZ: «[E]l Príncipe heredero no tiene, en sentido estricto, [...] un derecho a heredar la Corona. No estamos en presencia de un derecho subjetivo y menos de un derecho fundamental [...] El Príncipe

heredero tiene el derecho a ser llamado a la sucesión de la Corona una vez que se desencadene el hecho sucesorio y solo en ese momento» (REY MARTÍNEZ, F., «Derecho de sucesión en la Corona y discriminación por razón de sexo: Análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones», *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pág. 428). No se ganan, pues, derechos perfectos al trono por el nacimiento: el puesto o preferencia en el orden sucesorio constitucional no queda «congelado» con este hecho biológico, operando como una especie de límite al poder de reforma constitucional en relación con el régimen sucesorio y la secuencia de sucesores. No hay derechos adquiridos sucesorios frente al poder de reforma constitucional. En palabras del Consejo de Estado, dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 3.2, págs. 32 y 33: «El «derecho a la sucesión al trono» está, en efecto, mencionado en el art. 57.4 de la Constitución, referido a la pluralidad de personas que en cada ocasión pueden ser identificadas como posibles herederos merced al juego de los criterios establecidos en el art. 57.1. Mas ese derecho no ha de ser entendido como un derecho absoluto frente a una eventual reforma constitucional, ya que corresponde a una situación jurídica relativa y expectante, derivada del orden de aplicación de aquellos criterios».

El supuesto jurídicamente normal de sucesión es el fallecimiento, y el anormal la abdicación. En los casos de **fallecimiento** la sucesión se produce automáticamente y con perfecta continuidad (*le mort saisit le vif*) y la Constitución parece así presuponerlo de conformidad con nuestro Derecho histórico. La continuidad entre rey muerto y rey puesto como titulares de la misma, incambiada e intacta Corona se expresa en los célebres aforismos *The King never dies*, *Le roi ne meurt jamais* o *El rey ha muerto, viva el rey*. De nuevo estamos

ante una supervivencia medieval. El apotegma *Rex nunquam moritur* —nos dice Ernst H. KANTOROWICZ— se explica por «la interacción de tres factores: la perpetuidad de la dinastía, el carácter corporativo de la Corona y la inmortalidad de la dignidad real» (*Los dos cuerpos*, cit., pág. 299). Y comprobamos una vez más la justeza del dicho de JELLINEK: la Corona hereda al rey, no el rey la Corona.

El artículo 57.4 CE prevé una sola causa de **exclusión sucesoria** (contraer matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales), que se examina después. No contiene, pues, la CE la usual regla de nuestras Constituciones monárquicas del pasado que obligaba a las Cortes a excluir, por ley, de la sucesión a quienes «sean incapaces para gobernar o hayan hecho cosa por que merezcan perder la Corona» (así, art. 181 de la Constitución de 1812, art. 54 de las Constituciones de 1837 y 1845, art. 80 de la de 1869 y art. 64 de la de 1876). Parece razonable entender, a la luz de nuestra propia tradición constitucional monárquica, que la del art. 57.4 CE no puede ser la única causa constitucionalmente posible de exclusión, sino que las Cortes podrán establecer otras al amparo del artículo 57.5 CE, con motivación especialmente reforzada si se tratara de una ley de caso único como fue la célebre de Ley de 27 de octubre de 1834, cuyo art. 1 excluyó «al Infante D. Carlos María Isidro de Borbón y toda su línea del derecho a suceder en la Corona de España». La comisión de delitos dolosos debería ser conceptuada causa suficiente de exclusión sucesoria, por indignidad, respecto al príncipe heredero y a cualesquiera otras personas con eventuales derechos sucesorios al trono: si alguna función socialmente relevante queda hoy a las personas de la Familia Real es la de dar ejemplo. Y la inidoneidad evidente (y reconocida por las Cortes por la vía del art. 57.5 CE) para desempeñar sus funciones constitucionales del titular de los eventuales derechos podría ser otra causa bastante de exclusión, aunque es punto debatible.

VI. EL PRÍNCIPE HEREDERO

Como muy bien ha subrayado el Consejo de Estado (dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 3.3, pág. 35), el tenor del art. 57.2 no deja lugar a dudas acerca de que la *qualitas* constitucional decisiva es la de «**príncipe heredero**» o «sucesor de la Corona de España», esto es, la de inmediato sucesor o sucesor de mejor derecho con arreglo a las reglas constitucionales sucesorias operantes en cada momento. La condición de Príncipe de Asturias «y los demás títulos vinculados tradicionalmente» al príncipe heredero o inmediato sucesor en la Corona son solo *dignitates* o titulaciones tradicionales o históricas añadidas a la cualidad fundamental de príncipe heredero o sucesor inmediato, cualidad que es el *principale* constitucional del que aquellas son *accessorias*.

La dignidad de **Príncipe de Asturias** —a imitación del Principado de Gales y del Delfinado— fue creada por Juan I de Castilla en 1388, aunque algún autor retrocede hasta 1387. El primer Príncipe de Asturias fue el infante Enrique (luego Enrique III Trastámara, el Doliente). El título principesco aparece mencionado en el llamado tratado de Bayona de ese año 1388. «No se conserva, por pérdida o desaparición, o por inexistencia, la cédula regia de creación del Principado de Asturias», que no fue formalizado documentalmente hasta «un tardío albalá de Juan II, datado en Tordesillas, el 3 de marzo de 1444» [VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., «El Principado de Asturias», en ESCUDERO, J. A. (Ed.), *El Rey. Historia de la Monarquía*, Volumen I, Planeta, Barcelona, 2008, págs. 116 y 117].

Entre «los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España» destacan los de **Príncipe de Gerona** (antigua Corona de Aragón, creado en 1414 y documentado en 1416) y **Príncipe de Viana** (antigua Corona de Navarra, instituido en 1423). La titulación originaria del heredero de la Corona de Aragón fue la de duque de Gerona (Cortes de Perpiñán, 1351), porque en este

Reino el *princeps* era el Rey-Conde. Pero en 1414, «por emulación, seguramente, del castellano Principado de Asturias» (VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., *op. cit.*, pág. 110), Fernando I Trastámara convirtió en Príncipe al Duque de Gerona, su primogénito Alfonso, luego Alfonso V Trastámara. El principado de Viana fue instituido por Carlos III Evreux para su nieto Carlos, el Príncipe de Viana por antonomasia.

El ap. 2 que comentamos comienza con las palabras «El Príncipe heredero». En pocos lugares hubiera estado más justificado escribir, por engorrosa que hiciera la redacción, «El Príncipe o Princesa». Parece, en efecto, que los redactores del precepto no fueron conscientes de una de las más célebres polémicas histórico-constitucionales del siglo XIX a costa de esta dignidad principesca. Por Real Decreto de 26 de mayo de 1850, *Gaceta* del 30, referendado por el Duque de Valencia (Narváez), se dispuso que «los sucesores inmediatos a la Corona según la Constitución de la Monarquía, sin distinción de varones o hembras, continuarán denominándose Príncipes de Asturias, con los honores y prerrogativas que son consiguientes a tan alta dignidad». Con este Real Decreto fue Princesa de Asturias a su nacimiento la infanta María Isabel Francisca de Asís (*la Chata*), que volvió a serlo por Real Orden de 24 de marzo de 1875 (*Gaceta* del 25), firmada por Cánovas, aunque esta disposición comenzaba con estas palabras: «Usando [el Rey su hermano Alfonso XII Borbón] de la prerrogativa de conceder distinciones y honores». Unos años después, agosto de 1880, un «fausto suceso» (el «alumbraimiento de mi muy cara y amada esposa», D.^a María Cristina de Austria) propició una áspera polémica histórico-constitucional. El 23 de agosto de 1880 apareció en la *Gaceta* un Real Decreto del 22, con extensa exposición de motivos y no pequeña parte dispositiva, todas debidas a la pluma de Cánovas del Castillo. La exposición comenzaba con estas contundentes palabras: «El derecho de sucesión a la Corona nunca ha estado forzosamente unido en España al título de Príncipe o Princesa», y concluía enfáticamente, tras brillantí-

simo recorrido histórico, con estas dos afirmaciones: «el título en virtud del cual se ha heredado siempre y se hereda hoy la Corona no es otro que el de inmediato sucesor» y «el título de Príncipe (de Asturias), propio de los hijos varones del Rey (más exactamente, del hijo varón primogénito), según reconoció la Constitución de 1812, lo han obtenido a falta de varones las hembras (inmediatas sucesoras a la Corona) cuando los Monarcas han tenido a bien concedérselo; mas no para darles derechos que ellas por las leyes tenían, sino para condecorar y realzar más todavía la autoridad de sus personas», además de que, como el título de Asturias corresponde «a la herencia de una gran parte, pero no de la totalidad de la Nación», no tiene por qué «aparecer como indisolublemente unido al de inmediato sucesor al Trono español». Así que, «para restablecer los seculares usos observados», se derogaba el Real Decreto de 26 de mayo de 1850 (art. 1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1880); se declaraba que solo el hijo varón inmediato sucesor del Rey reinante podría titularse Príncipe de Asturias desde que naciera (art. 2 del Real Decreto), mientras que las Infantas inmediatas sucesoras (aunque fueran hijas del reinante) y los Infantes inmediatos sucesores (que no fueran hijos del reinante) podrían decorarse con el título de Princesa o Príncipe de Asturias «solamente cuando dicha dignidad les sea otorgada por el Rey» (art. 3 del Real Decreto). Sustituido Cánovas por Sagasta, se dictó el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, *Gaceta* del 11, cuya breve exposición comenzaba manifestando que «el concepto histórico y jurídico que del Principado de Asturias tiene el Gobierno de V. M. (presidido por D. Práxedes) es distinto del que informó el Real Decreto de 22 de agosto de 1880», para comprometerse luego a presentar «un proyecto de ley que impida en lo futuro la incertidumbre y la duda respecto de los derechos, honores y prerrogativas del sucesor inmediato a la Corona» (nunca se aprobó esta ley).

Sirva este recordatorio histórico para corroborar cuán sensata es la **propuesta del Con-**

sejo de Estado (dictamen E 1/2005, de 16 de febrero de 2006, 4.3, pág. 39) de que se añada un ap. 6 a este art. 57, que diga así: «Las menciones que hace la Constitución al Rey y al Príncipe se entenderán referidas indistintamente al Rey o a la Reina y al Príncipe o a la Princesa, según sea el caso».

A la luz de los principios y valores constitucionales de igualdad y no discriminación (arts. 1.1 y 14 CE), por bien fundada que pudiera estar la argumentación histórica consignada en el exposición del Real Decreto de 22 de agosto de 1880, parece evidente que **la expresión «Príncipe heredero» del art. 57.2 debe interpretarse como masculino general**, es decir, como inclusivo de ambos géneros, masculino y femenino, y así se ha entendido, sin resquicio alguno para la duda, con la actual Princesa de Asturias (cfr. RD 978/2015, de 30 de octubre, por el que se concede el Collar de la Insigne Orden del Toisón de Oro a su Alteza Real doña Leonor de Borbón y Ortiz, Princesa de Asturias, y RD 979/2015, de 30 de octubre, por el que se crean el Guion y el Estandarte de Su Alteza Real la Princesa de Asturias). El art. 57.2 CE presupone que la condición o calidad de Príncipe o Princesa heredero —y, por tanto, la correlativa dignidad de Príncipe o Princesa de Asturias y los otros títulos— se adquiere o desde el nacimiento o «desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento» (como sucesor inmediato del Rey reinante, se entiende). De aquí cabe inferir la voluntad constitucional de que, en beneficio de la continuidad sucesoria, el Príncipe o Princesa heredero quede siempre perfectamente determinado. A quién corresponde en cada caso la calidad de Príncipe o Princesa heredero es cuestión que ha de resolverse de acuerdo con el art. 57.1 CE: lo será (y por tanto podrá usar las dignidades de Príncipe de Asturias, de Gerona y de Viana) aquel o aquella que, según esas reglas, aparezca con mejor derecho a suceder inmediatamente. La condición del Príncipe o Princesa heredero tiene carácter exclusivamente constitucional: es atribuida directamente por la Constitución, sin necesi-

dad de acto especial de investidura ni margen alguno para la voluntad del Rey o de otro órgano constitucional.

Con arreglo al art. 57.2 CE, recibirá la dignidad de Príncipe o Princesa de Asturias quien no sea hijo o hija del Rey con tal de que sea el heredero o heredera de la Corona; y la dignidad podrá cambiar automáticamente de titular viviendo el mismo Rey (*v. gr.*, por fallecimiento o renuncia del inmediato sucesor). Los Reales Decretos 2917/1981, de 17 de noviembre, y 1368/1987, de 6 de noviembre, parecen ser congruentes con este entendimiento del art. 57.2 CE.

La **renuncia** del Príncipe o Princesa heredero a su dignidad y derechos sucesorios debe sujetarse a lo dispuesto en el art. 57.5 CE. Su **inhabilitación** irreversible para suceder —física o psíquica— debe ser reconocida por las Cortes Generales en sesión conjunta, aplicando, por analogía, los arts. 59.2 y 74.1 CE. La analogía postulada se contrae, claro es, a la posibilidad de declarar la inhabilitación del heredero y al órgano competente para ello, no obviamente a la consecuencia jurídica prevista en el art. 59.2 CE para la inhabilitación del Rey, es decir, la Regencia. No está claro qué consecuencia jurídica ha de asignarse a la inhabilitación irreversible del Príncipe o Princesa. Cabría sostener que, una vez reconocida, decaería su derecho expectante a suceder; pero también es defendible, dada la laguna constitucional, que el Príncipe o Princesa pueda conservar sus derechos sucesorios y, en su momento, cuando deba suceder, se instaure la Regencia. Son notorios los inconvenientes prácticos de la segunda solución, que hacen preferible la primera. Por ello, acaso sea recomendable acoger la propuesta formulada por Fernando SANTAOLALLA (SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Cuestiones sobre la posición constitucional del Príncipe de Asturias: en torno a los arts. 57.2 y 59.2 de la Constitución», en AA. VV., *La Monarquía parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, págs. 112 y 113), de que la inhabili-

tación del heredero se declare por una ley orgánica de las previstas en el art. 57.5 CE, que además determinaría si pierde o conserva sus derechos sucesorios.

Fuera de este art. 57.2 que comentamos y de la regla sobre el juramento contenida en el art. 61.2, la única referencia constitucional al heredero es el llamamiento a la Regencia en el caso de inhabilitarse el Rey para ejercer su autoridad si el Príncipe o Princesa fuera mayor de edad (art. 59.2 CE). Así pues, nuestra Constitución **no prevé, salvo la excepción ya dicha del art. 59.2, el ejercicio de ninguna función constitucional por parte del Príncipe o Princesa heredero**, que no es un órgano del Estado sino solo el «titular de una situación constitucional» por causa de su posición sucesoria (así, SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *op. cit.*, pág. 101). La práctica viene siendo que el Príncipe o Princesa heredero ejerza ciertas funciones representativas y ceremoniales sin ninguna trascendencia jurídico-constitucional (así ocurrió con Don Felipe VI mientras fue Príncipe de Asturias). Obviamente, no hay obstáculo constitucional para que el Príncipe o Princesa heredero pueda ejercer funciones públicas como podrían hacerlo otras personas sin derechos sucesorios al Trono, si le fueran válidamente conferidas (por ejemplo, embajadas extraordinarias, desempeño de destinos militares en consonancia con su empleo, etc.). Con base en la DA 1.^a de la Ley 17/1999 de 18 de mayo, el Real Decreto 1461/1999, de 17 de septiembre, reguló la carrera militar del entonces Príncipe heredero D. Felipe de Borbón y Grecia. Posteriormente, el art. 2.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, estableció que «[e]l Príncipe de Asturias podrá desarrollar la carrera militar y tener los empleos militares que, mediante real decreto, determine el Gobierno, que queda facultado para establecer un régimen propio y diferenciado teniendo en cuenta las exigencias de su alta representación y su condición de heredero de la Corona de España» (la DA 1.^a de esta misma Ley se refiere singularmente a la carrera militar del entonces Príncipe de Asturias y hoy Rey reinante).

VII. LAS CORTES GENERALES PROVEERÁN A LA SUCESIÓN EN LA CORONA

El punto capital que plantea el ap. 3 del artículo que comentamos es la fijación del supuesto de hecho: «Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho». La extinción de todas las líneas equivale a «la imposible identificación del sucesor» (SAIZ ARNAIZ, A., «La sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia», en AA. VV., *La Monarquía parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, pág. 422). Como antes veíamos, constatar esta extinción de líneas o imposible identificación del sucesor está en función de la extensión y alcance que se dé al concepto «sucesores de Don Juan Carlos I de Borbón», expresión imprecisa y generadora de dudas que debe dar lugar a su aclaración por ley orgánica con arreglo a lo dispuesto en el ap. 5. De este modo, como noción tributaria o dependiente de un concepto dudoso («sucesores de Don Juan Carlos I de Borbón»), la extinción de todas las líneas sucesorias resulta también un concepto controvertible, que incluso cabría concebir como la máxima duda sucesoria a resolver con arreglo al art. 57.5 CE (contra, SAIZ ARNAIZ, A., o. c., pág. 426). En el lapso temporal que medie desde el momento en que se constate la extinción de todas las líneas hasta que se provea efectivamente la Corona vacante, la jefatura provisional del Estado debería discernirse acudiendo a la figura de la Regencia nombrada por las Cortes Generales (art. 59.3 CE) y ejercida por mandato constitucional, pero acaso en nombre de un indeterminado Rey mientras las Cortes no proveyeran y el seleccionado aceptara (art. 59.5 CE).

El apartado que comentamos solo permite proveer a «la sucesión en la Corona» en la forma que libremente decida la representación nacional (el significado pragmático del giro «la forma que más convenga a los intereses de España» equivale a la libre decisión). Pero el art. 57.3 CE, aunque disposición cons-

titucional relativa a la Corona, no lleva implícita una suerte de vinculación de las Cortes Generales al mantenimiento de la Monarquía. En el supuesto de que se extingan todas las líneas llamadas en Derecho, tanto el Congreso como el Senado, titulares de la iniciativa de reforma constitucional (arts. 87.1 y 166 CE), podrían entender perfectamente que conviene más a los «intereses de España» no proveer a la «sucesión en la Corona» con arreglo al art. 57.3 CE, sino cambiar la forma de Estado, de monárquica a republicana, por la vía del art. 168 CE, probablemente con una Regencia en nombre de Rey indeterminado y nombrada por las Cortes Generales (art. 59.3 CE), como jefatura provisional del Estado, mientras culmina, o fracasa, la reforma constitucional.

VIII. MATRIMONIO CONTRA LA EXPRESA PROHIBICIÓN DEL REY Y DE LAS CORTES GENERALES

Algunas de nuestras Constituciones monárquicas sujetaban a autorización o consentimiento de las Cortes el matrimonio del Rey o Reina (así, arts. 172.12.ª de la Constitución de Cádiz para el Rey y 183 para la Reina propietaria, art. 48.5.º de la Constitución de 1837, art. 74.6.º de la Constitución de 1869) o al menos le obligaban a comunicarlo y a someter a su aprobación «los contratos y estipulaciones matrimoniales» (art. 47 de la Constitución de 1845, art. 56 de la Constitución de 1876). No lo hace así la CE, que guarda silencio sobre el particular y, por tanto, no limita expresamente la libertad del titular de la Corona en el ejercicio de su *ius connubii* (art. 32.1 CE). En cambio, el art. 57.4 CE dispone que aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión de la Corona por sí y sus descendientes, lo que determina su salida de la Familia Real. Se aparta esta regla de nuestra tradición constitucional monárquica, en la que se encuentran ejemplos de sometimiento a pre-

via autorización de las Cortes o del Rey y las Cortes (art. 208 de la Constitución gaditana, art. 48.5.º de la Constitución de 1837, art. 74.6.º de la Constitución de 1869).

Es dudoso **cuáles son las personas a las que se puede excluir** de la sucesión por casarse contra la doble prohibición del Rey y de las Cortes. Desde luego, el art. 57.4 CE se aplica sin duda al sucesor inmediato, es decir, al Príncipe heredero; pero es imposible determinar exactamente los demás parientes del Rey para los que rige. En consecuencia, hay que entender que el art. 57.4 faculta al Rey y a las Cortes para prohibir el matrimonio de cualquier persona cuyos derechos sucesorios eventuales estén claramente establecidos por su próximo parentesco con el Rey (*v. gr.*, y sin duda alguna, todos los hijos e hijas del Rey reinante y los hijos e hijas del Príncipe o Princesa de Asturias).

La prohibición del art. 57.4 CE ha de provenir **conjuntamente** de los dos órganos constitucionales: «del Rey y de las Cortes Generales». El acto prohibitivo del Rey no es simple decisión en un asunto de familia o dinástico, sino que alcanza evidente trascendencia constitucional en cuanto contribuye a delimitar por exclusión los posibles llamados a ser titulares de la Jefatura del Estado, por lo cual debe estar sujeto a refrendo (art. 64 CE). Si uno de los órganos constitucionales prohíbe y el otro no, la exclusión sucesoria no se produce; la doble decisión exigida por el art. 57.4 CE limita, por un lado, la prerrogativa del Rey, y por otro obliga a las Cortes a proceder de consuno con el Rey a la hora de excluir de la sucesión a toda una línea («para sí y sus descendientes»). Al tratar de la sucesión en la Corona hemos defendido que las Cortes puedan excluir de la sucesión a determinadas personas por inidoneidad o indignidad; la causa de exclusión regulada en el art. 57.4 CE aparece así como una exclusión de régimen excepcional, tanto por exigir la voluntad concorde del Rey y de las Cortes, como por afectar no solo a quien no respeta la prohibición sino también a sus descendientes.

No parece compatible con el art. 14 CE e, incluso, con el principio de dignidad personal del art. 10.1 CE, que los llamados matrimonios morgánicos o desiguales sean considerados causa automática de exclusión sucesoria en los términos establecidos por la **pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776** (Ley 9.^a, Título II, libro X de la Novísima Recopilación), según la cual no es solo que los infantes que se casaran sin Real permiso y sus descendientes quedaban inhábiles para gozar de «los títulos, honores y bienes dimanados de la Corona», sino que la misma inhabilidad pesaba sobre los descendientes de un matrimonio desigual contraído por un Infante con autorización del Rey, amén de quedar privado «de los títulos, honores y prerrogativas que le conceden las leyes de estos Reynos» el cónyuge que ocasionara la desigualdad. Mas aunque la regla de exclusión sucesoria de la descendencia de un matrimonio desigual contraído por un Infante con autorización regia deba entenderse derogada por la CE, hubiera sido tal vez aconsejable que, en caso de matrimonio desigual del príncipe heredero y demás personas con derechos sucesorios eventuales a la Corona (o, al menos, cuando estos matrimonios tuvieran descendencia), se diera aplicación al art. 57.5 CE, a fin de disipar preventivamente toda duda de derecho. Como es evidente, no ha sido esta la práctica seguida.

IX. ABDICACIONES, RENUNCIAS Y DUDAS SOBRE EL ORDEN DE SUCESIÓN A LA CORONA

El ap. 5 del artículo que comentamos dispone que las abdicaciones y renunciaciones y **cualquier duda de hecho o de derecho** que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por ley orgánica. Se sustraen así determinadas cuestiones a la jurisdicción de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial y simultáneamente se prohíbe, aunque de forma implícita, que el propio Rey reinante resuelva, a modo de supremo Juez dinástico, dudas y problemas que afecten a la sucesión.

Por ello cabría decir que el art. 57.5 CE hace de la representación popular (el «Reino») el único Juez competente para decidir, por ley orgánica, sobre los actos dispositivos (abdicaciones o renunciaciones) que pueden influir sobre la titularidad de la Corona y sobre la ordenación de los sucesores, así como para aclarar toda *res dubia*, fáctica o jurídica, que se produzca en el orden sucesorio, sin perjuicio del control del Tribunal Constitucional sobre la ley orgánica. Así pues, la ley orgánica prevista por el art. 57.5 CE parece ante todo enderezada a decidir casos particulares de abdicación del rey reinante o de renunciaciones de derechos sucesorios expectantes o eventuales, así como a aclarar una concreta duda de hecho o de derecho realmente planteada. Pero, además, el amplio tenor del art. 57.5 CE permite que las Cortes puedan resolver *a priori*, con carácter general y abstracto, las dudas que plantee el orden de suceder en la Corona (SAIZ ARNAIZ, A., *op. cit.*, págs. 430 y 431, cree que este tipo de ley general y abstracta para la resolución de dudas es la más «adecuada», ya que no la única «correcta» constitucionalmente). De este modo, la «cláusula de las dudas» contenida en el art. 57.5 CE podría servir para que, por vía de ley general, se perfeccionara e integrara la imperfecta y lagunosa regulación constitucional, incluso mediante una completa ley orgánica de sucesión en la Corona.

La **abdicación** en sentido propio, cese voluntario del rey reinante en la titularidad de la Corona, ha de ser pura y simple; deben tenerse por no puestas condiciones, plazos y modos. No puede hacerse a favor de persona determinada: quién deba suceder viene exclusivamente determinado por la Constitución. La abdicación deviene irrevocable una vez aprobada la ley orgánica prevista en el art. 57.5 CE. Parecidos criterios valen para las **renunciaciones** de derechos expectantes o eventuales a la sucesión, sean los del sucesor inmediato (Príncipe heredero) o los de un sucesor ulterior. La renuncia altera —claro es— no el orden general y abstracto de suceder, sino la concreta ordenación de los potenciales su-

cesores y su efecto debe, en principio, ceñirse exclusivamente al propio renunciante. En cualquier caso, sería muy conveniente que la ley orgánica aclarara expresamente, después de cada renuncia, cómo queda la secuencia de titulares de derechos eventuales sucesorios a la Corona.

El art. 57.5 CE dice literalmente que «las abdicaciones y renunciaciones [...] se **resolverán** por ley orgánica», de modo que la abdicación o renuncia no alcanzarán su efecto jurídico propio (dejar vacante la Corona o alterar la ordenación de los eventuales sucesores) mientras las Cortes Generales no resuelvan sobre ello, es decir, mientras la representación nacional no dé su conformidad a una u otra, precisamente mediante ley orgánica. A diferencia de lo que ocurría en el absolutismo monárquico, la voluntad abdicativa regia es, en nuestra Constitución, condición necesaria, pero no suficiente, para crear una situación de *Corona vacante*; y esto mismo vale para alterar, por renuncia, la secuencia de titulares de derechos sucesorios eventuales. Sin la voluntad conforme de la representación nacional ni queda vacante la Corona, ni alterado el orden de los sucesores. La CE sigue en este punto nuestra tradición constitucional (cfr. arts. 172.3.^a de la Constitución de 1812; 48.6.^a de la de 1837; 46.4.^o de la de 1845; 74.7.^o de la de 1869 y 55.5.^o de la de 1876). Los citados preceptos de las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876 exigían que la autorización de las Cortes para abdicar se otorgara en «ley especial».

El art. 57.5 CE ha recibido aplicación por vez primera con la LO 3/2014, de 18 de junio, «por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón», precedente constitucional de gran importancia para el futuro.

En su Preámbulo, esta LO reproduce literalmente el escrito con el que Don Juan Carlos I comunicó al Presidente del Gobierno su «decisión de abdicar la Corona de España» el 2 de junio de 2014 («el escrito que leo, firmo y entrego al señor Presidente del Gobierno en

este acto»). La «decisión de abdicar» es la regia declaración de voluntad que obliga al Gobierno a presentar un proyecto de ley orgánica para dar cumplimiento al art. 57.5 CE («... guiado por el convencimiento de prestar el mejor servicio a los españoles y una vez recuperado tanto físicamente como en mi actividad institucional, he decidido poner fin a mi reinado y abdicar la Corona de España, deponiendo en manos del Gobierno y de las Cortes Generales mi magistratura y autoridad para que provean a la efectividad de la sucesión en la Corona conforme a las previsiones constitucionales»). Aparte del deseo de «prestar el mejor servicio a los españoles», las causas alegadas para la abdicación son la edad y la voluntad de servir a la estabilidad política («Cuando el pasado enero cumplí setenta y seis años consideré llegado el momento de preparar en unos meses el relevo para dejar paso a quien se encuentra en inmejorables condiciones de asegurar esa estabilidad»).

Presentado el proyecto de LO por el Gobierno, la Mesa del Congreso acordó el 4 de junio de 2014 tramitarlo por el procedimiento de urgencia, con la importante advertencia de que, por «la especial naturaleza» del proyecto de LO, «integrativa de la eficacia del acto de abdicación de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón, todas las enmiendas que se presenten se tramitarán como enmiendas a la totalidad de devolución» (*BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 98-1, de 4 de junio de 2014*). La Mesa propuso al Pleno la tramitación directa en lectura única, lo que este último acordó el 11 de junio de 2014, pasando seguidamente en la misma sesión a rechazar todas las enmiendas y a aprobar el proyecto por 299 votos a favor, 19 en contra y 23 abstenciones (*DSCD 2014, núm. 204, pág. 39*). El 17 de junio de 2014 el Senado, igualmente en trámite de urgencia y lectura única, rechazó las propuestas de veto y aprobó el proyecto por 233 votos a favor, 5 en contra y 20 abstenciones (*DSS 2014, núm. 116, pág. 10950*). Entre las intervenciones que tuvieron lugar en ambas Cámaras, las más relevantes en perspectiva constitucional —a cri-

terio del comentarista— fueron la del Presidente del Gobierno y la del Sr. Pérez Rubalcaba en el Congreso (*DSCD* cit., págs. 6-8 y 9-11) y la del Sr. Iglesias Ricou en el Senado (*DSS* cit., págs. 10944 a 10947). La Ley fue sancionada por el Rey abdicante y refrendada por el Presidente del Gobierno el 18 de junio de 2014 y se publicó al día siguiente.

La parte dispositiva de la LO 3/2014 consta de un único artículo con dos apartados («1. Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón abdica la Corona de España. 2. La abdicación será efectiva en el momento de entrada en vigor de la presente ley orgánica») y una disposición final que dispone la entrada en vigor el día de la publicación. El último párrafo del Preámbulo explica que «[l]a entrada en vigor de la presente ley orgánica determinará, en consecuencia, que la abdicación despliegue sus efectos y que se produzca la sucesión en la Corona de España de forma automática, siguiendo el orden previsto en la Constitución». Queda así confirmado que la abdicación solo es eficaz una vez que entra en vigor la ley orgánica que «resuelve» sobre ella, de manera que solo entonces se abre la sucesión en la Corona y, conforme al orden constitucional de suceder, tiene lugar la delación o llamamiento al sucesor. Mientras la ley orgánica no entra en vigor, el Rey que ha declarado su voluntad de abdicar ha de ejercer sus funciones constitucionales y cumplir los deberes inherentes a ella. Mediante el refrendo estampado en la ley orgánica que «resuelve» sobre la abdicación, el Presidente del Gobierno asegura y responde de la validez y plena eficacia de la abdicación y, por consiguiente, de la válida apertura de la sucesión (en contra, HERRERO DE MIÑÓN, M., «La abdicación constitucional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 47, octubre 2014, págs. 34 y 35, quien sostiene que, mediante el expediente de «forzar la literalidad» del art. 57.5 CE, se hubiera debido reservar la exigencia de LO para los casos excepcionales en que la abdicación presentara dudas de hecho o de derecho y parece negar la procedencia del re-

frendo de un «acto personalísimo» del Monarca cual la abdicación).

Para el caso de que el Rey se negara a cumplir la obligación de jurar que le impone el art. 61.1 CE, junto con J. L. REQUEJO he opinado en otro lugar [GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO, J. L., voz «Sucesión en la Corona», en ARAGÓN, M. (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 44] que convendría acudir a la figura de la llamada «**abdicación legal**», que puede ampararse en el venerable precedente de la Constitución francesa de 1791 (arts. 5, 6 y 7 de la Secc. 1.^a, Cap. II, título III) y encuentra cierto reflejo en nuestra Constitución de 1812 que en ella se inspiró (por ejemplo, restricciones a la autoridad del Rey segunda y duodécima de las establecidas por su art. 172 o lo dispuesto en el art. 183 respecto a la elección, no consentida por las Cortes, de marido de la Reina). Puesto que, en recta interpretación, la **inhabilitación** del Rey —que simplemente da lugar a la Regencia (art. 59.2 CE)— ha de quedar confinada a la incapacidad física o psíquica, esta figura de la abdicación por ministerio de la ley, que la Constitución de 1791 contraponía a la «expresa» o voluntaria, podría ser utilizada para casos especialmente graves de **indignidad** (*v. gr.*, hechos que revistan la apariencia de delitos dolosos cometidos por el Rey reinante o la violación voluntaria y grave de sus deberes constitucionales). La ley orgánica dictada al amparo del art. 57.5 CE debería fijar con precisión los hechos determinantes de la abdicación legal y declarar que la Corona se entiende vacante por abdicación, al ser incompatible la conducta apreciada con la dignidad real, a juicio de las Cortes Generales como representación del Reino. Como es obvio, *abdicación legal* es eufemismo por *destitución*; pero, a la luz de los precedentes constitucionales, es una manera de dar razonable salida a algunos problemas, más bien aparentes en muchos casos, que puede plantear la dicción del primer inciso del art. 56.3 CE (inviolabilidad e irresponsabilidad del Rey). Tal vez se nos objete que una «abdicación legal» por indignidad fundada exclusivamente en

una ley orgánica, que solo exige reunir mayoría absoluta del Congreso, no confiere al jefe monárquico del Estado garantías de forma y fondo equivalentes a las que el *impeachment*, o similar procedimiento de destitución, procura al jefe del Estado en una República. Pero a esta objeción tal vez podría contestarse que

las garantías de las que debe disfrutar el jefe del Estado en una república frente a su posible destitución deben ser superiores a las del jefe hereditario, tanto por la legitimación electiva de aquel, como porque la automatidad sucesoria de las monarquías hace más fácil proveer al trono vacante.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, edición a cargo de RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J., Consejo de Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. Este libro, en sus págs. 273 a 456 contiene interesantes trabajos de BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M.; FREIXES SANJUÁN, T.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.; REY MARTÍNEZ, F., y TORRES DEL MORAL, A. Merece destacarse especialmente la muy completa y razonada aportación de REY MARTÍNEZ, F., «Derecho de sucesión en la Corona y discriminación por razón de sexo: Análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones».

AA. VV., *La Monarquía parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001, especialmente SAIZ ARNAIZ, A., «La sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia»; SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., «Matrimonios regios: el art. 57.4 de la Constitución»; y SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Cuestiones sobre la posición constitucional del Príncipe de Asturias: en torno a los arts. 57.2 y 59.2 de la Constitución».

AA. VV., *La Reforma Constitucional*, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, XXVI Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, y en él conferencia de RUBIO LLORENTE, F., «La necesidad de la reforma constitucional»; conferencia de GARCÍA TORRES, J., «Consideraciones sobre la posible reforma del Derecho dinástico constitucional»; y diversas comunicaciones, en particular las de REQUEJO, J. L., «Límites constitucionales a la reforma de la Corona», y TORRES DE SILVA, J., «Comentario sobre la sucesión en la Corona y su repercusión en la sucesión en los títulos nobiliarios».

AA. VV., «El Rey ha abdicado, Viva el Rey», núm. 47 (octubre 2014) de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Es un número monográfico interdisciplinar. Vid. en él HERRERO DE MIÑÓN, M., «La abdicación constitucional», págs. 32 a 35.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

ESCUADERO, J. A. (Ed.), *El Rey. Historia de la Monarquía*, tres volúmenes, Planeta, Barcelona 2008; especialmente, en el vol. I, ALVARADO PLANAS, J., «De la monarquía electiva visigoda a la monarquía hereditaria», y VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., «El Principado de Asturias»; y en el vol. III, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La sucesión a la Corona: la sucesión de las mujeres y posible reforma de la Constitución de 1978».

FERNÁNDEZ-FONTECHA, M. y PÉREZ DE ARMIÑÁN, A., *La Monarquía y la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 173 y ss.

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., *Estudios de Derecho Dinástico. Los títulos y la heráldica de los Reyes de España*, Bosch, Barcelona, 1995.

- «El matrimonio de Infantes en la Casa Real española», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1442.

GARCÍA PELAYO, M., «La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968.

GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO, J. L., voces «Sucesión en la Corona», «Príncipe heredero» y «Familia Real» en ARAGÓN, M. (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Matrimonios regios y sucesión a la Corona en la Constitución Española de 1978», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Estudios sobre la monarquía*, UNED, Madrid 1995.

- «La sucesión a la Corona: la reforma del art. 57.1 de la Constitución Española», en AA. VV., *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid 2005. Véase también AA. VV., *El informe del Consejo de Estado*, y ESCUDERO, J. A. (Ed.), *El Rey*, citados.

GONZÁLEZ ALONSO, B., «La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, enero-febrero 1981.

GUTIÉRREZ NOGUEROLES, A., «Reflexiones en torno al régimen constitucional de sucesión a la Corona española», *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003.

JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978.

KANTOROWICZ, E. H., *Los dos cuerpos del rey*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

LÓPEZ VILAS, R., «La sucesión en la Corona (Comentarios al artículo 57 de la Constitución)», en *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978* (Comp. LUCAS VERDÚ, P.), Madrid, 1983.

ROMANO, S., *Corso di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova [Padua], 1933.

TOMÁS VILLARROYA, J. y PÉREZ DE ARMIÑÁN, A., «Comentarios al artículo 57 CE», en *Comentario a las leyes políticas*, ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Constitución Española de 1978*, t. V, Madrid, 1997 (muy especialmente, págs. 93-115, obra de PÉREZ DE ARMIÑÁN).

TORRES DEL MORAL, A., *El Príncipe de Asturias (Su estatuto jurídico)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

- «La sucesión en la Corona y en los títulos nobiliarios» y «Estatuto jurídico del Príncipe de Asturias», en AA. VV., *Monarquía y Constitución*, TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), Ed. Colex, Madrid, 2001.

Artículo 58

La Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia.

Sumario: I. La Corona. II. La prohibición de ejercicio de funciones constitucionales. La cuestión relacionada de las actividades incompatibles de los integrantes de la Familia Real.

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA CORONA

Las normas contenidas en el Título II, al que pertenece el artículo que se comenta, no se refieren a conceptos jurídicos aislados y abstractos. Los modelos constitucionales son formas históricas, y a su vez el producto de prácticas de gobierno que se van modificando en el tiempo. La distinción entre Corona y Rey, distinción que existe en la Constitución, no es caprichosa, como lo acreditan su reproducción en el Derecho comparado y una identidad de regulación. La figura del Rey y su original legitimación en la Monarquía, como expresión representativa situada junto a la de los estamentos, ha sido seguida de una adaptación en la Historia y en las prácticas de gobierno a los procesos de reforma y revolución que se inician ya en Inglaterra en el siglo xvii y es precisamente en el lugar donde se produjeron los principales acontecimientos, donde se diferencia en un momento determinado de esas prácticas entre *Crown* y *Sovereign*, como entidades diferentes.

A ese conjunto de normas de organización y competencia, reglas y prácticas —que constituyen en buena parte la densidad normativa del ejercicio del cargo— es a lo que el propio Título II llama Corona. La Corona no es, por tanto, una referencia reiterativa a la posición

de Rey y Jefe del Estado, a su vez distinguibles, sino una suma de disposiciones que contienen, en primer y destacado lugar, las reglas de definición de las relaciones del Rey con el sistema parlamentario y, además, las reglas de ordenación de la sucesión, las situaciones interinas de poder y la figura del Príncipe heredero, como figura a medio camino entre el cargo pleno y la prevalencia en el orden de sucesión. La Corona va más allá del titular del cargo, como reconoce implícitamente el art. 1.3 de la Constitución al señalar que la Monarquía Parlamentaria, de la que es parte esencial la Corona, es la forma política del Estado.

La referencia a la Corona no es, por tanto, ninguna referencia a algo externo a la figura del Rey, sino un modo preciso de remisión a un órgano-institución, del mismo modo que lo es el Parlamento, en su contenido más abstracto, diferente de la propia posición del Rey, titular del cargo por un tiempo limitado a su vida. Este común fundamento permite hablar de un hilo entre las citadas situaciones, siempre en la zona intermedia entre lo histórico y lo lógico-formal. La referencia a la Corona en el sistema constitucional español significaría a la vez una confirmación de la existencia de un órgano que asume funciones esenciales y una referencia a las abstractas articulaciones de la esfera de competencias

del mismo al insertarse en un régimen parlamentario. Por eso no sería un concepto sobranante o una referencia en el vacío, sino la constancia literal de la existencia de ese conjunto de situaciones y posiciones que se articulan sobre la figura del Rey.

La Monarquía Constitucional, figura de una importancia histórica nunca demasiado ponderada, al concebir un poder efectivo en manos del Rey, permitía atribuir al cargo unas competencias efectivas que no se distanciaban de la consideración del mismo como representante de la soberanía y la unidad del Estado. A través de ella, la figura del Rey se explica en el tiempo histórico, con un origen del cargo en la propia sociedad, origen que se confirma en circunstancias como que la Regencia pueda ser ejercida por cualquier ciudadano mayor de edad, elegido a tal fin por las Cortes y que las propias Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en el supuesto de extinción de líneas. La excepción a la legitimidad dinástica que se produce en el momento de designación de un Regente ciudadano para ejercer en nombre del Rey pero por mandato constitucional, y la capacidad de proveer a la sucesión en la Corona, tiene su origen en las relaciones entre las Cortes Medievales y los Monarcas, en el llamado régimen estamental, en las que la fundamental regla de la indivisibilidad y prohibición de enajenación del Reino se fue afirmando también, en otro proceso histórico muy largo, donde la votación de los recursos era otro elemento de la dualidad *Rex-Regnum*. Téngase en cuenta que el concepto de soberanía en sentido técnico no aparece hasta BODINO.

Las figuras intermedias de representación pública, como representación en el ejercicio de los cargos públicos y, por otro lado, de administración y representación y complemento de capacidad, correspondientes respectivamente a la Regencia y a la Tutela, son de naturaleza diferente. El cargo público contiene un elemento de inseparabilidad del nombramiento y del ejercicio o, si se prefiere, de prohibición de ejercicio por otro, como ocurre

en el art. 79.3 de la Constitución, que afirma sin ninguna duda que «El voto de senadores y diputados es personal e indelegable», afirmación que se eleva a principio esencial de la titularidad y ejercicio de las funciones públicas. Es cierto que en el caso de órganos administrativos existen elementos que excepcionan este principio, como la delegación, la encomienda, la sustitución o la suplencia, pero nunca se pueden extender a las competencias superiores. Derivado del carácter público de las funciones desarrolladas, como potestad, inalienable, imprescriptible e indivisible, la representación en la función pública es excepcional y, por tanto, la Regencia es una auténtica excepción al carácter indelegables de las referidas funciones. Esta consideración tiene una evidente conexión con la prohibición de funciones constitucionales al consorte.

La relevancia en el sistema del orden de sucesión, como auténtico principio de la Monarquía, justificará a su vez que los cargos de Regente o tutor se atribuyen a personas cercanas, como excepción de la igualdad de acceso que significa en sí la Monarquía, institución donde la figura de los dos cuerpos del Rey es un ensayo de definición de la intrínseca ambivalencia de la idea (FOUCAULT, I, 321). Y esa elección en base a la pertenencia a ese orden sucesorio afecta también a las situaciones interinas de ejercicio que tal y como están definidas en la Constitución, suponen la representación o la administración, ambos como conceptos generales.

Desprovisto el cargo de su carácter carismático —el rey electo— y de su contenido efectivo —el rey limitado o constitucional—, la justificación de su existencia se ciñe en las Monarquías modernas a la función de símbolo, simbolizando algo inmaterial, tan inmaterial como el propio símbolo, una modalidad de designar el modo y la forma de una unidad política, entendida en la definición de WEBER como comunidad humana que reclama sobre un territorio el monopolio de la violencia física legítima. Queda esto perfectamente claro,

de una parte, al referirse el art. 57.1 a la legitimidad de la posición por pertenencia a una dinastía y, de otra, a la conexión temporal de una legitimidad histórica a través del respeto a un orden absolutamente excepcional, llamado orden sucesorio. Sin la conexión entre justificación histórica y origen de la prevalencia del orden sucesorio como algo absolutamente excepcional no habría Monarquía, pero ese tipo de Monarquía no puede dejar de revelar cotidianamente su origen electivo. Esta circunstancia es esencial.

El orden legal preestablecido para la sucesión es conceptualmente similar al que se prevé en la ley en los casos de sucesión. Es una figura de sucesión de derechos, en términos de la parte general del Derecho civil (ENNECERUS, 22 y ss.). La sucesión es una adquisición derivativa que trae causa en su definición del sucesor de la relación con el derecho de otra persona, dependiendo de la adquisición de la relación en sí. La Ley distingue formas de adquisición originarias, como la usucapión y la adquisición de buena fe, que tienen lugar a pesar de que hasta entonces no se fuese titular del derecho, supuestos estos últimos en que no hay sucesión en sentido estricto. La sucesión como adquisición derivativa traslativa puede ser singular o universal, y el elemento esencial en que se funda es que existe derecho si existía el del causante.

A diferencia de la libertad en la donación limitada por el no perjuicio de los herederos legítimos, la ordenación, la regulación, el establecimiento de un orden para acceder a un derecho supone una limitación de la autonomía de la voluntad por cuestiones relativas al orden público político. La existencia de ese orden legal preestablecido para ejercer la Jefatura del Estado y los cargos a que se refiere el Título II constituyen la excepción a la designación que convierte a la historia en determinante.

Las normas del orden sucesorio son especiales, en el sentido en que el Derecho especial se opone al Derecho general (DE CASTRO, 102

y ss.). La técnica del orden de suceder es esencialmente excepcional, diferente a las reglas de ordenación de acceso a las funciones y cargos públicos a que se refiere también la Constitución, lo que no significa que sean irracionales. Por otro lado, son normas autónomas, que contienen sus propias reglas de aplicación que deben ser interpretadas en sí, sin el apoyo de una normativa histórica, que en todo caso podría servir de criterio regulativo. También se trata de un orden o grupo normativo suficiente, ya que las dudas o lagunas que se produzcan en las propias formas de aplicación del orden de suceder las resuelven las Cortes mediante Ley, es decir, por una manifestación de la autonomía y suficiencia del citado orden, que es completado únicamente por decisión de las Cortes, articulada a través de la figura de la Ley material sobre un caso concreto. En esos casos, la decisión constitucional, que se extiende incluso a la extinción de las líneas llamadas en Derecho, excluye la eficacia de las disposiciones del Derecho histórico incompatibles, que tendrán en todo caso el carácter regulativo e interpretativo al que nos hemos referido.

Cualquier otra interpretación llevaría a considerar un orden normativo histórico vigente que tendría que resolver de forma artificiosa problemas de hoy. Las normas sucesorias, Partidas, Auto acordado, Pragmática, además de no ser una expresión de congruencia y buena técnica, no pueden ser de aplicación dado el carácter cerrado del Título II y su remisión interpretativa a las propias Cortes Generales, sin vínculo alguno. La expresión del art. 57 es una atribución de poder irrestricto a las propias Cortes, asumiendo que el laconismo del Título II no resuelve los problemas que pueden derivarse de la aclaración y concretización del orden sucesorio. Pero ello quiere decir que siendo el orden sucesorio el elemento *trascendental* de la provisión del cargo, la *marca* de la Monarquía parlamentaria, por primera vez en la Historia de España, determina la extinción de la vigencia de normas anteriores por incurrir en discrepancia estructural.

El comentario constitucional no tiene por qué sujetarse a una interpretación literalista. Este principio, por asumido, ha sido en cierto modo olvidado, degradando la lectura de la Constitución a la exégesis de una norma administrativa. La interpretación constitucional puede ser crítica y constructiva, interpretando esto último como la presentación de la cuestión jurídica planteada a la luz de la mejor respuesta tenida en cuenta el orden legal y político

II. LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DE FUNCIONES CONSTITUCIONALES. LA CUESTIÓN RELACIONADA DE LAS ACTIVIDADES INCOMPATIBLES DE LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA REAL

La estricta incompatibilidad y la dedicación son la contrapartida de la situación de privilegio constitucional que se extiende a las autoridades del Estado. La confusión inicial entre el patrimonio privado del Rey y el patrimonio de la Hacienda Pública dio lugar con el tiempo a la separación y a la abstracción en la titularidad del Estado de los fondos y propiedades públicas. Los casos anglosajones de conflicto y las imaginativas soluciones planteadas, como el conflicto de intereses, la prohibición del *bias* como elemento fundamental del *rule of law*, y las obligaciones de abstención, constituyen un capítulo importante del Derecho constitucional.

Si el Rey o la Reina son un órgano unipersonal, sin conexión alguna con una formación colegiada de la voluntad, también está claro que únicamente al Rey y a quienes actúen en su nombre atribuye la Constitución poderes jurídico-públicos, es decir, potestades. No existe margen alguno para la actuación de Reina consorte o consorte de la Reina, como la diferencia en el nombre no añade nada. La Constitución no atribuye poderes y funciones sino al Rey o Reina Jefe del Estado. Solamente en el caso de una actuación en nombre de ellos las funciones son ejercidas por el Regente,

como se establece en artículos diferentes, lo que no significa que la actuación del Regente sea irrelevante, pero esta se sitúa en el ámbito de la representación, no en el del ejercicio de poderes propios.

Al margen de su estricto carácter prohibitivo, el artículo se refiere a un problema de competencia, del mismo modo que se puede interpretar que lo que pretende es destacar con claridad el carácter de órgano unipersonal, que no comparte el ejercicio de las competencias, que son de ejercicio insustituibles. En realidad, lo que el artículo significa es una norma prohibitiva, pero con sus efectos, que determinan que cualquier actuación de los mencionados fuera de los supuestos de obligada intervención, es nula de pleno Derecho, ya que la posibilidad de ejercicio está impedida por el carácter expreso de toda atribución de potestades y por la inexistencia de atribución expresa, a salvo de los denominados procesos de sustitución y actuación en nombre de otro.

La característica de llamar Reina a la consorte del Rey, excepcional en el Derecho comparado, la atribuye el derecho a llevar un título, en todo caso desvinculado de la coparticipación en la posición constitucional de Jefe del Estado. Ni la Reina consorte ni el consorte de la Reina son desde un punto de vista constitucional Jefe del Estado, desplegándose su derecho exclusivamente en materia de precedencias, honores y derecho al nombre y, en ocasiones, por la práctica o por delegación, concretándose en algunas funciones representativas, pues por la aceptación de la tesis contraria se crearía una colegiación en la Jefatura del Estado, con dos personas que desempeñarían el mismo cargo, lo que es inaceptable en virtud de la redacción del propio art. 56. La Jefatura del Estado es un órgano unipersonal.

La prohibición a que se refiere el presente artículo debe entenderse referida a funciones constitucionales. En primer lugar, serían las funciones a que se refieren los arts. 56 y 64

las afectadas por la prohibición, pues el artículo se refiere a las funciones constitucionales, debiendo entenderse por tales las que están expresamente consideradas como tales en la Constitución. Sin embargo, no son esas funciones las únicas excluidas, sino todas las funciones constitucionales, cualquier función expresamente prevista en la Constitución y atribuida a cualquier órgano referido en las mismas. En este sentido debe entender como tal cualquier función que se atribuya en la Constitución a un órgano, sin que sea necesario que vaya más allá de esa cita, es decir, que regule de forma más o menos completa el órgano al que se atribuye la función constitucional.

Esta consideración incluye en las funciones constitucionales prohibidas las funciones de gobierno, administrativas y judiciales, además de las atribuidas al Jefe del Estado, por ser las que de forma predominante pueden calificarse de este modo. Y las funciones constitucionales están excluidas tanto respecto de las que son ejercidas de forma individual como aquellas que requieran la colaboración de otros poderes, entre las cuales se incluyen la mayor parte de las atribuidas al Jefe del Estado en los arts. 62 y 63 de la Constitución.

Tampoco se requiere que las funciones constitucionales sean los órganos constitucionales primarios, entendiendo por tales los más relevantes, o los relacionados con la clásica sistemática de la división de poderes. Hay otros órganos que a veces se han calificado con demasiada imaginación como secundarios, pero respecto de los que cabe decir que sus funciones son asimilables a las funciones constitucionales, como ocurre con el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas y respecto de ellos cabe considerar que ejercen funciones constitucionales, cuyo ejercicio esté excluido en el caso de la Reina consorte o el consorte de la Reina.

La posible infracción de la prohibición tiene los efectos de un acto derivado de una actua-

ción fuera de la competencia. La eficacia del principio de competencia determina la nulidad de cualquier actuación de las mencionadas que implique el ejercicio de funciones públicas, en general, no solamente las constitucionales. Aunque el supuesto no está recogido en la legislación sobre incompatibilidades y regulación de conflictos de intereses —Leyes 53/1984, 5/2006 y 7/2007—, es decir, no está contemplada como causa de nulidad y anulabilidad al margen de las reglas sobre abstención y recusación, este es un aspecto muy importante del problema. No basta con la sanción de la contravención, sino que también debe poderse declarar la nulidad del acto o acuerdo dictado con infracción de las reglas sobre competencia, siempre de aplicación preferente. No cabe limitar a medidas de control y sanción la reacción del ordenamiento jurídico.

Las dos cuestiones que la prohibición de ejercicio, como principio funcional, plantea es: (i) la determinación del alcance de la prohibición de otras actividades al consorte, y (ii) la extensión de efectos a la Familia del Rey.

En relación con la primera cuestión, el estatuto de los consortes derivado de la escueta regulación del art. 58 de la Constitución debe entenderse también como prohibitivo de cualquier otra actividad al servicio de Administraciones y de cualquier actividad privada, como la función del Rey, aunque no se diga en sitio alguno, es intrínsecamente incompatible con la actividad profesional, empresarial o de cualquier tipo, que no esté expresamente contemplada por norma con rango de ley y siempre en conexión con el cargo, pues una autorización por Ley de una función no relacionada directamente con la actividad del cargo sería inconstitucional.

Este es un punto poco explorado, porque la Constitución no se refiere al ejercicio de funciones no constitucionales. Pero el que no se refiera a actividades privadas no permite concluir que lo único que le está prohibido es el ejercicio de funciones constitucionales, por-

que se admita un puesto a tiempo parcial, ni porque la pertenencia al orden regular no imponga limitaciones y prohibiciones.

De otro modo, se plantearía el problema de un consorte activamente vinculado a esferas de influencia con poder resolutorio, es decir, un problema típico de conflicto de intereses. Es decir, si se admitiese que la prohibición está limitada estrictamente a las funciones constitucionales, pero que no se extiende en cuanto a otras actividades políticas, se alteraría el principio de atribución explícita de la competencia, y además a través de una persona que ocupa una posición influyente en el Jefe del Estado. Si bien el art. 58, literalmente, solamente excluye cualquier eficacia jurídica de lo actuado en funciones constitucionales, debe interpretarse de forma coherente con la exclusividad absoluta del cargo de Jefe del Estado, pues de otro modo se daría un paso hacia atrás. El contenido del art. 58 hace inhábil a la persona referida para realizar una actividad relacionada con el ejercicio de los poderes del Estado, pero también le prohíbe las actividades profesionales, empresariales, societarias o similares.

En relación con el segundo problema mencionado, la prohibición de ejercicio de funciones constitucionales —y políticas en general—, se debe entender que alcanza a los incluidos en la Familia del Rey. La ley electoral confirma esa interpretación. El art. 6 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, excluye expresamente del derecho de sufragio pasivo, la capacidad de ser elegido, a los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges. La figura de quien siendo elector no resulta elegible corresponde a una interpretación que la Ley Orgánica hace del precepto constitucional en la línea de lo defendido en este comentario. La citada prohibición tiene el mismo fundamento que la prohibición de funciones constitucionales al consorte, pero además confirma la fijación de un criterio de incompatibilidad

que la ley extiende los miembros de la Familia Real.

La preservación de la dedicación y el reforzamiento de la competencia por una prohibición directa de influencia derivan del posible acceso al cargo con exclusividad e incompatibilidad. La Familia Real, entendida en su sentido amplio, no pueden ejercer actividades privadas incompatibles con su condición, lo que debe interpretarse con gran amplitud, por la posibilidad latente y no tan latente de la utilización del parentesco para encontrar un eco favorable en las Administraciones Públicas o en las empresas.

El art. 58 se justifica por la existencia en la historia de una Corte muy activa, con predominio de cargos de la propia Casa, que recaían habitualmente en los agraciados por un título nobiliario, en los rasgos protocolarios y en la propia vida familiar del entonces soberano, con una distribución de funciones en la Casa. Hoy, la figura debe ser reinterpretada con arreglo a la doctrina de la objetividad en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, y, sobre todo, del conflicto de intereses. Es el principio de preservación del interés público en el mencionado conflicto entre lo público y lo privado el que permite explicar, interpretar y consolidar la prohibición de ejercicio. Reinterpretado, puede ser extendido y comprendido en el contexto de un Estado donde el principio de legalidad y la prohibición de la discrecionalidad sin causa justificada son ejes de la dinámica constitucional.

La existencia de un entorno con influencia, derivada de la proximidad al Jefe del Estado, determina este adelanto de la barrera de tutela de los bienes jurídicos protegidos por las incompatibilidades, que aleje la influencia de la relación de parentesco del círculo de poderes que están atribuidos a la figura. En ese sentido, y como consecuencia de ciertos asuntos judiciales recientes, se ha establecido en el ámbito interno de la Casa del Rey una limitación de actividades como incompatibilidad.

tibles con el estatus del incluido en el orden de suceder, si bien no son normas generales consideradas como tales. La reacción contra el uso de la influencia por parte de los incluidos en el citado orden no se ha producido explícitamente como desarrollo de este artículo, pero la finalidad y el criterio interpretativo deben ser los mismos.

Las referidas medidas incluyen una serie de criterios de actuación en determinados ámbitos de las actividades de la Casa relativas a las actividades de la Familia Real y de la Familia del Rey. Dichas medidas, de 28 de julio de 2014 —al menos esa es la fecha que consta al pie en la página web oficial— están muy influidas por la cuestión del conflicto de intereses. Se titulan «Criterios de actuación de los miembros de la Familia Real y de las actividades de la Casa de S. M. el Rey», distinguiendo entre Familia real y Familia del Rey y extendiendo algunas limitaciones a estas últimas, si bien con mayor ambigüedad, pues se refieren exclusivamente al desarrollo de actividades de carácter institucional. «4. Los miembros de la familia de Su Majestad el Rey, que no sean miembros de la Familia Real, no desarrollarán actividades de carácter institucional. Consecuentemente no percibirán retribu-

ción del presupuesto de la Casa de S. M. el Rey. 5. El desarrollo ocasional y puntual de alguna actividad institucional por parte de miembros de la familia de S. M. el Rey, que no sean miembros de la Familia Real, solo tendrá lugar cuando exista un encargo concreto de S. M. el Rey, dentro del **ámbito de sus atribuciones, o cuando por la naturaleza o el lugar de la actividad y tras igual encargo, se requiera la correspondiente decisión aprobada por el Gobierno**», lo que no hace referencia alguna a las actividades «no institucionales».

El principal problema que las medidas adoptadas por el Rey en 2014 y publicadas en la página web plantean es el relativo a su fuerza y a su sanción en caso de incumplimiento, en cuanto a una posible exclusión del orden sucesorio, lo que no es legalmente posible, por ser la Constitución la que se reserva ese contenido, aunque pueda ser interpretado conforme a lo que se sostiene en este comentario, en cuanto a causas de exclusión por indignidad, tradicionales en el Derecho histórico. Pero una cuestión es interpretar el artículo constitucional y otra reconocer carácter vinculante y posible invocación jurisdiccional de las citadas medidas.

BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, 1984.

DÍEZ PICAZO, L., *La representación en Derecho Privado*, Civitas, 1984.

ENNECERUS, L., *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II del Tomo I, Bosch 1981, págs. 24 y ss.

FREIXES SANJUÁN, T., «La reina consorte y el consorte de la Reina», en *La Monarquía Parlamentaria*, Congreso de los Diputados, 2001.

GARCÍA CANALES, M., «Las Monarquías parlamentarias europeas», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

GONZÁLEZ ALONSO, B., «La historia de la sucesión en el trono y el art. 57 de la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 1981, págs. 7-42.

GUTIÉRREZ GIL, A. J., «El Registro Civil de la Familia Real», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1734, 1995, págs. 885-892.

HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del Derecho*, Edhasa, 2005.

KERVEGAN, J. F., *Hegel, Carl Schmitt: La politique entre spéculation et positivité*, PUF, Quadrige.

LÓPEZ GUERRA, L., «Las funciones del Rey y la institución del refrendo», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 61-76.

— «Art. 61: Juramento», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentario a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, t. V, págs. 215-237.

MARTÍNEZ VAL, J. M., «Algunas reflexiones sobre el arbitraje regio», *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo, 1994, págs. 1895-1900.

— «El refrendo de la firma real ante el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, núm. 511, 1987.

MELLADO PRADO, P., «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, vol. 22, 1986, págs. 175-193.

MÜLLER, F., *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2006.

PARPWRTH, N., *Constitutional and Administrative Law*, Oxford, 2008.

PASCUAL MEDRANO, A., *La Regencia en el Derecho Constitucional español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

— «La Regencia», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

PAU VALL, F., «La Pragmática de Carlos III sobre matrimonios desiguales, el art. 57.4 de la Constitución y la monarquía parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 29, 1993, págs. 133-145.

PEÑA ECHEVERRÍA, F. J., «La democracia en su historia», en ARTETA, A. (Dir.), *El saber del ciudadano. Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, 2008.

PÉREZ DE ARMIÑÁN DE LA SERNA, A., «Art. 57. Sucesión a la Corona», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo V, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., «El refrendo del nombramiento regio del Presidente de una Comunidad Autónoma, reflexiones en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1987, de 27 de enero y 8/1987, de 29 de enero», *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1989, págs. 777-787.

PÉREZ ROYO, J., «Jefatura del Estado y democracia parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 39, 1984, págs. 7-28.

PÉREZ VERA, E., «Art. 63: atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, t. V, págs. 297-313.

PORTERO GARCÍA, L., «La responsabilidad del Jefe de Estado (I)», *Revista General de Derecho*, núms. 448-449, 1982, págs. 4-12.

- «La responsabilidad del Jefe de Estado (II)», *Revista General de Derecho*, núm. 450, 1982, págs. 226-234.
- «La responsabilidad del Jefe de Estado (III)», *Revista General de Derecho*, núm. 451, 1982, págs. 466-494.

RODRIGUEZ, Y., «Le monarque dans le nouveau régime politique espagnol», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, núm. 1, 1982, págs. 65-96.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Sanción promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROLLNERT LIERN, G., *El arbitraje y moderación regiois en la Constitución Española*, Universitat de Valencia, 2005.

- *La Jefatura del Estado, Símbolo e integración política en la Constitución vigente*, Minim Edicions, 2002.

ROSANVALLON, P., *La démocratie inachevée, Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000.

RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDÍNEZ, J. J., «La Corona», en RUIZ-RICO J. J. y BONACHELA MESAS, M., *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Gráficas Monachil, Granada, 1983, págs. 199-243.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en LUCAS VERDÚ, P. (et al.), *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 93-117.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

- «Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379. También en BELTRÁN, M. (Comp.), *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, vol. I, págs. 461-475.
- «Sanción promulgación y mandato de publicación de las leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 176-185.

TABOADA ROCA, M., «El art. 57.4 de la Constitución y sus antecedentes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 23, 1993, págs. 15-71.

TORRES DEL MORAL, A., «El príncipe heredero», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2001.

Artículo 59

1. Cuando el Rey fuere menor de edad, el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia y la ejercerá durante el tiempo de la minoría de edad del Rey.

2. Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero de la Corona, si fuere mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad.

3. Si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, esta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas.

4. Para ejercer la Regencia es preciso ser español y mayor de edad.

5. La Regencia se ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey.

Sumario: I. La representación pública y la administración y representación privada: Regencia y Tutela. II. La definición de la Regencia. III. La Regencia y el caso de la inhabilitación. IV. Incapacidad e indignidad. V. La delación de la Regencia: la remisión al orden sucesorio. VI. Los poderes del Regente y la responsabilidad del Regente. VII. La finalización de la Regencia.

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA REPRESENTACIÓN PÚBLICA Y LA ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN PRIVADA: REGENCIA Y TUTELA

La representación, como figura general, y las formas de patria potestad y tutela, más específicas, se refieren a una situación en que, voluntaria o involuntariamente, la persona no

ejerce sus derechos por sí misma, sino a través de un tercero que le sustituye durante el período de tiempo que la voluntad del representado o la ley dispongan. Esa actuación en el lugar del representado o tutelado se aplica en los arts. 59 y 60 a la forma monárquica, con arreglo a prácticas muy antiguas que vinculan el ejercicio del cargo a la pertenencia a una dinastía relacionada con la historia colectiva.

Estas figuras, a las que de forma claramente lagunosa se refiere el Título II, obedecen a la lógica y la normativa sobre la técnica de la representación, que consiste en atribuir al representado —imputar es otra expresión muy utilizada— los efectos de lo actuado por el representante, que da lugar en la faceta de la representación a las modalidades de actuación en nombre y por cuenta de otro, o simplemente por cuenta de otro sin manifestarlo ante terceros, problema de la *contemplatio dominii*, sobre el que ha recaído un cuerpo de doctrina muy complejo, que no es sin embargo de estricta aplicación cuando se trata de conceptos aplicables en Derecho constitucional.

En las Constituciones históricas se ha regulado tanto la Regencia como la Tutela. Existe, sin embargo, una marcada diferencia de entorno con las que regulaba el Derecho constitucional de la Monarquía limitada y de la Monarquía constitucional. La transición entre la Monarquía Constitucional y la Monarquía Parlamentaria se fundamenta en la reducción, con alguna excepción, del poder de iniciativa del Jefe del Estado. Eso es más preciso que indicar que este carece de poderes, porque no es así. Lo que tiene muy limitada es la iniciativa, es decir, la competencia para iniciar un determinado procedimiento constitucional o determinar su contenido.

La citada consideración ha de extenderse al Regente, puesto que se limitan las funciones a la ejecución de las competencias como atribuciones. En la Regencia es fundamental la existencia de una serie de posiciones jurídicas a las que se accede por delación o por designación parlamentaria y que se fundan inicialmente en la pertenencia a un núcleo familiar. La excepcionalidad de la Monarquía, hoy, es el punto de diferencia que tiene su causa en la existencia del orden sucesorio por conexión a una constitucionalizada dinastía histórica. La Monarquía parlamentaria reduce los poderes originarios y el propio fondo de poderes que está en la base del principio monárquico, pero no modifica las reglas tradicionales de acceso al cargo, ni la

existencia en la realidad jurídica del orden sucesorio.

II. LA DEFINICIÓN DE LA REGENCIA

La Regencia es un órgano constitucional no permanente, distinto de la Corona y de la Jefatura del Estado, que ejerce el poder constitucional en nombre del Rey y por mandato constitucional. La Regencia se extiende a supuestos en que vive un Rey que, sin embargo, se encuentra privado de una completa capacidad de obrar, y que por ese hecho es excluido del ejercicio de la función. Los casos de minoría de edad y de inhabilitación son los dos casos de hecho que tienen que darse —y apreciarse en el caso de la inhabilitación por una declaración de reconocimiento por las Cortes Generales— para que se aplique esta figura tan peculiar y tan característica de la Jefatura de Estado monárquica. La Regencia supone, por tanto, la presencia de un Rey que, sin embargo, no puede ejercer como tal en los términos constitucionales. Si en los casos de abdicación y renuncia hay una sucesión efectiva, al disponer el Jefe del Estado de su cargo o renunciar una persona con expectativa a su derecho, en el caso de la Regencia sigue existiendo un Rey, no hay abdicación, pero a la vez ese Rey no puede actuar, sea por minoría o por inhabilitación acordada por las Cortes.

El Regente no es Rey, pero actúa en nombre y representación del Rey. Esta disposición no es tan sencilla y habrá que matizarla. La unidad funcional con el Rey es tan clara que la Regencia se desempeña siempre en la forma de la actuación en nombre de otro. Lo primero que ello quiere decir es que la posición del Regente es estrictamente causal, especial, temporal, y accidental. No existen casos de Regencia fuera de los previstos y además el Regente ve limitado su poder por el fin de mantener la expectativa del Rey de obtener o recuperar la plena capacidad de obrar.

La Regencia es un cargo esencialmente vicario. No tiene en sí función propia, sino que

sirve a otra figura, la titularidad de la Jefatura del Estado, situándose a medio camino entre la particularidad familiar y la provisión parlamentaria. Designa inicialmente la norma constitucional a personas cercanas al Rey menor o inhabilitado, para referirse al final a una delación parlamentaria a favor de cualquier ciudadano español mayor de edad. Asume por tanto un criterio primario y otro subsidiario, entre la confianza en la proximidad del núcleo familiar o del orden de sucesión y la confianza directa en personas elegidas por las Cortes.

Aunque nada se dice —únicamente se habla de la actuación en nombre del Rey—, parece lógico deducir de la Constitución una atribución plena al Regente de la misma esfera de potestad que se atribuye al Rey. Las funciones referidas en los arts. 56, 62 y 63 son las que el Regente ejerce en nombre del Rey, bajo el requisito del refrendo a que se refiere el art. 64. Pero hay que aclarar que ese en nombre del Rey es una figura de mediación constitucional que no supone que la actuación sea por cuenta del Rey, en el sentido de atribuirle responsabilidad. Los efectos de la actuación de la competencia no se desligan de la propia esfera de responsabilidad del Regente, es decir, son de su responsabilidad. La responsabilidad por la acción recae en la esfera del representante, aunque la figura intermediaria sea la actuación en nombre de otro, el Estado. El «en nombre del Rey» se refiere a la titularidad interina de funciones de un Rey que se ha inscrito en la lista histórica conforme a los principios de la sucesión dinástica, ya expuestos en el comentario al art. 57 de la Constitución, con la sola excepción, pero muy relevante, del Regente parlamentario.

Esta situación jurídica o estatus están limitados igualmente por la inalterabilidad en la exigencia del refrendo para la validez del acto del Regente. Las referencias que realiza el art. 64 al Rey se entienden obligatorias para el Regente, que debe demandar a su vez el complemento adicional de voluntad a su actuación en el lugar del Rey. La figura del

Regente está sometida con plena vigencia al principio de refrendo obligado, del mismo modo que no tiene poder de iniciativa y de determinación de contenido de los procedimientos de aprobación de actos jurídicos. No hay validez sin refrendo, también en el caso del Regente. La actuación del Regente sin refrendo es nula de pleno Derecho o inexistente y la voluntad del Regente, como la del Rey, está incondicionalmente vinculada a la del refrendante. Aunque la interpretación podría haber sido diferente, ello responde a la actuación en nombre del Rey.

La actuación en nombre del Rey pero sin imputarle una responsabilidad directa por lo actuado sitúa la figura, en lo que se refiere a determinaciones estructurales, en el ámbito de la representación legal pública, tratada habitualmente en la teoría del órgano, mientras que la tutela recuerda las conocidas figuras de las potestades de los padres o de otras personas en la minoría de edad e incapacidad, dirigidas a tutelar la esfera de derechos del menor o incapacitado mediante una administración y representación. Si se ejercitan los poderes conforme a la ley, el representante vincula al representado, mientras que si actúa fuera de la ley no solamente no vincula al representado, sino que incurre en responsabilidad. Si en la representación voluntaria, o en la representación aparente del mandato de gestión, o del factor o dependiente, existe una voluntad manifestada con plenos efectos sobre el titular del patrimonio, en la representación legal falta este elemento de voluntad creadora que es sustituido por la ley, al no existir voluntad plena.

Al referirse a esa condición, el artículo incluye dos características: el mandato constitucional y a la vez la actuación en nombre de otro. Si bien el primero apunta a una afirmación autorreferencial, pues la norma y todas las normas atribuyen potestades por mandato constitucional, el primer apartado referido quiere reforzar el principio de Monarquía Parlamentaria, excluyendo que la Regencia se ejerza por otro tipo de mandato, como podría

ser, simplemente a título de hipótesis, una Regencia dinástica o histórica.

Esa exclusión es casi obligada, en cuanto la Regencia la va a ejercer en un primer llamamiento una persona determinada en función de la pertenencia a la dinastía, y solamente en ausencia de los llamados en primer lugar se elige un Regente por las Cortes. La vinculación familiar es la que explica que se incluya una referencia al ejercicio por mandato constitucional, subrayando el origen y la fuente de los poderes del Rey, que son los que debe ejercer el Regente.

Cuestión distinta es la referencia del art. 59 al ejercicio en nombre del Rey. Aquí sí parece existir una decisión aparente sobre la naturaleza del cargo, que es mandatario de la Constitución y actúa en nombre del Rey. El mandato lo da la Constitución, pero la condición de representante viene de ese «en nombre del Rey». No puede dejar de advertirse que en principio se trata de un concepto modificado solamente por la particularidad del cargo a ejercer, ya que la actuación en nombre de una persona remite al concepto general de representación, aunque existan algunas diferencias con una representación estrictamente privada.

Y esto es así porque, como ya hemos señalado al referirnos al concepto de órgano, no hay propiamente un ejercicio de facultades o derechos con incidencia en los derechos y obligaciones de otro, como ocurre en la representación voluntaria, incluso en la llamada representación legal, sino un ejercicio de competencias de otro órgano, que puede encontrar similitudes con la suplencia, ya que la repercusión de la actuación del Regente sobre el Rey menor o el Rey inhabilitado, en el sentido de responsabilización, atribución o imputación, es difícilmente imaginable hablando de poderes públicos.

El Regente actúa como Regente. La referencia a la actuación en nombre del Rey que sí que siendo Rey no puede hacer ignorar que la

citada situación no afecta al titular del órgano —opción que habría sido perfectamente plausible—, sino a quien ejerce las funciones en su nombre. La opción de la Constitución por el hecho de que el Rey sea o siga siendo Rey y que en su nombre se ejerzan sus poderes contiene elementos de representación, pero hay también otros que remiten a la suplencia del titular del órgano, sin que este cambie. Un ejercicio de funciones del Rey en nombre del Rey.

III. LA REGENCIA Y EL CASO DE LA INHABILITACIÓN

La Regencia se activa por la minoría de edad del Rey o por lo que el artículo llama inhabilitación, que deja en el aire las causas del citado estado, del mismo modo que tampoco se refiere al procedimiento de inhabilitación. Lo que dice el artículo es el supuesto de que «se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales». Y es precisamente el alcance de la inhabilitación el que, además de ser uno de los supuestos de partida de la Regencia, sirve de criterio para otras actuaciones sobre personas que se integran en el orden de suceder y se pueden encontrar situadas en la misma condición física o psíquica.

La inhabilitación a que se refiere la norma es la inhabilitación general. Entendemos por esta la misma situación fáctica y jurídica que impide a una persona disponer de su íntegra capacidad, delimitada por las causas recogidas en Derecho civil, en cuanto a los supuestos excepcionales en que la persona no está preparada para regirse como en el caso normal, pues la inhabilitación o inhabilitación tiene siempre necesaria referencia a un estado normal, habitual o común de aptitudes físicas o síquicas. Sin una referencia a ese estado normal de las personas carece de sentido referirse a una limitación derivada de la inexistencia de ese mínimo.

La inhabilitación es una circunstancia física o psíquica siempre limitativa respecto de las di-

versas actividades que puede llevar a cabo la persona, que en este caso tiene el mismo significado, aunque referido a las funciones a desempeñar. Ello es así porque en este caso la inhabilitación provoca la imposibilidad, refiriéndose a quien ejerce competencias constitucionales y, por tanto, existen razones específicas para tal decisión, ya que la declaración de imposibilidad es constitutiva.

En relación con la categoría de incapacidad e indignidad, se plantea además la cuestión de si es posible la inhabilitación del ya Rey o la exclusión del derecho al trono de un posible sucesor por indignidad, problemas que son a su vez diferentes, aunque algunos autores hayan pretendido una apertura en este caso de una inhabilitación política, sea por incumplimientos de sus deberes, sea por la existencia de una mala conducta. Recuértese que las Partidas ya se referían a *seyendo ome para ello, non aviendo fecho cosa poque lo debiere perder*.

Este es un problema relacionado con la inexistencia de un procedimiento salvo precisamente este, para separar del cargo al Rey, es decir, un procedimiento de remoción. Y en este punto, ciertamente tiene una clara influencia la inexistencia de responsabilidad y su concentración en el refrendante, de tal modo que con arreglo a la cláusula repetida el Rey no puede equivocarse, pues la responsabilidad por su actuación la asume siempre el refrendante. La cuestión es si, aunque asuma la responsabilidad del refrendante, la actuación del Rey puede determinar su inhabilitación.

La omisión deliberada, consciente e intencionada del refrendo y la omisión de la regla de la confianza del refrendante es pura actividad al margen de la ley, una vía de hecho, supuesto en que algunos autores han señalado precisamente a la vía de la inhabilitación como remedio para poner fin a esa actuación. Ese problema supondría una situación de desarreglo absoluto, la de un Jefe del Estado gobernando, algo absolutamente prohibido por la cláusula de Monarquía parlamentaria. Si el Jefe del Estado decide prescindir del refren-

do y dirigir la Administración civil o militar, amparándose en su posición fáctica, la salida propuesta por algunos autores es la inhabilitación a que se refiere el precepto.

Las figuras de la vulneración constitucional sistemática, del gobierno por libre y de la actuación irregular del Rey —que pueden ser en los hechos coincidentes en el caso de una actuación de invasión de prerrogativas constitucionales previstas en el Código Penal— difícilmente pueden encontrar su encaje en el supuesto de la inhabilitación, salvo que se dé el supuesto de la inhabilitación por razones psíquicas. La solución a esta actuación tendría que venir por la vía del control político y parlamentario y por la capacidad del Gobierno de condicionar la actividad del Jefe del Estado, así como de su influencia sobre la salida constitucional de la situación, vía abdicación.

Volviendo a la inhabilitación, evidentemente el reconocimiento de la inhabilitación en ese sentido no puede existir como acto discrecional o político, sino que requiere la constatación de las circunstancias físicas o psíquicas, respecto de las que la emisión de dictámenes por facultativos es absolutamente preceptiva. No cabe entender como un acto discrecional, ni siquiera un acto que se pueda fundar en un margen de apreciación, el llamado reconocimiento de la inhabilitación de que el Rey se ha inhabilitado, ni puede prescindirse de un procedimiento mínimo, si bien no regulado en el art. 59. Aunque la Constitución no se refiere a la cuestión del procedimiento, la referencia a «se inhabilitare» o la «imposibilidad» es inequívocamente la hecha a una situación de hecho ya producida que después de producida se constata, es decir, que se reconoce, como acto justificado en la constatación de la citada imposibilidad.

IV. INCAPACIDAD E INDIGNIDAD

La referencia del artículo a la inhabilitación plantea la cuestión de su naturaleza, sobre todo en relación con las llamadas causas de

indignidad, en relación con la infracción de la prohibición conjunta de los matrimonios del art. 57 de la Constitución.

Al referirse el citado artículo a un caso muy concreto de la exclusión en la sucesión de la Corona, por sí y sus descendientes, se plantea la cuestión de la existencia de otros supuestos de exclusión, entre ellos los relacionados con la indignidad para suceder, como se contemplaba en la legislación histórica y aunque no estén específicamente contemplados. Si se contempla la renuncia como exclusión voluntaria del orden de suceder y la posibilidad de ser excluido por un matrimonio contraído contra la mencionada voluntad, cabe plantearse si esa exclusión puede alcanzar a personas que no reúnan los requisitos mínimos para ser Rey en el futuro, bien por sus condiciones personales, en el más amplio sentido, bien por su conducta, como ocurrió con la exclusión y pérdida de derechos del infante Carlos María Isidro de Borbón.

Este aspecto sí fue regulado en algunas Constituciones históricas, donde se contemplaba la indignidad como causa de exclusión. Al referirse la Constitución en el caso del matrimonio como causa de exclusión, puede entenderse que incorpora la aptitud personal y la ausencia de demérito acreditado como requisitos evidentes, si no se quiere sancionar una situación absurda, entendido esto en un sentido muy amplio, aunque al afectar al *ius ad officium* de un modo o de otro debe tenerse en cuenta la posición reforzada del integrado en el orden sucesorio. Ha de tenerse en cuenta que no nos estamos refiriendo a la imposibilidad de reinar, o de formar parte del orden sucesorio por incapacidad, sino a la aptitud desde un punto de vista moral, siendo la indignidad el efecto de una actuación de la persona que ha determinado una responsabilidad incompatible con el mantenimiento en el orden sucesorio.

En las Constituciones históricas se permitía a las Cortes mediante ley excluir del citado orden a quienes sean incapaces para gobernar o

hayan hecho cosa porque merezcan perder la Corona —Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876—. La lógica de esta posibilidad es aplastante, ya que el orden regular no es ni puede ser la legitimación de la actuación como Jefe del Estado de quien o no tiene capacidad o ha cometido lo que en Derecho antiguo se llamaba hecho infamante y que la doctrina hace equivaler hoy a la condena por delito doloso.

Como hemos dicho, la exclusión del orden de suceder viene admitida en el art. 57, en el caso de que el matrimonio deba celebrarse contra la prohibición conjunta del Rey y de las Cortes Generales, sin que a ello deba añadirse ninguna otra limitación, entre ellas la relativa a los llamados matrimonios desiguales. La existencia de esa prohibición conjunta y formulada de forma expresa excluye del orden sucesorio a las personas que perteneciendo al mismo lo lleven a efecto. En este punto se confirma la tesis de la constitucionalización de la Corona, pues se altera un punto esencial del orden en relación con los matrimonios morganáticos, que habían obligado a la renuncia a la sucesión cuando se producían, incluso en el orden estrictamente privado de la práctica de la Familia Real, según sus propias reglas, aun en periodo republicano. El respeto a la condición inequívoca de casar con noble, previsto en la legislación histórica, ha sido abrogado por la Constitución, al regular de manera distinta esta cuestión, tan conflictiva como la consanguinidad y filiación matrimonial. Esta alteración es un criterio hermenéutico muy relevante para resolver el conflicto entre las normas históricas de sucesión al trono y la regulación constitucional. Si ha sido modificado este punto, es difícil sostener que el orden regular no ha sido objeto expreso de regulación por la Constitución, al menos citando exclusivamente como razón para ello la referencia del ap. 2 sobre los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

Además de la incapacidad y la indignidad, respecto al Rey y en clara conexión con la in-

habilitación del Rey, algunos autores han sostenido la posibilidad de que junto a una abdicación voluntaria exista una abdicación legal, citándose los tres supuestos del Capítulo II, Sección Primera, art. 1 de la Constitución francesa de 1791 —que entienden también reconocidas en las circunstancias 2.^a y 12.^a del art. 172 de la Constitución Española de 1812—, por los que concurriendo determinadas circunstancias se consideraba que ha abdicado de la realeza: no prestación del juramento en el plazo de un mes desde la invitación del Cuerpo legislativo; ponerse el frente de un ejército y dirigir sus fuerzas contra la Nación o no oponerse con un acto formal a una tentativa ejecutada en su nombre; y por último la ausencia del Reino por un plazo fijado por la Cámara legislativa y que no podrá ser inferior a dos meses, disponiendo seguidamente el citado artículo que después de la abdicación expresa o legal, el Rey pertenecerá a la clase de los ciudadanos y podrá ser acusado y juzgado como ellos por los actos posteriores a su abdicación.

Los mismos autores reconocen que se trata de una destitución, pues el considerarse abdicada la Corona no puede ser considerado de otro modo, aunque limitada a los supuestos mencionados u otros de igual gravedad. Si bien las citadas cláusulas tienen toda su lógica, lo cierto es que la Constitución solamente ha recogido la abdicación expresa, y, además, con notoria concisión, lo que hace aún más difícil la función del intérprete. La incorporación de causas de la llamada abdicación legal, en cuanto se construyen como ficciones legales o constitucionales, si bien puede tener la utilidad de reconocer la naturaleza de determinadas circunstancias incompatibles con ser Jefe del Estado —el caso de ponerse al frente de un Ejército extranjero es evidente, como también lo son la ausencia del territorio nacional o la comisión de un delito doloso aunque sea inviolable según el art. 56 de la Constitución—, por poner tres ejemplos en que resulta difícilmente imaginable que la persona siga situada a la cabeza del Estado, es de difícil encaje en los artículos constitucionales.

V. LA DELACIÓN DE LA REGENCIA: LA REMISIÓN AL ORDEN SUCESORIO

La Regencia, dice el mencionado artículo, la ejercerá inmediatamente el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona según el orden establecido en la Constitución.

Lo primero que hay que indicar es que no hay acto de designación, ni de elección, sino aplicación del orden regular. No hay acto de designación, salvo en el caso de la Regencia parlamentaria, sino sucesión en el ejercicio, en primer lugar, en favor de padre, madre o pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona. En el caso de fallecimiento y minoría de edad, esto es más evidente al tratarse de un mecanismo automático, que al no existir parientes legítimos mayores de edad y españoles convoca automáticamente a las Cortes —en mi opinión— para resolver de forma urgente la cuestión. Los llamamientos a favor de Regente legítimo, por referirme a una denominación tradicional, determinan la continuidad sin hiato temporal en el ejercicio de la función, porque el Rey menor lo sería desde el instante del fallecimiento del Rey anterior y el Rey inhabilitado continúa siendo Rey, a diferencia del Rey que abdica.

¿Quién es el más próximo a suceder? Esta llamada es una remisión de los títulos para suceder y al orden regular, por lo que hay que dedicar una atención a ello en este apartado, ya que el artículo toma la decisión trascendental de atribuir la Regencia al padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, para lo que es necesario referirse a ese concepto, pues la integración del artículo lo requiere.

El art. 57 contiene una regulación del orden de suceder, como conjunto de reglas sobre la atribución de la condición de Rey, titular de la Corona, a la que el propio Título II se refiere con determinación. La Corona es un órgano

constitucional, de acceso limitado y competencias tasadas y reguladas, siendo su titular el Rey o Jefe del Estado en virtud de un llamado *ius ad officium*, que se caracteriza por la relación de parentesco, la pertenencia a una así llamada dinastía histórica y que encuentra su legitimación en la vinculación de la misma al Estado, considerada relevante por la norma constitucional. Por otro lado, la regulación del orden de suceder se contiene solamente en la Constitución y no es objeto de desarrollo, si bien existen normas administrativas sobre la Casa del Rey y el Registro de la Familia Real que no afectan al contenido del art. 57 y los concordantes de la regulación de la Corona.

La ordenación ha sido llamada tradicionalmente orden de suceder y también orden regular de sucesión. Su finalidad, determinar al llamado, es la misma que la de la designación de heredero en el Derecho de sucesiones, si bien cualificado, entre otras razones por la rigidez y prevalencia del principio de primogenitura. No obstante, las fuentes reguladoras de la sucesión en el Reino no están exentas de ciertas incoherencias y contradicciones, como regulación distinguida del orden de suceder en los títulos nobiliarios. El citado orden regular establece con anterioridad a la vacante las reglas esenciales que determinan el acceso al cargo, con claridad y de forma que se puedan resolver los diversos casos que se den en la realidad. La ratio común de la regulación del acceso es la relación con el citado orden regular, incluso para la provisión de las figuras intermedias y singulares de representación, sustitución y complemento de capacidad a que se refieren los arts. 59 y 60 de la Constitución.

Por otro lado, las atribuciones constitucionales que se mencionan y reconocen en los art. 59 y ss. de la Constitución también se confieren en primer lugar a personas pertenecientes a la dinastía, con variaciones entre figuras e incluso con la elección por las Cortes si no fuese suficiente el primer criterio. También los cargos provisionales de representación le-

gal se adjudican a personas de la Familia próximas en virtud del orden de suceder o de la proximidad familiar. El respeto al orden de suceder conforme al orden regular es la esencia actual de la Monarquía Parlamentaria y ese respeto autoriza a su vez la atribución de funciones constitucionales a los incluidos en él, no necesariamente los incluidos en la Familia Real, sino aquellos a los que se refiere el art. 57 y los sucesivamente nominados en los casos excepcionales o singulares en el ejercicio del cargo amparados por la regulación de los arts. 59 y 60 CE.

El orden legal preestablecido para la sucesión es desde un punto de vista estructural similar al que se prevé en la ley en los casos de sucesión. En los términos del Derecho civil, se trata de una sucesión como una adquisición derivativa, que puede ser singular o universal, y el elemento esencial en que se funda es que existe derecho si existía el del causante, rigiendo numerosos criterios para determinar quién sucede, sea por disposición legal o por negocio jurídico o acto voluntario. A diferencia de la libertad del testador y del donante, limitada solamente por causa legal, como la protección de los herederos legitimarios, el establecimiento de un orden regular de sucesión en la Corona se refiere en este caso a una regla rígida y vinculante, incluida en la Constitución, que determina quién es el sucesor y en la que desempeña un papel esencial la primogenitura, a diferencia de la herencia civil. Si bien en la Historia están los ejemplos de los testamentos de los Reyes y de sus propias normas afectando al orden regular, como el famoso Auto acordado de 1713, el carácter vinculante conlleva que sea una materia constitucional, de aplicación tras la entrada en vigor de la Constitución y que en principio debe resolver los casos en base a sus propias normas, lo que no quiere decir que no se pueda interpretar con arreglo al Derecho histórico.

El orden de sucesión en el trono se autocalifica de «orden regular» de primogenitura y representación, con las demás condiciones que tradicionalmente lo definen, incluida la prefe-

rencia del varón sobre la mujer dentro del mismo grado de parentesco. El significado de esta expresión es inequívoco, en su referencia de pretérito, como hecha a aquel orden regular que paradigmáticamente se entendió contenido en las Partidas y, después, acumulativamente, en el régimen de los mayorazgos.

La cuestión inicial más comentada en relación con este punto fue una consecuencia del debate instauración-restauración en punto a justificar la inclusión de este art. 57. Y ello porque la Constitución fue aprobada ya en el contexto de una dinastía histórica reinante, y de la sucesión a la Jefatura del Estado anterior; esta última bajo unas reglas diferentes a las estrictamente regladas, pues se efectuó una designación directa de sucesor que dio lugar al retorno de la Monarquía, hasta entonces exclusivamente sobre el papel en virtud de la singular proclamación de Reino que se estableció en la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado.

Esta circunstancia, derivada de tener que salvar ese periodo a través de la designación *ex Constitutione* de Don Juan Carlos I, con la referencia a la condición de legítimo heredero de la dinastía histórica, causa precisamente el problema de la distinción entre el orden histórico y el orden constitucional de 1978 y, con él, el problema derivado de la integración del corpus normativo del art. 57 con las normas tradicionales de sucesión, incluido el espinoso asunto de la filiación matrimonial, y de la consanguinidad. Ese orden contenido, entre otras normas, en la citada Partida 2.^a, Ley 2.^a, título XV, plantea múltiples interrogantes, en cuestiones en que en su momento no fueron discutidas pero ahora sí lo son, como las restricciones históricas al matrimonio, o las consecuencias del comportamiento personal del incluido en el orden regular, que se refería tradicionalmente al «más próximo varón procreado en legítimo matrimonio y a la vez unido en grado de consanguinidad».

Estas dos características se ponen en cuestión por la posible existencia de adopciones. Si bien ese derecho no aparece limitado res-

pecto de las personas con derecho de acceso a la Corona, la cuestión no es tanto si puede o no adoptar, sino los efectos de la adopción respecto de las citadas condiciones de acceso, lo que afecta igualmente a los hijos extramatrimoniales. La cuestión no resulta ni siquiera mencionada en la Constitución, asumiendo la referencia al orden regular esas condiciones de filiación matrimonial y consanguinidad, pues de otro modo puede sostenerse que ya no se trataría de tal orden, sino de otro distinto. La referencia del art. 57 al matrimonio de los que tienen derecho a la sucesión en el trono, y sobre todo a sus descendientes, es un argumento para confirmar e incluir esas condiciones en el llamado orden regular, si bien el asunto está lleno de aristas.

Ha de tenerse en cuenta que el orden regular es completamente diferente al orden que se produce en las sucesiones de Derecho civil, si bien la base pueda ser común en cuanto a los conceptos, donde es un principio muy claro la igualdad de los sucesores, sin hacer diferencias ni contener, en principio, exclusiones de las personas situadas en el mismo grado, algo absolutamente incompatible con la primogenitura, que es regla esencial de la sucesión. Tal diferencia puede justificar también que se mantengan requisitos tradicionales del mismo orden en cuanto filiación y consanguinidad.

Si asumimos que la remisión del art. 57 al orden regular supone una remisión en lo no expresamente regulado al régimen de Partidas, las ideas de primogenitura, representación, línea y grado a que se refieren con mayor o menor claridad las citadas normas no difieren de los conceptos utilizados en el Derecho de la sucesión intestada, arts. 915 y ss., en cuanto a los conceptos de parentesco, línea y grado, interpretados en este caso conforme a lo dispuesto en la Partida Segunda, Ley 2.^a, título XV, si existiese alguna diferencia, pero esa igualdad solamente se refiere a las ideas o conceptos, no al régimen jurídico. Este difiere del común, pues, por poner un ejemplo, en la sucesión intestada, el descendiente más cercano excluye siempre al más lejano, y no

existe primogenitura, teniéndose en cuenta la línea ascendente.

De acuerdo con esa Ley de Partidas y tras determinar que la sucesión se defería en primer lugar al «fijo mayor», añadía: «E por escusar muchos males que acaecieron, e podrían aun ser fechos, pusieron que el Señorío del Reyno heredassen siempre aquellos que viniessen por la línea derecha. E por ende establecieron que si fijo varón y non oviessse, la fija mayor heredasse el Reyno. E aun mandaron que si el fijo mayor muriesse ante que heredasse, si dexasse fijo, o fija, que oviessse de su muger legítima, que aquel o aquella lo oviessse, e non otro ninguno. Pero si todos estos falleciessen debe heredar el Reyno el más propinco pariente que oviessse, seyendo ome para ello, non aviendo fecho cosa porque lo deviesse perder».

El orden sucesorio constitucional es el orden regular de primogenitura y representación, que significa que entre los descendientes tiene preferencia el primogénito o primer nacido y, seguidamente, los descendientes del primogénito, aunque este hubiera fallecido. Además, el art. 57.1 establece la preferencia de la línea anterior sobre las posteriores, que significa la prioridad de las líneas directas sobre las colaterales, es decir, la preferencia de los descendientes del Rey sobre sus parientes colaterales. También el art. 57.1 establece la preferencia del grado más próximo sobre el más remoto, así como la preferencia en el mismo grado del valor sobre la mujer y la preferencia en el mismo sexo de la persona de más edad a la de menos, que es una concreción de la primogenitura.

La consecuencia es que si no existiesen descendientes en la línea anterior, se recurriría a las posteriores —la cuestión del posible derecho de los ascendientes es un auténtico misterio, si bien en el Código Civil no existe derecho de representación en la línea ascendente—, por lo que, en la situación jurídica al momento de la designación del Rey anterior, en caso de ausencia de líneas descendientes, la heredera habría pasado a ser la hermana

de Juan Carlos I, Pilar de Borbón, y de haber fallecido, la otra hermana del Rey, excluido el derecho de representación respecto de la primera. Si se extinguieran todas las líneas, según el art. 57.3, las Cortes Generales proveerán «a la sucesión en la Corona que más convenga a los intereses de España». Esta es una interpretación conforme al orden sucesorio tradicional, que respeta la primogenitura e incluso sanciona el régimen de preferencia del varón, pero que no soluciona las mencionadas cuestiones de los ascendientes y colaterales de una forma directa.

Es cierto que existe una remisión del art. 57 a que la línea anterior siempre será preferida a las posteriores, pero sin embargo no define cuáles son las líneas llamadas a la sucesión, con la importante particularidad de que el primer apartado no limita los llamamientos, como si era habitual en los precedentes históricos, de tal forma que, como se ha señalado, resulta muy difícil imaginar la extinción de todas las líneas de la dinastía histórica. A estos efectos, hay que tener en cuenta la observación muy acertada de LÓPEZ VILAS en el sentido de señalar que no se extinguen las líneas, sino los miembros de una línea, siendo imposible averiguar la proximidad o propinquidad si se admite la extinción de líneas, pues el grado no es concebible sino dentro de y en la consideración a la línea o líneas. Cita la doctrina a Gregorio LÓPEZ, para sostener que propinquidad o proximidad en el parentesco se computa atendiendo primero a la línea y sucesivamente al grado sin limitación alguna. («et iams si esset in millesimo gradu»).

Aunque no está expresamente previsto, la extinción de todas las líneas llamadas en Derecho daría lugar por la propia situación y en un momento inicial a la Regencia parlamentaria, aunque no se trata de un supuesto de minoría de edad ni de inhabilitación, pues la Corona no desaparece ni la forma monárquica, ya que el mandato a las Cortes las autoriza y obliga a proveer a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España. Sin embargo, la conexión del ap. 3 del

art. 57 con el art. 58 no es clara. Implica cuestiones tan relevantes como la vinculación por el principio de propincuidad, en primer lugar y, en segundo lugar, los límites para la elección de la dinastía que va a reinar, pues a esto se refiere el artículo, que no contempla la supresión de la Corona, únicamente actuable por la reforma constitucional agravada.

El orden de entrada en la posición de Regente: en el caso de la Regencia por minoría de edad, padre, madre, pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, Regente o Regentes de nombramiento parlamentario; en el caso de la Regencia por inhabilitación, Príncipe Heredero, padre, madre, pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, Regente o Regentes de nombramiento parlamentario; en el caso de la tutela del Rey menor, persona designada en el testamento, padre o madre mientras permanezcan viudos y tutores de nombramiento parlamentario, con prohibición de acumular Regencia y Tutela para personas que no sean el padre, madre o ascendientes directos del Rey.

Aunque no se trata concretamente en la Constitución, conviene prestar atención a las situaciones de crisis amparadas en las condiciones de los llamados a suceder o a ocupar cargos de Regente y Tutor, entre ellos el Príncipe heredero. Si bien el artículo comentado se refiere a la inhabilitación del cargo de un Jefe del Estado ya activo, y el siguiente artículo a la tutela de un Rey menor, los mencionados preceptos no dicen nada sobre las funciones constitucionales en expectativa, por llamarlas de algún modo. La existencia de causas de inhabilitación en el Jefe del Estado puede extenderse a Regente, tutor, príncipe heredero y llamados a suceder.

VI. LOS PODERES Y LA RESPONSABILIDAD DEL REGENTE

El Regente actúa en nombre del Rey y por mandato constitucional, guardando silencio sobre el ámbito de esa actuación, es decir, so-

bre los poderes que debe ejercer. Este aspecto de la cuestión tiene que ser estudiado desde la perspectiva del ejercicio por mandato constitucional, lo que quiere decir que las funciones que el Rey está obligado a ejercer las asume el Regente como propias, pero en su nombre, una expresión que no aclara el tipo de gestión o representación desde la perspectiva del Derecho civil. El Rey no ha desaparecido, sino que se encuentra ante una restricción de capacidad, por minoría de edad o por inhabilitación. La citada remisión al mandato constitucional se hace sin ninguna restricción, por lo que deben entenderse comprendidas todas las facultades de carácter jurídico-público, con algunas cuestiones que plantean determinadas funciones. El mandato se ejerce en nombre del Rey, con sus mismas facultades, con excepción de las que puedan identificarse como estrictamente familiares.

Las facultades del Regente se extienden también, por tanto, a las consignadas en el art. 56 —arbitraje y moderación del funcionamiento regular, representación, otras competencias expresas—. Se trata de una sustitución general en cuanto a las funciones y esencialmente transitoria en cuanto a la duración temporal, por lo que estará en vigor cuando persistan los elementos de menor edad o de inhabilitación, sin que pueda convertirse en ocupación del cargo de forma permanente y al margen de los supuestos previstos, pues tal ocupación permanente sería inconstitucional.

No existiendo esa regla de atribución explícita de carácter general, cualquier diferencia entre funciones que tiene o que no tiene la Regencia es arbitraria. Puede intentar distinguirse entre funciones dinásticas y funciones constitucionales, incluyendo entre las primeras algunas que hipotéticamente hubiesen correspondido al Rey como cabeza visible de la dinastía, y que no corresponden al Regente. La base para una posible distinción existe, pero la identificación de esas supuestas funciones de carácter personal y no ejercitables por la Regencia es difícil.

La atribución al Regente de competencias en materias de concesión de títulos nobiliarios plantea su propio problema. Algunos autores especialistas en la materia han sostenido que este no es un poder asumible por el Regente, por razones históricas vinculadas con la competencia sobre títulos, con arreglo al principio de que el Reino es el mayor mayorazgo. El Regente no podría conceder los títulos, pues la atribución de ese poder es histórica y se debe al Rey, aunque la base argumental es limitada. La concesión de títulos y honores es una función constitucionalizada y si bien no hay una cláusula constitucional explícita que atribuya todos los poderes del Rey al Regente, esa función no se excluye. La cuestión es dudosa.

Otro problema planteado por el artículo es el de la irresponsabilidad penal y civil del Regente. La sustitución legal mediante la forma de la Regencia incluye una protección simétrica —o idéntica, si se prefiere—. El Regente, al actuar en nombre de otro por mandato legal, no puede estar expuesto a un régimen de exacción de responsabilidades diferente. Esa actuación por cuenta del mandato de la Ley que implica la figura de la representación legal y que obliga, salvo renuncia, a aceptar el cargo, no puede implicar mayor onerosidad, pero tampoco menor atribución de responsabilidad.

La primera razón para sostener esto es la literalidad de la norma, que coincide con la propia expresión del Derecho civil. La mala gestión o el mal comportamiento en actos sujetos a refrendo y refrendados del Regente desplaza igualmente la responsabilidad al refrendante. Entre el comportamiento autónomo dentro de los límites del Derecho civil y el comportamiento en actos refrendados no hay un caso intermedio de actuaciones por libre que haga pensar en una posibilidad de destitución por mala conducta. O hay actos del Regente sometidos a refrendo y refrendados y por tanto no hay responsabilidad o hay actuaciones personales discutibles, pero que no dan lugar a la inhabilitación, supuesto en que la inviolabilidad e irresponsabilidad se aplican sin cambios en el caso del Regente.

VII. LA FINALIZACIÓN DE LA REGENCIA

Hay que distinguir entre el supuesto de minoría de edad y el de inhabilitación. En el primero, el caso principal es la finalización de la Regencia como un efecto automático de la mayoría de edad del Rey.

En el primer caso, sucede al Regente el Rey sin solución de continuidad, aunque cabe la posibilidad de que en el momento de su mayoría de edad legal esté en situación fáctica de inhabilitación, lo que obligaría de nuevo a la intervención del Regente. Lo que sí parece claro es que la declaración de inhabilitación tendrá que seguir al acceso a la función, pues de otro modo la mayoría de edad no sería de aplicación, salvo que se entendiese que la Constitución habilita a las Cortes para declarar la inhabilitación del heredero, lo que no es asunto claro, sino más bien todo lo contrario.

En el caso de la inhabilitación, en el que ha existido previamente un acto de naturaleza constitutiva, la finalización del mandato deriva de la entrada a ejercer el cargo de un nuevo titular, por abdicación o fallecimiento del Rey inhabilitado. Puede incluso ocurrir que en el momento de la sucesión por esta causa y en este caso, el nuevo Rey sea menor de edad, o bien que esté en situación de incapacidad, supuesto que se puede dar perfectamente, momento en que lo lógico es que se produzca una nueva Regencia, no una continuación de la anterior. En este supuesto, la determinación del Regente ya no se hará en función del Rey incapacitado, pues este ha fallecido o ha abdicado, sino del nuevo Rey.

Otro supuesto de finalización de la Regencia es el hipotético en que se pueda apreciar una reversión de las circunstancias físicas que debidamente comprobadas dan lugar a la inhabilitación. Si el Rey, que sigue siendo Rey, saliera de la situación física o psíquica que ha determinado la inhabilitación, puede revocarse la situación de Regencia y recuperar el Rey su plena capacidad de obrar (BRADLEY y SWING,

sobre la cita a las *Regency Act de 1937-1953*, 257 y ss.). Cuestión diferente es la relativa a una ausencia del Reino o a una incapacidad temporal, expresamente prevista en la legislación del Reino Unido. Bajo la *Regency Act de 1937* se prevé una situación similar de ausencia no definitiva o incapacidad relativa, que da lugar a que el propio Monarca de oficio aprecie la situación y delegue en las personas de la línea familiar indicadas en el art. 6 una serie de funciones que en principio excluyen la disolución del Parlamento y el derecho de conceder títulos nobiliarios.

La muy escueta regulación del art. 59 permite en principio concebir la posibilidad de una declaración dejando sin efecto la inhabilitación y reintegrando las funciones al Rey. El hecho de que bajo la Regencia el Rey sigue siendo el que ha sido inhabilitado no determina la irrevocabilidad de la decisión, como sucedería en caso de que se hubiese producido ya la sucesión. Pero en el marco constitucio-

nal del art. 58 la inhabilitación no da paso a la sucesión sino a la Regencia, que se ejerce por mandato constitucional y en nombre del Rey. La abdicación es otra cuestión, pues en ese caso sí se produce la sucesión y accesión al cargo del nuevo Rey o Reina conforme al orden regular. La diferencia entre inhabilitación y abdicación es que en la segunda se renuncia al cargo de forma irrevocable, mientras que en la primera la irreversibilidad no está expresamente señalada.

Esta posibilidad se encuentra frente al mismo vacío procedimental que el señalado para la declaración de inhabilitación. Si bien se trataría de la desaparición de las causas que originaron la imposibilidad, en la terminología de la Constitución, la constatación de la superación de la situación de imposibilidad para reinar debe atribuirse igualmente a las Cortes Generales, en base a los mismos criterios de valoración que los utilizados para la declaración de imposibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

BRADLEY, A. W. y EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 1999.

GARCÍA CANALES, M., «Las Monarquías parlamentarias europeas», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

GARCÍA TORRES, J., «Artículo 57», en AA. VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, 2008, págs. 1250 y ss., recordando la Ley de 27 de octubre de 1834 de exclusión de Carlos María Isidro de Borbón y toda su línea.

GARCÍA TORRES, J. y REQUEJO, J. L., Voz «Sucesión en la Corona», en *Temas de Derecho Constitucional*, Civitas, 2001, págs. 44 y ss.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1997.

GONZÁLEZ ALONSO, B., «La historia de la sucesión en el trono y el art. 57 de la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 1981, págs. 7-42.

GUTIÉRREZ GIL, A. J., «El Registro Civil de la Familia Real», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1734, 1995, págs. 885-892.

HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del Derecho*, Edhasa, 2005.

- KERVEGAN, J. F., *Hegel, Carl Schmitt: La politique entre spéculation et positivité*, PUF, Quadrige.
- LAFUENTE BALLE, J. M., «De cómo opera en la práctica el mando militar del Rey», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, págs. 321-331.
- LÓPEZ VILAS, R., «La sucesión en la Corona (comentarios al art. 57 de la constitución)», en LUCAS VERDÚ, P. (Comp.), *La corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 129-149.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., «Algunas reflexiones sobre el arbitraje regio», *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo, 1994, págs. 1895-1900.
- «El refrendo de la firma real ante el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, núm. 511, 1987.
- MELLADO PRADO, P., «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, vol. 22, 1986, págs. 175-193.
- MOLITOR, A., *La fonction royale en Belgique*, Crisp, 1994.
- MÜLLER, F., *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2006.
- PASCUAL MEDRANO, A., *La Regencia en el Derecho Constitucional español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- «La Regencia», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.
- PAU VALL, F., «La Pragmática de Carlos III sobre matrimonios desiguales, el art. 57.4 de la Constitución y la monarquía parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 29, 1993, págs. 133-145.
- PEÑA ECHEVERRÍA, F. J., «La democracia en su historia», en ARTETA, A. (Dir.), *El saber del ciudadano, Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, 2008.
- PORTERO GARCÍA, L., «La responsabilidad del Jefe de Estado (I)», *Revista General de Derecho*, núms. 448-449, 1982, págs. 4-12.
- «La responsabilidad del Jefe de Estado (II)», *Revista General de Derecho*, núm. 450, 1982, págs. 226-234.
- «La responsabilidad del Jefe de Estado (III)», *Revista General de Derecho*, núm. 451, 1982, págs. 466-494.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.
- POWELL, C., «La proyección exterior de la monarquía parlamentaria», *Nueva revista de política cultura y arte*, núm. 42, Dic. 1995, págs. 63-79.

ROMEU ALFARO, S., «La Regencia: bosquejo histórico y tratamiento constitucional», en SEVILLA ANDRÉS, D. (et al.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, págs. 247-263.

ROSANVALLON, P., *La démocratie inachevée, Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, 2000.

RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDINEZ, J. J., «La Corona», en RUIZ-RICO, J. J. y BONACHELA MESAS, M., *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Gráficas Monachil, Granada, 1983, págs. 199-243.

SAIZ ARNAIZ, A., «La sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia», en *La Monarquía Parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, 2001, pág. 423.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en LUCAS VERDÚ, P. (et al.), *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 93-117.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

- «Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379. También en BELTRÁN, M. (Comp.), *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, vol. I, págs. 461-475.
- «Sanción promulgación y mandato de publicación de las leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 176-185.

SUBRA DE BIEUSSES, P., «Ambigüités et contradictions du statut constitutionnel de la Couronne», *Pouvoirs*, núm. 8, 1979, págs. 109-116.

TABOADA ROCA, M., «El art. 57.4 de la Constitución y sus antecedentes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 23, 1993, págs. 15-71.

TORRES DEL MORAL, A., «El príncipe heredero», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2001.

TORRES MURO, I., «El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, 1995, págs. 145-163.

Artículo 60

1. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey.

2. El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política.

Sumario: I. La tutela constitucional. II. El contenido de la tutela. III. La controvertida designación del tutor y el objeto de la tutela.

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES

LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA TUTELA CONSTITUCIONAL

A diferencia de la Regencia, la tutela a que se refiere el art. 60 no es autorreferencial, es decir, no se delimita a sí misma. Si bien la Regencia es el ejercicio de los Poderes del Rey, en el que se entra de forma inmediata, la tutela hay que explicarla, es decir, definirla. Y sobre todo hacerlo con criterios de interpretación e integración del Derecho que tengan en cuenta la particularidad de la tutela del Rey menor y la existencia de instituciones jurídicas clásicas de protección de quien no tiene con carácter pleno su capacidad de obrar. Siguiendo el viejo esquema de la Parte General del Derecho civil, de quien tiene capacidad jurídica derivada de su personalidad, pero tiene limitada su capacidad de obrar.

La tutela y las figuras tutelares y protectoras se dirigen a la protección cautelar del patrimonio del menor o incapacitado. Son por tanto actuaciones que se refieren a la administración y representación del tutelado y que se

ajustan al grado de reducción de los poderes del tutelado. No son ya simples figuras representativas, sino instituciones de custodia erigidas por la Ley. En determinados actos son representaciones legales y en otros complejos de funciones más amplias de dirección patrimonial, aunque finalmente la mayor parte de sus actos se refieran a actuaciones representativas. Es más, en el Derecho civil la tutela se identifica con la patria potestad en cuanto al objeto y al fin de la actuación, pero difiriendo en los casos de aplicación. Hay una fungibilidad conceptual en las formas entre patria potestad y tutela, pues la finalidad de protección del menor o incapacitado es la misma y se extiende a las formas más actuales de protección que se han regulado en el Código Civil.

Las diferencias entre Regencia y Tutela consisten fundamentalmente en que la Regencia se refiere a los actos jurídico-públicos, la tutela no, y en la circunstancia de que la Regencia se refiere al Rey menor o inhabilitado, la tute-

la exclusivamente al Rey menor, no existiendo referencia alguna a las figuras tutelares de posible aplicación al Rey cuya inhabilitación se hubiese reconocido.

Es decir, no hay similitud en el objeto y en el fin de la actuación, son círculos diferentes, unos dirigidos a las funciones constitucionales y otros amparados únicamente por el nombre. Hay una tutela del Rey menor, pero nada se dice sobre ese objeto y esa finalidad. No parte, como en el caso en la esfera privada, de una separación de funciones entre patria potestad y tutela, sino de un punto y aparte donde se menciona una tutela en sí, una tutela constitucional, lo que algunas Constituciones históricas denominaban guarda.

Se trata por tanto de una tutela distinta a la definida por el Código Civil, referida a persona y patrimonio y que, aunque nada se dice, comprensiva tanto de la patria potestad como de la propia tutela, pues de otro modo el precepto no tendría sentido, siendo evidente que el padre o la madre llamados inicialmente a la tutela son los cotitulares de la patria potestad. La fusión en el tutor de las potestades previstas para ambas figuras vendría impuesta por la propia Constitución, que no distinguiría entre patria potestad y tutela en el caso de la minoría de edad. Lo que el art. 60 promovería sería una concentración en la persona del tutor de las funciones y cometidos de patria potestad y tutela, para un caso singular. Esta es la única interpretación compatible con la referencia exclusiva de la Constitución a la tutela del Rey menor, y, sobre todo, de su atribución.

El Rey menor no estaría sometido a patria potestad y tutela, sino a una tutela constitucional. De no ser así, habría que añadir a la regulación del art. 60 la aplicación de normas de patria potestad comunes. La cuestión parece abierta, más aún teniendo en cuenta que la prioridad de designación del tutor recae en la persona que designe en testamento el Rey anterior y solamente en su defecto se atribuye la tutela a quien en principio sigue teniendo la

patria potestad. ¿Hay entonces dos situaciones y dos titularidades compatibles? En este caso, existiría una patria potestad y una figura tutelar que se produciría en los casos en que, como dice el propio artículo, el Rey es un menor y se arbitra la posibilidad de que la tutela haya sido asignada en testamento y, en su caso, no corresponda al padre o la madre. No es un caso único ni imposible, pues también la patria potestad puede coincidir con figuras en paralelo, como el defensor judicial u otras figuras que son compatibles con la patria potestad en situaciones especiales en que no tiene un carácter pleno.

Aun asumiendo la mencionada unificación de patria potestad, tutela y situaciones de protección similares para definir la tutela constitucional, ello no eliminaría el problema de fijar el concepto. Habríamos avanzado en el nombre, no es el contenido. Porque el problema se desplazaría a concretar el ámbito objetivo de intervención de la propia tutela. A diferencia de la Regencia, en que el espectro de actuaciones del Regente está claro, definido y acotado, el art. 60 nada dice sobre qué funciones tiene el tutor. La disposición constitucional es tan abierta que es imposible de aplicar sin interpretación. A diferencia de la cláusula abierta del art. 56, que remite la interpretación a un horizonte de posibilidad de determinación por concreción de conceptos abiertos debidos a la *open texture* del lenguaje jurídico, agravado en este caso por la ausencia de llamadas a otras normas del ordenamiento.

Problema de indeterminación que no es independiente de la atribución de competencias a la Regencia. Es decir, no se trata solamente de que tenemos una figura imprecisa, sino que su definición arrastra la determinación de la frontera de la competencia de la Regencia. Si el art. 60 hubiese dicho qué es la tutela, es decir, a qué situaciones jurídicas alcanza, este problema no existiría. Al dejar claro que es un concepto constitucional, plantea la duda de si en algunos aspectos excede las competencias normales del Derecho civil y alcanza alguna actuación fronteriza con el actuar en nombre

de otro que la figura del representante legal que es el Regente condiciona.

A la llamada, al menos parcial, a las normas generales del Código Civil, contribuye el que las situaciones de patria potestad, tutela, curatela u otras medidas de protección del menor introducidas por la nueva legislación siguen el mismo fin. Con la introducción de un término construido *ad hoc*, la tutela constitucional, queda excluido en mi opinión el régimen general y no cabe proyectar de forma mecanicista la regulación civil, si bien esta aplicación es absolutamente indispensable a la vista del carácter lagunoso de la regulación, más que evidente. El art. 60 ni dice eso ni está para eso. Sin ese exceso sobre la previsión y finalidad funcional de la norma civil, el propio art. 60 no existiría; su presencia obliga a una interpretación de especialidad.

Partiendo de la base de una identificación de la tutela del Rey menor con los actos de administración y representación del mismo, a los que se refiere el Código Civil, una cuestión que se suscita es el de la intervención de la jurisdicción ordinaria —y del Ministerio Fiscal— en los asuntos en que en esta materia tiene desde siempre intervención y competencia, en pie de igualdad con los poderes que tiene atribuidos en la legislación civil. Si la tutela se instituye por una norma constitucional que solamente fija quien es el titular y no un régimen jurídico en sí, la aplicación de la norma llevaría a admitir el ejercicio de poderes jurisdiccionales por el Juez ordinario. Es decir, si aceptásemos la tesis de que la única especialidad del art. 60 es la persona llamada, abriríamos la posibilidad a que el régimen ordinario y su supervisión jurisdiccional se compatibilizase con la competencia general atribuida a las Cámaras en las dudas o cuestiones de hecho o de Derecho.

Esta cuestión, como otras, no está resuelta, en cuanto que el art. 60 no contiene referencia alguna a lo que se refiere la tutela del Rey menor, es decir, al objeto de la tutela. De tal modo que es procedente una interpretación

que integre la referencia a la tutela con las instituciones de guarda y custodia del menor, que han sido objeto de regulaciones en las que se ha dado preferencia al interés público, centrándose en la defensa de los derechos e intereses del menor.

II. EL CONTENIDO DE LA TUTELA

La patria potestad incluye un ejercicio del poder en nombre de los hijos, de acuerdo con su personalidad y se extiende a velar por ellos, con las obligaciones accesorias que ello implica y la administración y representación y administración de sus bienes (arts. 154 y ss. del Código Civil), excluyéndose del ámbito de la patria potestad los derechos de la personalidad que el hijo pueda ejercitar por sí mismo, el conflicto de intereses y el caso de la exclusión de la administración, previstos en el art. 162 en relación con el art. 164 Código Civil, a lo que hay que añadir la limitación estricta de facultades de administrar que contiene el art. 166 del Código. En tal materia está prevista casi siempre la intervención del Ministerio Fiscal. En el mismo marco se sitúa la regulación de la guarda y acogimiento de menores y la adopción.

La tutela implica, como hemos dicho, poderes de administración y representación, que se activan en supuestos no coincidentes con los casos de patria potestad, bajo supervisión judicial, refiriéndose la Ley a la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores. Junto a estas figuras el Código Civil se refiere también a la curatela, nombramiento de defensor judicial, y guarda de hecho.

La función tutelar se diferencia de la patria potestad por una fortísima intervención judicial *ex art.* 271, que contiene una serie larga de actos que requieren la autorización, refiriéndose el art. 273 a la previa audiencia del Ministerio Fiscal. Eso no quiere decir que el ejercicio de la patria potestad no tenga límites, pues el interés del menor es siempre es el

relevante y el que ha de tomarse en cuenta para configurar esos poderes. Todas las normas de la toma de posesión a presencia del Juez, formación de inventario, prestación de fianza, depósito de dinero y valores mobiliarios, informe anual al Juez, actos prohibidos al tutor, limitaciones en las facultades de disposición, etc., a los que se refieren los arts. 259 y ss. del Código Civil desvelan esta judicialización de la figura y la intervención necesaria del Ministerio Fiscal.

La mencionada consideración, que puede ser de aplicación a la tutela constitucional, plantea el problema de la singularidad del sistema de la guarda cuando afecta a las personas que pueden ser herederos. La tutela es tutela del Rey menor, no del Rey inhabilitado. ¿Supone esto que la Regencia asume en el caso del Rey inhabilitado funciones de guarda y que en el caso del Rey menor se aplican Regencia y tutela? ¿Habría una gestión parlamentaria de la tutela en el caso del Rey menor y una gestión judicial ordinaria de la protección de los intereses del Rey inhabilitado?

Las referidas cuestiones y otras que se plantean en el comentario de este artículo solamente pueden resolverse considerándola una institución política y constitucional de contenido propio, pero que sencillamente no se entiende sin su referencia a los citados artículos del Código Civil. La propia institución se ceñiría a un ejercicio propio, autónomo, pero también a un régimen jurídico que forzosamente se tiene que remitir, en su ausencia manifiesta en la Constitución, al régimen del Código Civil, que se refiere en los arts. 267 y 270 a las funciones claves: representación del menor y administrador legal del patrimonio del tutelado, necesitando autorización judicial para los actos que se describen en el art. 271 del citado Código.

Por ello, a pesar de esta especialidad, las facultades propias del tutor, sus competencias y sus límites de ejercicio serían las mismas que el tutor, aunque no exista una remisión normativa expresa. Todos los actos relativos a la administración y disposición patrimonial

y a los derechos de la personalidad que lo admitan se verían obligatoriamente reconducidos al ejercicio de funciones por el tutor.

Los cuatro rasgos que derivan de la norma constitucional y de la regulación general serían la delación constitucional, en sus diversas formas, testamentaria, legítima o parlamentaria, compatibilidad con la Regencia, autonomía conceptual e integración del régimen con el del Código Civil. A esas notas podría incorporarse la necesaria acomodación de la intervención judicial, aunque carece de apoyo normativo, como requisito procesal adicional para actos concretos que no excluye la responsabilidad parlamentaria del tutor. Aunque no es tema expresamente aludido en el precepto constitucional, parece poco razonable defender la compatibilidad en el tiempo de formas de control, judicial y parlamentario. La libertad de configuración al legislador que la Constitución establece en virtud de lo dispuesto en el último inciso del art. 57 deja en el espacio de decisión por medio de ley orgánica cualquier litigio que aparezca en la delación o en la actuación del Tutor.

El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política, dice el último inciso del art. 60. Coincidiendo con lo que hemos señalado respecto al art. 58, la incompatibilidad se extiende más allá del ejercicio de funciones constitucionales a cualquier actividad que suponga representación, o que permita inferir que puede existir una utilización de la posición constitucional que se otorga al tutor para el ejercicio de otros poderes.

II. LA CONTROVERTIDA DESIGNACIÓN DEL TUTOR. EL OBJETO DE LA TUTELA

La tutela corresponde, en primer lugar, a la persona que el Rey haya designado en su testamento y, si no es así, al padre o la madre, mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no

podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey y, caso contrario, lo nombrarán las Cortes Generales. Esa distribución escalonada plantea varios problemas diferentes.

En primer lugar, se concede al Rey difunto la facultad de designar al Tutor en su testamento, aunque exige la condición de español y mayor de edad. Si bien es una norma clásica, su oportunidad es más que discutible y así ha de tenerse en cuenta a efectos interpretativos.

El cargo de tutor no es el cargo de tutor del Código Civil, lo que es ya una diferencia importante con la atribución de esa competencia a la persona designada por los arts. 223 y 234 en testamento o en documento público notarial. Se trata de una tutela especial, que se refiere exclusivamente a una persona menor de edad, sin añadir nada más. La limitación establecida por la Constitución es apreciable sin control alguno por parte de las Cortes Generales, que solamente intervienen en ausencia de las personas designadas en el estamento o, en su ausencia, llamadas.

La facultad de designación en el testamento ha sido criticada por la doctrina, entendiendo que en estos casos de figuras incorporadas a la Constitución y con un fuerte elemento constitucional, como ocurre con la tutela, ni la designación en testamento ni la delación en favor de parientes es adecuada. Si bien la figura del tutor del art. 60 no puede entenderse que pueda llegar a atribuir al designado poderes públicos, lo cierto es que no puede identificarse con la tutela y su particular sistema de determinación del tutor, mucho más aún si es a la vez Regente. Ello permite sostener que le son de aplicación los requisitos generales del cargo y los particulares relativos a una posible incapacidad del propio tutor, supuesto para el que la Constitución no prevé absolutamente nada, limitándose a contener la regla sobre acceso al cargo de tutor.

Una cuestión muy compleja es la extensión objetiva de los actos del Tutor, en las tres di-

mensiones de la administración, la representación y el complemento de capacidad, en aquellos supuestos en que se reconoce una intervención del menor a la que se añade la conformidad del tutor, no su actuación exclusiva. Los principios de la tutela, como los de la patria potestad, permiten sostener que su aplicación se extiende a la capacidad jurídica y de obrar civil, es decir, a la persona y al patrimonio del Rey menor, en una extensión paralela a la extensión de los poderes de la patria potestad o de la tutela, en función de quien la ejerce. Hay que tener en cuenta que en el régimen del Código Civil están sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia judicial lo haya establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela, y los menores que se hallan en situación de desamparo.

Los actos que están sometidos a esta tutela son los mismos que los sometidos a patria potestad y tutela en el Código Civil. La capacidad jurídica deriva directamente de la personalidad, y es la capacidad de obrar la que está limitada, en función de varias circunstancias reconocidas en el Código Civil, en el Código de Comercio y en las leyes especiales, incluso las que desarrollan normas de derecho fundamental. Existen actos que el menor no puede llevar a cabo por sí mismo, entre ellos la administración, sin que estos se amolden a un tipo específico de acto asumido por el tutor, ni siquiera en el Derecho civil, ya que la variedad de situaciones jurídicas en que el menor se puede encontrar no permite referirse a un solo modelo. Sin embargo, el principio general es que el Rey menor, en lo que se refiere a la tutela, tiene las mismas limitaciones personales y patrimoniales del menor de edad, tal y como son descritas en el ámbito del Derecho civil. No puede administrar sus bienes de forma autónoma, siendo el tutor el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

La referencia a la minoría de edad no distingue entre situaciones dentro de esa minoría de edad, por lo que el caso de la emancipación producirá los efectos legales consiguientes, correspondiendo por la misma determinadas facultades directamente al menor emancipado. No hay en ese sentido una categoría de menor que se refiera a todas las situaciones sin tener en cuenta las distinciones dentro de ella, y, en concreto, la situación de emancipación o de concesión del beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare. Esta es una cuestión igualmente a armonizar, puesto que la remisión por lógica a las normas del Código Civil es inevitable, dada la identidad de razón, y no oculta que existen situaciones que pueden tener que resolverse con arreglo a una norma o regla nueva.

Entre los problemas que se plantean en relación con el ejercicio de la tutela cabe citar, además de su condición de representante y administrador, la obligación del art. 268 de ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de los pupilos, estableciéndose obligaciones muy concretas de educación, ejercer la citada administración con la diligencia de un buen padre de familia y otras obligaciones estrictamente vinculadas al cargo, refiriéndose el art. 274 al derecho del tutor a una retribución, preceptos que pueden ser de aplicación a la tutela constitucional.

Los arts. 276 y ss. del citado Código Civil regulan la extinción de la tutela y la rendición de cuentas. Establece el art. 278, en relación con un problema que antes hemos apuntado,

que el tutor continuará en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, lo que puede darse perfectamente en el caso de la tutela constitucional. Al menos en este caso y de ser aplicable, aparecería la figura de un tutor del Rey inhabilitado, que, aunque no está expresamente contemplado en la Constitución, es de una lógica absoluta. La inexistencia de referencia a este caso en el art. 60 no significa que la inhabilitación, en este caso no declarada por sentencia, sino por las Cortes Generales, no tenga los mismos efectos civiles que la incapacidad a que se refiere el art. 200 del Código Civil, que hace referencia a motivos que impiden a la persona gobernarse por sí misma.

En cuanto al patrimonio a administrar por el tutor, hay que distinguir entre el patrimonio en sentido jurídico del Rey menor, si lo tiene o si lo puede tener, y la dotación presupuestaria y la intervención en la gestión, muy limitada, de bienes públicos adscritos, facultades que solamente pueden ejercerse por la Regencia. La existencia de la dotación y su inclusión en el presupuesto no autorizan a entender que ese patrimonio esté sometido a tutela, lo que reduce el ámbito de actuación al patrimonio privado y a los actos estrictamente privados, incluidos aquellos derechos de la personalidad que están desde el nacimiento en posesión del tutelado, pero que no admitan otra actuación que la protección tutelar. La administración del patrimonio afecto, en la medida en que requiera de actos singulares del Rey, sería un asunto a resolver por el Regente, no por el tutor.

BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, 1984.

DE LA HERA, A., «Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica (CE, art. 57.1)», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 157-203.

DÍEZ PICAZO, L., *La representación en Derecho Privado*, Civitas, 1984.

ENNECERUS, *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II del Tomo I, Bosch, 1981, págs. 24 y ss.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1997.

MARTÍNEZ VAL, J. M., «Algunas reflexiones sobre el arbitraje regio», *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo, 1994, págs. 1895-1900.

— «El refrendo de la firma real ante el Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho*, núm. 511, 1987.

MELLADO PRADO, P., «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, vol. 22, 1986, págs. 175-193.

MÜLLER, F., *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2006.

PASCUAL MEDRANO, A., *La Regencia en el Derecho Constitucional español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

— «La Regencia», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

PÉREZ VERA, E., «Art. 63: atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, t. V, págs. 297-313.

PORTERO GARCÍA, L., «La responsabilidad del Jefe de Estado (I)», *Revista General de Derecho*, núms. 448-449, 1982, págs. 4-12.

— «La responsabilidad del Jefe de Estado (II)», *Revista General de Derecho*, núm. 450, 1982, págs. 226-234.

— «La responsabilidad del Jefe de Estado (III)», *Revista General de Derecho*, núm. 451, 1982, págs. 466-494.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, DL, 1995.

POWELL, C., «La proyección exterior de la monarquía parlamentaria», *Nueva revista de política cultura y arte*, núm. 42, Dic. 1995, págs. 63-79.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Inviolabilidad del Rey», en COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, 1982, t. I, págs. 281-287.

RODRIGUEZ, Y., «Le monarque dans le nouveau régime politique espagnol», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, núm. 1, 1982, págs. 65-96.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROLLNERT LIERN, G., *El arbitraje y moderación regios en la Constitución Española*, Universitat de Valencia, Valencia, 2005.

ROMEU ALFARO, S., «La Regencia: bosquejo histórico y tratamiento constitucional», en SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en LUCAS VERDÚ, P. (et al.), *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 93-117.

SEVILLA ANDRÉS, D. (et al.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universitat de València, Valencia, 1980, págs. 247-263.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

- «Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379. También en BELTRÁN, M. (Comp.), *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, vol. I, págs. 461-475.
- «Sanción promulgación y mandato de publicación de las leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 176-185.

SUBRA DE BIEUSSES, P., «Ambigüités et contradictions du statut constitutionnel de la Couronne», *Pouvoirs*, núm. 8, 1979, págs. 109-116.

TABOADA ROCA, M., «El art. 57.4 de la Constitución y sus antecedentes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 23, 1993, págs. 15-71.

TORRES DEL MORAL, A., «El príncipe heredero», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2001.

Artículo 61

1. *El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas.*

2. *El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey.*

Sumario: I. La efectividad de una tradición. II. La especial obligación de observar la Ley. La cuestión de la democracia militante III. El efecto del juramento.

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA EFECTIVIDAD DE UNA TRADICIÓN

Lo conocido de las sociedades más antiguas incluye una referencia a procesos y actos de parecido evidente con el juramento. La comunidad constituida y objetivada se impone a la pluralidad de personas y constituye un cuerpo político en el sentido hobbesiano que ofrece el don de la seguridad a cambio de la lealtad. El juramento es la base de la atribución personal del Espíritu objetivo (KERVEGAN, 256 y ss.), como manifestación racional de adhesión a la personalidad constitucional del colectivo. Si la llamada doctrina de la teología política cree ver en diversas manifestaciones del Estado constitucional que existe una transposición del dominio religioso, en el juramento se hace visible la manifestación de la lealtad que está implícita en la adquisición de una condición de ciudadano diferente a la posición individual y familiar. En el juramento los pactos privados originarios se han desligado ya de la utilidad inmediata y el proceso de alcance de la eticidad justifica una visión se-

cular de la lealtad, vinculada al inicio electivo del titular del poder Real por sus pares (FOUCAULT, II, 10 y ss.).

El episodio de la jura, vinculado siempre con la historia colectiva y también con el relato del mito, es un ejemplo claro de la universalidad del juramento como medio de reconocimiento de la autoridad, al exigir el súbdito el juramento del propio Rey. Real o ficticio, la particularidad es que el ciudadano obliga al Rey a jurar, como recuerdo del mecanismo originario de elección que constituye el inicio de la sucesión.

El juramento, como acto performativo, tiene también una evidente conexión con la función simbólica. Hanna PTKIN ya llamó la atención sobre la necesidad de diferenciar entre lo que serían símbolos puramente convencionales o arbitrarios, llamados signos por otros autores, como, por ejemplo, los algebraicos o cartográficos, que simplemente «representan» operaciones, cantidades u objetos (los suplen, sustituyen o hacen referencia a ellos

de una forma neutral, objetiva y convencional), y aquellos otros, entre los que se encontrarían los símbolos políticos más usuales, que «simbolizan», esto es, no se limitan a ser indicadores de un determinado referente, sino que son una expresión del mismo capaz de activar las mismas reacciones emotivas, afectivas y sentimentales que se producirían ante la presencia de lo simbolizado. Otra calificación es útil también para definir esta cuestión, la muy conocida doctrina de PEIRCE al distinguir entre iconos, índices y símbolos, en función de la proximidad de lo que señala a lo señalado.

El juramento y la accesión al cargo alcanzan a la religión de tal modo que han llegado a constituir la jura o el juramento garantía de una determinada adhesión a la fe, como ocurría en la redacción del *Bill of Rights* y del *Act of Settlement*, que declaró el derecho al trono a Sofía, la electora de Hannover y sus descendientes, hasta la *Accesión Declaration Act de 1910*, que enunciaba la adhesión a la fe protestante de una forma menos dogmática. Junto a la jura o antes de la jura han existido otros procedimientos, como la aclamación, la coronación o la proclamación, figura esta acogida en la Constitución Española, donde la práctica previa al constitucionalismo ha sido muy variada y de fundamentos diferentes, desde la jura de Felipe II ante las Cortes de Castilla, incluyendo en algún caso la jura al Rey y la jura del Rey en el caso de las Cortes estamentales.

La evolución citada lleva a una cierta unilateralidad en la jura de la Constitución, entendiéndose por tal como obligación constitucional del Rey, no anticipada o seguida de otra por parte del pueblo o los estamentos, que además se manifiesta como un requisito para la efectividad de la proclamación, aunque el art. 61 no lo establece directamente. Sin embargo, la locución empleada y la práctica confirman que el juramento es previo a la proclamación y que en este caso el citado juramento es obligado. No puede exceptuarse con carácter general o singular y, a pesar de la fuerza

ilocucionaria del acto, es acto jurídico que despliega sus efectos, y cuya omisión impide la proclamación.

II. LA ESPECIAL OBLIGACIÓN DE OBSERVAR LA LEY. LA CUESTIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE

En términos actuales, es decir, en la etapa histórica de la protección de la libertad de expresión y de la libertad de conciencia, la figura del juramento está sometida a una nueva luz interpretativa que se orienta a su justificación. La racionalidad de la figura se cuestionó por las grandes reformas que llevaron a la libertad de conciencia como pilar fundamental del sistema liberal, y que tiene su origen en la obra de HOBBS *Leviatán*, donde se somete al ciudadano a un régimen de sujeción al poder en lo exterior en virtud de un acto de delegación, a la vez que se sitúa la creencia privada en un ámbito protegido, distinción en la que puede apreciar la diferencia entre juramento público y juramento procesal.

Lo cierto es que existe una generalización del mecanismo del juramento como medio de acceso a los cargos y funciones públicas que excede del sentimiento de sujeción a la ley y a la lealtad que estaba en el propio fundamento de la figura en la época medieval. Por eso mismo, la cuestión del juramento ha sido reinterpretada por el Tribunal Constitucional con criterios de elección racional y a la vez de estabilidad, es decir, como mecanismo de aseguramiento de la estabilidad del ordenamiento por la vinculación a través del juramento respecto de los principios del sistema constitucional parlamentario. Así se ha producido en las SSTC 119/1990 y 74/1991, las dos más relevantes dictadas en la materia, en un momento en que se alteró la fórmula en el Congreso o en el Senado debido a planteamientos políticos, y referidas al acto de juramento o promesa por parlamentarios.

Desde ese punto de vista, lo que puede ser inexplicable en la jura de los ciudadanos, por

regir una simple abstención legítima del no inserto en una relación de poder, encuentra una justificación en la obligación cualificada de las autoridades y los funcionarios de sujetarse al acatamiento a la norma, en tanto esta sigue siendo norma. Ese es el mandato del crucial art. 9.1 de la Constitución, que es el mandato del que deriva el deber especial de observar y cumplir la ley del que ejerce funciones públicas. La obligación de manifestar el acatamiento en que consiste el juramento se justifica precisamente en la sujeción a la Constitución de los Poderes públicos, que tiene una evidente diferencia de esencia respecto del ciudadano, lo que no ha sido debidamente destacado en los artículos que se han dedicado a comentar este precepto de la Constitución. No hay nada más absurdo que una autoridad que cuestiona las fuentes de ejercicio de su propio Poder, sea porque obtiene así réditos políticos, sea porque utiliza la posición de privilegio para actuar contra la Constitución.

La Constitución establece expresamente la obligación del Rey, del Príncipe heredero y del regente de jurar la Constitución. La proximidad y ratio común permite extender la obligación al Tutor, desde el mismo momento en que se produce el llamamiento o la designación. Si, en el primer caso, tal obligación es obvia, pues el Regente actúa en nombre de un Rey y así está reconocido en el art. 61, en el caso del Tutor también parece obligado que comience jurando lo que el Rey, el Príncipe Heredero y el Regente tienen obligación de jurar, al acceder a un cargo que, si bien no es estrictamente público, determina a su cargo unas obligaciones que derivan de la propia Constitución.

El Rey jura desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas. El Príncipe Heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes, al hacerse cargo de sus funciones, deben jurar lo mismo y además fidelidad al Rey. Por tanto, en la

Constitución hay dos juramentos, en realidad. El Rey jura, una vez proclamado, guardar la Constitución, y el Príncipe Heredero y el Regente o Regentes juran también fidelidad al Rey. En ambos casos se divide la *forma* entre respeto a la norma y respeto a la persona símbolo. El Rey está sometido a la Constitución, pero al Rey se le debe fidelidad, como manifestación expresa por su sucesor de respeto a la figura del Jefe del Estado. Esta distinción histórica tiene más importancia de lo que parece.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha efectuado una exégesis de las condiciones bajo las que un juramento se puede constituir en requisito de acceso a la efectividad de la función, pues técnicamente es esta la naturaleza de condición para la citada efectividad que tiene el juramento, en cuanto previamente ya hay una elección o designación. Para esa jurisprudencia, la necesidad de respetar la omisión como manifestación en negativo de la libre expresión que en teoría puede reconocerse a un ciudadano puede exceptuarse en aquellos casos en que la posición de sujeción general coincide con una posición de poder derivada del marco declarativo de la propia Constitución. El *public officer* que se obliga a respetar la norma en virtud de la cual se le atribuye el poder tiene la obligación justificada de jurar. Y esto no es un supuesto de apreciación de si existe o no un régimen de democracia militante, si es que lo que sostiene esa tesis se define correctamente, sobre todo en relación con la Constitución positiva.

El acatamiento a la Constitución es instrumento de integración política y defensa constitucional, que, a la vez, exige una expresa declaración de voluntad, aunque no entraña una prohibición de representar ideas o programas o perseguir fines políticos diferentes a los encarnados por la Constitución., reiterando en este punto la STC 74/1991 la doctrina de la STC 119/1990 en el sentido de interpretar la figura en el marco del art. 23.2 y sujetar la regulación del juramento a requisitos congruen-

tes con la finalidad de la figura, que por ello serían constitucionalmente admisibles.

La ausencia de referencia alguna al art. 9.1 de la Constitución, que dota de sentido al juramento, se reflejaba en la STC 117/1990, que equivocadamente centraba el juramento en el rito, cuando señalaba: «El requisito del juramento o promesa es una supervivencia de otros momentos culturales y de otros sistemas jurídicos a los que era inherente el empleo de ritos o fórmulas verbales ritualizadas como fuentes de creación de deberes jurídicos y de compromisos sobrenaturales. En un Estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente una interpretación de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales (en concreto, los del art. 23) y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora».

De acuerdo con la STC 74/1991, de 8 de abril, «El acatamiento a la Constitución, como instrumento de integración política y de defensa constitucional, exige una clara manifestación formal de voluntad, pero no entraña una prohibición de representar o perseguir ideales políticos diversos de los encarnados por la Constitución, siempre que se respeten las reglas del juego político democrático y el orden jurídico existente, y no se intente su transformación por medios ilegales (STC 122/1983). La naturaleza misma de la función representativa, con un evidente substrato democrático producto de las elecciones, refuerza la idea de interpretación flexible de los requisitos formales, haciendo prevalecer, pues, los derechos de participación y representación sobre

una exigencia formalista o rigorista de los requisitos, que no guarde proporción alguna con la finalidad perseguida al establecerlos y con la trascendencia misma del requisito. El *favor libertatis*, que debe presidir la interpretación del alcance de los requisitos establecidos para el ejercicio de los derechos fundamentales, adquiere un particular relieve en relación con el derecho reconocido en el art. 23.2 CE (SSTC 24/1990, 25/1990, 26/1990 y 27/1990), como ha sido también puesto de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con referencia a la interpretación de los requisitos para acceder a puestos representativos (Sentencia de 2 de marzo de 1987, asunto *Mathieu-Mohin y Clerfayt*), en relación con la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. En una institución como el acatamiento, la forma, el «rito» no tiene una dimensión meramente adjetiva, sino que trasciende de esta para proyectarse sobre el vínculo ético y moral que implica; esa tensión entre el compromiso querido por el ordenamiento y el vínculo ético-moral de quien lo manifiesta obliga a buscar una concordancia práctica entre ambos mediante una interpretación no excesivamente ritual ni rigorista del cumplimiento del requisito, y así es la práctica parlamentaria en muchos países, y la que se corresponde también con la tradición parlamentaria española que generó un auténtico uso de manifestar reservas o explicaciones de distinta naturaleza a la emisión del juramento o promesa».

La citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además de confundir la figura del juramento con el rito o fórmula ritual, ha puesto siempre el mayor énfasis en señalar que la Constitución Española no supone la existencia de un régimen de democracia militante, poniendo siempre esta diferencia respecto de la alemana, casi siempre en relación con el juramento.

El experimento alemán de 1933 revela la enorme importancia de la figura, cuando el quebrantamiento constitucional provino de una patente ocultación de los intereses rea-

les, que llevarían a la ley de plenos poderes como marco de una dictadura aberrante, pero con un juramento previo. En ese sentido, es decir, en ese contexto, el carácter necesario y trascendente del juramento adquiere un nuevo perfil, pues pasa conceptualmente a referirse a un aspecto esencial del orden constitucional, el respeto del mismo a la constitución positiva, o si se prefiere a los límites del poder constituyente.

De acuerdo con la STC 48/2003, de 12 de marzo: «La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto esta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

En otro contexto histórico, de crisis profunda, la STC 52/2017, de 15 de junio ha afirmado: «Es muy cierto, como se recuerda en las alegaciones frente a la demanda, que en nues-

tro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «**democracia militante**» que impusiera no ya el respeto sino la adhesión positiva a la Constitución. También lo es, por tanto, que —como ha añadido este Tribunal— el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, pero siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales y que el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a los procedimientos es siempre, y en todo caso, inexcusable [STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4 c), y jurisprudencia allí citada]. Son precisamente estos procedimientos los que pretenden sortearse o soslayarse de manera inequívoca por un acto del poder, como el enjuiciado aquí, que organiza la creación de unas «estructuras de Estado» y la «culminación» de un «proceso de Transición Nacional» —la transformación, en suma, de la identidad institucional de la Comunidad Autónoma— por obra de su sola voluntad».

La doctrina de que el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, pero siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales y que el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución es una doctrina completamente errada. Esa visión, muy relacionada en su génesis conceptual con la ya expuesta del juramento como rito, prescinde de dos elementos esenciales: la constitución positiva, y la regla de justicia moral, en el sentido de DWORKIN.

Las democracias fundadas (i) en una Constitución normativa y (ii) que se refieren a valo-

res no se pueden suprimir a sí mismas. El límite es la presuposición política de la propia Constitución normativa, que no tiene su origen en un acto de establecimiento de un gobierno despótico, sino en una decisión fundamental de organizarse con poderes enumerados y limitados y con derechos inalienables. No puede establecerse en vez de la regla fundamental de democracia y participación otra regla de poder sin límite, una dictadura o un régimen teocrático. Esto no es una cuestión de democracia militante, sino de democracia a secas. La Constitución positiva determina la unidad del régimen político y su organización sobre el principio democrático, a la vez. Esa es la forma y el género de la unidad política elegida, y esa regla no es sustituible, ni en la determinación del órgano decisor constituyente ni en el contenido de la Constitución. Ni cabe declarar el régimen de los soviets por mayoría de dos tercios del *Reichstag*, como señala SCHMITT, ni cabe negar la facticidad del poder constituyente, retraído en sí mismo, pero plenamente existente y su vinculación con la norma fundamental, como a priori del régimen político.

Si no se entiende esto, no se ha entendido nada. Es la unidad del poder constituyente la que ha decidido, pero no lo ha hecho sobre una tiranía, sino sobre sí mismo, en primer lugar y sobre una regla moral, y esa regla moral es insuprimible. No hay reforma constitucional que pueda abolir (i) ni la unidad del poder constituyente, (ii) ni la existencia de un poder delegado y limitado y la garantía de los derechos fundamentales. No es que exista o no exista en la Constitución un régimen de democracia militante, en expresión muy desafortunada, sino que la propia Constitución como regla vincula, pues de carácter moral es el respeto a la libertad y dignidad de la persona y la estricta vinculación de los gobernantes en su poder limitado al interés de toda la población.

Naturalmente, esto es una afirmación que está estrechamente vinculada a la doctrina de los límites implícitos del poder constituyente,

que no son aceptados por la mayor parte de una doctrina que se fija exclusivamente en ese concepto completamente engañoso de democracia militante, para excluirlo en el caso de España, y, además, como si eso fuera una ventaja. Ignoran los acontecimientos de 1933 en Alemania, donde en el contexto de una Constitución, la de Weimar, se llegó al poder con el propósito decidido de suprimir la regla a la que hemos hecho referencia, sustituyéndola por la voluntad del líder. Naturalmente, esto tuvo que hacerse quebrantando el juramento el propio Canciller, pero sin tocar la Constitución.

III. EL EFECTO DEL JURAMENTO

En el caso de Rey, Príncipe Heredero y Regente, la prestación voluntaria del juramento funciona como cumplimiento de una condición que actúa sobre un proceso de acceso a la Jefatura del Estado, que en el caso del primero incluye accesión, juramento y proclamación. De otro modo, no tendría sentido el carácter imperativo de la figura, su inserción en la norma de fuerza privilegiada que es la Constitución. La omisión del juramento supone colocarse más allá de la Constitución, en desigualdad de posición con la necesaria prestación del juramento o promesa de observar la Ley, que es condición de acceso a la función pública, si bien la prestación de juramento a que se refiere el art. 61 de la Constitución no tiene una función idéntica a la exigencia de juramento de autoridades y funcionarios, puesto que es el símbolo el que jura la norma fundamental, es decir, la encarnación de la unidad representativa asume la responsabilidad de derivar su posición del acto de acatamiento a la norma que determina sus propias atribuciones.

El poder simbólico de la Corona, tan mencionado para justificar la figura en el esquema del parlamentarismo, tiene aquí una función esencial y primordial, al referir la concepción del símbolo a su fuente, la propia Constitución, sin que ello determine otra consecuen-

cia que alzar la condición para la efectividad y cristalizar la sumisión de una figura histórica a una norma que no emana de él, sino del otro gran símbolo del sistema constitucional: la titularidad del Poder soberano por el pueblo.

La expresión del respeto a la norma de la que emanan los Poderes es una manifestación del respeto al Poder formador de la soberanía. Lejos de reificaciones, el juramento no es un problema exclusivamente de los que juran, sino que es una garantía de que los Poderes se sujetan y se ejercen en el marco de lo acordado por un cuerpo político que está por encima de los representantes. La Constitución es su propio representante y la idea del juramento es una forma expresiva del deber de cumplimiento y de la prohibición del quebrantamiento de la propia Constitución. No cabe ejercer el Poder derivado de la Constitución para quebrantarla utilizando sus disposiciones, porque la soberanía pertenece al pueblo. Lo que era en la Historia una manifestación de origen estructuralmente contractual, dirigida a que el rey limitado reconociese el contrato medieval, es desde ROUSSEAU una abstracción suprema del poder del Pueblo, constituido históricamente como comunidad decisiva. En ese panorama, el caso del juramento del Rey y del Príncipe Heredero, aun difiriendo en la causa histórica en ese aspecto señalado, es manifestación de la prohibición de quebrantamiento constitucional que se refleja en asaltos a la norma por medio de la propia Norma.

La figura del juramento del Rey se ha examinado por algunos autores, con motivo de los recientes sucesos en Cataluña, como fuente singular de poderes, en referencia al discurso dirigido por el Rey con tal motivo. Esta tesis parece suponer que entre los poderes del Rey se incluye un poder de exigencia de cumplimiento de la Constitución, aunque no se haya formulado así directamente. La jura, en sus consecuencias sobre la actuación del Jefe del Estado, supondría en ese sentido una cierta función de defensa de la Constitución, no articulada mediante procedimientos del control de la constitucionalidad, sino a través del de-

recho de mensaje y de un poder de advertencia a los órganos constitucionales para restablecer el orden constitucional vulnerado. Parece que la mencionada tesis apunta a una capacidad que, si bien no se identifica con la posibilidad de dar una orden vinculante, podría ampararse en la formulación clásica de Walter BAGEHOT. El arbitraje y moderación no alcanzan a un poder de requerir en términos de exigibilidad, pero sí al de advertir, en el que puede incluirse el mensaje regio.

Plantea el problema del juramento, por el hecho de su vigencia, la necesidad de respeto a la Constitución en el sentido más profundo de la expresión. No tiene ningún sentido que el representante impugne por sus propios hechos la base jurídica de su mandato. La apertura a una reforma constitucional no justifica que el *grund* de la Constitución se abra a la vulnerabilidad de la trasgresión por quien jura la observancia. Por eso, el juramento se conecta con el problema de la interpretación contra la Constitución y del quebrantamiento o ruptura del marco constitucional. El juramento es una caución contra la utilización de los Poderes que ella atribuye en perjuicio del *grund*, del fundamento de su propia vigencia. Esta es la verdadera ratio de la secular tradición de que aquel que está en posición de supremacía, antes el Rey, ahora los representantes del pueblo, acaten y obedezcan la Norma superior del Ordenamiento. El experimento alemán de 1933 revela la enorme importancia de la figura, cuando el quebrantamiento constitucional provino de una patente ocultación de los intereses reales, que llevarían a la ley de plenos poderes como marco de una dictadura aberrante, sin que en ningún momento se reformase la Constitución de Weimar.

El juramento además tiene el carácter de acto condición, de tal modo que la proclamación —no elección, ni coronación ni aclamación— no puede tener lugar si no se produce el juramento, dejando en el aire los efectos, que pueden concretarse en una suspensión de la proclamación, situación para la que no existe otro remedio que la práctica posterior del ju-

ramento o la adopción de una ley orgánica para resolver las dudas a las que se refiere el art. 57.5 de la Constitución.

La conclusión referida es derivada de la propia dicción del artículo, que señala el juramento junto a la proclamación, sin perjuicio de la previa aplicación del criterio *le mort saisit le vif* y de sus efectos. Si bien la situación es difi-

cil que se produzca, la relevancia del juramento, que hoy alcanza a la Constitución como norma, obliga a sostener esta conclusión, ya que, aunque nada se dice en la norma sobre los efectos de su ausencia, la prestación del juramento en los términos previstos por el art. 61 es requisito de la proclamación, careciendo de efectividad la asunción del cargo hasta que se produce el citado juramento.

BIBLIOGRAFÍA

CANDO SOMOANO, M. J., *El Rey como símbolo de unidad y permanencia del Estado en la Constitución de 1978*, Congreso de los Diputados, 2003.

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, 1984.

DE LA HERA, A., «Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica (CE, art. 57.1)», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 157-203.

DÍEZ PICAZO, L., *La representación en Derecho Privado*, Civitas, 1984.

ENNECERUS, *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II del Tomo I, Bosch, 1981, págs. 24 y ss.

FENICHEL PITKIN, H., *El concepto de representación*, CEPC, 1985, págs. 109 y ss.

FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population, Cours au Collège de France, 1977-1978 (I)*, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2004.

— *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France, 1978-1979 (II)*, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2004.

GARCÍA CANALES, M., «Las Monarquías parlamentarias europeas», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1997.

GONZÁLEZ ALONSO, B., «La historia de la sucesión en el trono y el art. 57 de la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 1981, págs. 7-42.

GONZÁLEZ AYALA, M.^a D. y TRUJILLO RINCÓN, M.^a A., «El refrendo del nombramiento regio de los presidentes de las Comunidades Autónomas», en ALONSO GARCÍA (*et al.*), *El gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, vol. I, págs. 747-762.

KERVEGAN, J. F., *Hegel, Carl Schmitt: La politique entre spéculation et positivité*, PUF, Quadrige.

LAFUENTE BALLE, J. M., «De cómo opera en la práctica el mando militar del Rey», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, págs. 321-331.

— *El Rey y las fuerzas armadas en la Constitución*, Edersa, Madrid, 1987.

MELLADO PRADO, P., «En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Político*, vol. 22, 1986, págs. 175-193.

MOLITOR, A., *La fonction royale en Belgique*, Crisp, 1994.

PEÑA ECHEVERRÍA, F. J., «La democracia en su historia», en ARTETA, A. (Dir.), *El saber del ciudadano, Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, 2008.

PÉREZ DE ARMIÑÁN DE LA SERNA, A., «Art. 57, Sucesión a la Corona», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo V, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., «El refrendo del nombramiento regio del Presidente de una Comunidad Autónoma, reflexiones en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1987, de 27 de enero y 8/1987, de 29 de enero», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1989, págs. 777-787.

PÉREZ VERA, E., «Art. 63: atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, t. V, págs. 297-313.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, DL, 1995.

POWELL, C., «La proyección exterior de la monarquía parlamentaria», *Nueva revista de política cultura y arte*, núm. 42, Dic. 1995, págs. 63-79.

RODRÍGUEZ, Y., «Le monarque dans le nouveau régime politique espagnol», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, núm. 1, 1982, págs. 65-96.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Inviolabilidad del Rey», en COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, 1982, t. I, págs. 281-287.

RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Sanción promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROLLNERT LIERN, G., *El arbitraje y moderación regios en la Constitución Española*, Universitat de Valencia, Valencia, 2005.

RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDINEZ, J. J., «La Corona», en RUIZ-RICO, J. J. y BONACHELA MESAS, M., *Derechos, instituciones y poderes en la Constitución de 1978*, Gráficas Monachil, Granada, 1983, págs. 199-243.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en LUCAS VERDÚ, P. (et al.), *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 93-117.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

- «Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379. También en BELTRÁN, M. (Comp.), *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, vol. I, págs. 461-475.
- «Sanción promulgación y mandato de publicación de las leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 176-185.

SUBRA DE BIEUSSES, P., «Ambigüités et contradictions du statut constitutionnel de la Couronne», *Pouvoirs*, núm. 8, 1979, págs. 109-116.

TABOADA ROCA, M., «El art. 57.4 de la Constitución y sus antecedentes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 23, 1993, págs. 15-71.

Artículo 62

Corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes.*
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.*
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.*
- d) Proponer el candidato a Presidente del Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución.*
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.*
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.*
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.*
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.*
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.*
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.*

LAS COMPETENCIAS DE LA CORONA

Sumario: I. La concreción constitucional de las funciones del art. 56 CE. II. Una clasificación de las atribuciones regias desde la influencia de las funciones. 1. A partir de la función simbólica. A. Participación formal del Rey en atribuciones de naturaleza simbólica. B. Actos en los que solo se produce la invocación de la Corona. 2. Actos del Monarca desde la función moderadora. A. Actos de moderación formal. B. Actos con posible intervención efectiva. 3. Atribuciones desde la función arbitral. III. Recapitulación.

ENRIQUE BELDA PÉREZ-PEDRERO

TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL (UCLM)
CONSEJERO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES DEL ART. 56 CE

Los cometidos constitucionales del Rey se recogen en los arts. 56, 62 y 63 CE. Lo que el Monarca tiene que hacer por el Estado, desde una primera aproximación, puede clasificarse bajo dos grandes conjuntos de actuación: el ejercicio de una serie de acciones inconcretas de tono político que cumplan la finalidad de moderar, arbitrar y simbolizar (funciones del art. 56 CE); y la realización de otros actos más determinados, derivados o relacionados con esas funciones, principalmente por los arts. 62 y 63, que a su vez son delimitados a tenor de la sistemática constitucional, muy en particular desde el art. 1.3 CE, que obliga a una interpretación de cuanto se vaya a atribuir a la Corona, desde la óptica de la Monarquía Parlamentaria absolutamente racionalizada.

En cualquiera de los casos, las funciones y las competencias del Rey acaban, en la práctica, siendo objeto de regulación y complemento en muchos otros artículos de la Constitución, que son aquellos que tratan el funcionamiento de los órganos del Estado con los que la Corona se relaciona, y que van a ser los que informen con mayor precisión de lo que el Rey, a su vez, puede hacer en el marco institucional.

Las funciones del art. 56 CE son utilizadas como criterio para encuadrar las competencias enunciadas en otros artículos de la Carta Magna, especialmente en este art. 62 CE. Las clasificaciones, de cualquier tipo, están presentes en casi todos los autores que escriben con carácter general sobre la materia (entre otros, ÁLVAREZ CONDE, 1997, 26 y ss.; BAR CENDÓN, 1979, 191 y ss.; DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, 1982, 32; HERRERO, 1997, 51; MENÉNDEZ REXACH, 1979, 383 y ss.; LAFUENTE, 1987, 314 y ss.; RODRÍGUEZ-ZAPATA, 1987, 87 y ss.; o PORRAS RAMÍREZ, 1997, 194 y ss.).

A la vista de lo expuesto se comprenderá que el análisis del art. 62 CE, que se me ha encomendado, renuncie al repaso de cada una de

las atribuciones según el orden elegido por el constituyente en este precepto. Es evidente que una seria explicación de este artículo pasa por argumentar también a partir de una propuesta de clasificación.

II. UNA CLASIFICACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES REGIAS DESDE LA INFLUENCIA DE LAS FUNCIONES

1. A partir de la función simbólica

El sentido actual que hay que conceder a la Corona como institución constitucional en el campo de la Monarquía Parlamentaria es principalmente la de erigirse en símbolo: arrancar de sus connotaciones positivas y prolongarlas para satisfacer un deseo de permanencia histórica (ALVARADO PLANAS, 1995, 98).

De entre las competencias constitucionales de la Corona (partiendo de la dificultad de clasificarlas por la polivalente naturaleza de las mismas, así como por la indeterminación de márgenes de estas funciones —BELDA, 2003, 83 y ss.—), entenderíamos como derivadas del simbolismo las siguientes: la concesión de honores y distinciones, el ejercicio del derecho de gracia, el Alto Patronazgo de las Reales Academias, las relaciones exteriores del Estado y la administración de Justicia. Estas se pueden agrupar en dos pequeños bloques, aquellas en las que existe una participación regia mínima en aspectos formales del contenido del acto resultante, y aquellas en las que su participación se limita a la invocación de su figura.

A) *Participación formal del Rey en atribuciones de naturaleza simbólica*

a) La concesión honores y distinciones [art. 62.f) CE]. Esta potestad de todos los Jefes de Estado la han tenido asignada los Reyes de España en nuestros textos constitucionales

históricos (art. 171.7 de la Constitución de 1812; art. 47.9 de la de 1837; art. 45.9 de la de 1845; art. 69.3 de la de 1869 y art. 54.8 de la de 1876). El objeto ha de entenderse de forma extensa, abarcando desde las medallas a los títulos académicos.

No cabe duda que, al respecto de este tema, merece especial atención la concesión de títulos nobiliarios y diversas cuestiones relativas a ello, entre otras cosas porque ante la escasez de resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a la Corona, es significativo que alguna aborde ciertos aspectos de las normas jurídicas de transmisión de títulos. La perspectiva que aquí interesa no es otra que la posibilidad del Monarca de concederlos con arreglo a la Constitución y las Leyes; y su discrecionalidad en la materia dependerá del margen de apreciación que el legislador le otorgue y la concurrencia, como en todos sus actos, del Gobierno a través del refrendo. Una temprana sentencia del Constitucional, la STC 27/1982, de 24 de mayo, caso *Coullaut*, trata el tema de la transmisión de títulos, siendo seguida posteriormente por otras dos resoluciones en torno a la apreciación del derecho a la igualdad en este campo (SSTC 114/95 de 6 de julio, caso *Cotoner*; y 126/97 de 3 de julio, caso *Condado de Cardona*). Desde ellas se perfila la línea que nuestro Derecho ha de seguir para admitir desde la Corona la concesión de honores y distinciones. Al respecto podemos, al menos, extraer las siguientes conclusiones de interés, de cara a la atribución real sobre honores y distinciones, con referencia a los títulos nobiliarios (STC 27/1982, FJ 2.º):

— Los títulos anteriores a la Constitución son válidos.

— Se pueden conceder por el Rey otros nuevos. Se trata de una gracia del Rey pero sometida a las leyes.

— Los títulos nuevos son vitalicios o perpetuos, y sería preciso un texto legal para regular su ejercicio.

— El contenido jurídico del título se agota en el hecho de tenerlo y mantenerlo, de usarlo y disfrutarlo, y de defenderlo como se defiende el propio nombre.

— Al menos, los títulos que se concedan *ex novo* están sometidos a la Constitución y a la ley, a su control por los tribunales y en su caso a un juicio de constitucionalidad.

Así pues, ha de concluirse que cualquier actuación del Rey en el campo de las concesiones nobiliarias, cuya finalidad no sería otra que conceder un honor o distinguir, está sometida al legislador, con un régimen de sujeción y participación gubernamental parejo al del resto de atribuciones reales. Si bien la propia naturaleza de la presente atribución puede permitir en la práctica que el Rey, canalizando la tradición histórica, tenga una mayor iniciativa para proponer candidatos a tal dignidad o en seleccionar nombres para un ducado o marquesado. Ciertos autores (LAFUENTE, 1987, 241; ASTARLOA VILLENA, 1983, 239 y ss.) parten de la base de que el Tribunal Constitucional, en esta sentencia 27/1982, acepta que la concesión de títulos es un acto de gracia discrecional (modestamente hemos anticipado que, tal discrecionalidad, no es tan evidente) para criticar, especialmente el segundo autor, esta libertad de actuación. No obstante, la escasa claridad de esta resolución invita a pronunciarse también en ese sentido al Tribunal Supremo (TORRES DEL MORAL, 1992, 29).

b) El ejercicio del derecho de gracia [art. 62.i) CE]. La posibilidad de actuar en beneficio de uno o de un grupo de ciudadanos concretos, retirando una pena impuesta tras un proceso con todas las garantías, se atribuye al Rey continuando con toda una tradición constitucional desde 1812 (art. 171.3 de la Constitución de 1812, art. 47.3 de la de 1837, art. 45.3 de la de 1845, art. 73.6 de la de 1869 y art. 54.3 de la Constitución de 1876). Tan peculiar proceder, justificado en circunstancias excepcionales, como cuando existe un desfase entre la pena impuesta y la relevancia del

delito para la mayoría de la sociedad, o gracias a la rehabilitación extrapenitenciaria del delincuente por el retraso en la aplicación de Justicia; está por dos veces condicionada en el mismo precepto constitucional que atribuye tal cometido: por un lado se remite a la ley para reglamentar el ejercicio de tal potestad, y por otro se limita expresamente esta actividad a casos particulares impidiendo los indultos generales. Ni que decir tiene que, según la ley, el Rey permanece a expensas de las decisiones del Gobierno, prestando su nombre formalmente a la decisión de este. El acto real lleva el refrendo del Ministro de Justicia, que le libra de toda responsabilidad.

c) Las relaciones exteriores del Estado. Remisión al contenido del comentario del art. 63 CE, en esta misma obra. La actuación del Rey en este ámbito se materializa en la legación activa y pasiva, la manifestación del consentimiento del Estado por medio de Tratados Internacionales y la declaración de la Guerra o su finalización; todas ellas constituyen atribuciones que cumplen y dan contenido a la función real del art. 56.1 CE de simbolizar al Estado ejerciendo la más alta representación en las relaciones internacionales. Requieren formalmente de la figura integradora de la Corona para resumir la voluntad internacional del Reino de España.

B) *Actos en los que solo se produce la invocación de la Corona*

En segundo término, las siguientes atribuciones regias muestran la mera utilización del nombre del Monarca por otros Poderes y órganos.

a) El ejercicio del Alto Patronazgo de las Reales Academias [art. 62.j) CE]. Este precepto concede al Rey el honor de ejercer la máxima representación simbólica de las academias adjetivadas como *reales*. Se ha criticado la constitucionalización de este hecho que tan solo tiene la función de atribuir al Monarca una proyección cultural, recogiendo la tradición histórica de la fundación de estas instituciones (LAFUENTE, 1987, 257 y 258).

b) La Administración de Justicia. Aludiremos, con suma brevedad y a los efectos sistemáticos que anticipábamos, esta mención, ajena a nuestro cometido de comentar el art. 62 CE, ya que es desde el art. 117 CE, el artículo a partir del cual se señala que, la justicia, se administra por jueces y magistrados en nombre del Rey. Es una expresión testimonial que recuerda los momentos en los que se concentraban bajo la Corona todos los poderes nacionales. Ha de interpretarse entonces la utilización de su nombre como la expresión de la voluntad del Estado, de todos los poderes públicos, una vez se ha pronunciado el Poder Judicial, que va a participar de lo decidido por uno de sus brazos a través de la personificación en el Jefe del Estado de esa capacidad de impartir justicia.

2. **Actos del Monarca desde la función moderadora**

Puede que esta función sea la más indefinida de todas, solapándose con posibilidades de arbitrar o, especialmente, de simbolizar (TORRES DEL MORAL, 1995, 20). La moderación significa procurar una correcta actuación institucional acorde con las normas (GARCÍA CANALES, 1991, 216), aunque siempre pueda seguirse deduciendo en la base del concepto, la capacidad de relación e intermediación entre los otros poderes del Estado. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, en línea de buscar una mayor extensión, aun partiendo de la misma base (moderar es templar, ajustar y arreglar algo, evitando su exceso), estima que ello se traduce en ser consultado por el Gobierno a través del intercambio de información a partir del art. 62.g) CE, y en estimular y advertir, cuestiones mucho más inconcretas (en el plano jurídico, se entiende), concluyendo que el que modera tiene *auctoritas* aunque no poder de decisión (HERRERO, 1991, 1933).

Las siguientes son, con las salvedades y objeciones de clasificación que se vienen reiterando, algunas manifestaciones de la función moderadora. Se han aglutinado las atribucio-

nes en torno a dos grupos, dependiendo de la permanencia de alguna sospecha o resquicio de margen de maniobra regia, para organizarlas bajo el epígrafe *actos de moderación formal*, un primer grupo; o *actos con posible intervención efectiva*, un segundo grupo.

A) *Actos de moderación formal*

a) La convocatoria y disolución de las Cortes Generales del art. 62.b) CE. Los arts. 62.b) y 115 de la CE disciplinan la participación del Rey en estas circunstancias del Poder Legislativo. El segundo precepto es mucho más ilustrativo, señalando que el Rey decretará la disolución de las Cámaras o de una sola de ellas, fijando la fecha de elecciones. En el presente caso, los arts. 68.4, 99.5 y 168 CE muestran la inexistencia de margen real en el ejercicio de esta atribución. Por ello, el Rey convoca las Cámaras tras los procesos de renovación electoral, y las disuelve: 1) por el transcurso de los cuatro años de mandato, 2) la imposibilidad de otorgamiento de la confianza a un candidato en el transcurso de dos meses desde celebrada la primera votación de investidura, 3) por voluntad del Presidente del Gobierno transcurrido un año desde la anterior disolución y sin estar sometido a una moción de censura, y por último, 4) en el seno del procedimiento agravado de reforma constitucional. En todos los casos, el refrendo del Presidente del Gobierno o del Congreso libera a la Corona de la responsabilidad en la apreciación de las circunstancias.

b) La convocatoria de elecciones, también ubicada en el art. 62.b) CE. Según los arts. 62.b), 68.6, 99.5 y 168.1 CE, el Rey llama formalmente al cuerpo electoral para renovar el Parlamento. Como en el caso anterior, el Gobierno tendrá la responsabilidad del acto y del posterior cumplimiento de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, menos en el supuesto del art. 99.5 CE en el cual la responsabilidad de la contrafirma en el decreto de convocatoria recae sobre el Presidente del Congreso. En este último suceso es claro el

papel pasivo del Monarca en cuanto a la conformación del acto, no ya por su carácter reglado, sino especialmente por la realización material del Decreto de disolución por la Presidencia del Congreso, que lo pasa a la firma del Rey (art. 172.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados) y después lo refrenda.

c) Nombramiento y cese del Presidente del Gobierno, art. 62.d) CE. Según los arts. 62.d), 99.3 y 114.2 CE, el margen de discrecionalidad de la Corona en el nombramiento, que se deriva de la voluntad de Congreso de los Diputados, es nulo, como también lo es en el cese, que puede basarse en causas naturales (fallecimiento, inhabilitación física o psíquica), personales (renuncia), o normativas (elección de otro Presidente por el Congreso, tras la renovación de las Cámaras o pérdida de la confianza tras el éxito de una moción de censura).

d) Nombramiento y cese de los miembros del Gobierno, contenida en el art. 62.e) CE. Con referencia en los arts. 62.e) y 100 CE, el Rey nombra y separa del cargo a los Ministros (se entiende también que al Vicepresidente o Vicepresidentes si los hubiera) a propuesta del Presidente del Gobierno, que actúa en este sentido tantas veces quiera. Ha de negarse respaldo constitucional alguno a la posibilidad de que se le permitiese introducir en el gabinete a personas concretas, como parecía deducirse de lo expuesto por algún autor, en momentos de transición histórica (ALZAGA, 1978, 412). Otra cosa distinta es que en unas circunstancias de debilidad política del Ejecutivo o de pusilanimidad de su cabeza, la autoridad moral e influencia del titular de la Corona dotara de mayor peso a cualquiera de sus indicaciones, orientando hacia determinados nombres. Toda decisión y su responsabilidad, en cualquier caso, recaería sobre el Presidente del Gobierno.

e) Convocatoria de referéndum, art. 62.c) CE. La actuación del Monarca se perfila también en este caso como de mera intervención

formal destinada a la mediación con el cuerpo electoral. En los supuestos del art. 92.2 CE (referéndum consultivo), el Rey actúa tras proponérselo el Presidente del Gobierno, una vez es autorizado por las Congreso de los Diputados en el marco de una ley *ad hoc*. En los *referenda* territoriales, convoca al electorado de una Comunidad para ratificar la iniciativa autonómica en los casos del art. 151 CE, o para hacer lo propio sobre el proyecto de Estatuto de Autonomía (arts. 151.2 y ss. y DT. 4.^a CE). Finalmente, en los de reforma de la Constitución, llama potestativa (art. 167.3 CE, si lo solicita una décima parte de los miembros del Congreso o en el Senado, en los quince días siguientes a la aprobación por las Cortes) u obligatoriamente (art. 168.3 CE) al cuerpo electoral, con la contrafirma del Presidente del Gobierno.

f) Diversas atribuciones ajenas al art. 62 CE, relativas a nombramientos de responsables del Estado y de las Comunidades Autónomas. Parece adecuado que sean recordadas para no perder sistemática en este relato: la Corona efectúa diversos nombramientos de responsables de órganos constitucionales y presidentes autonómicos. El Rey nombra de acuerdo a las previsiones constitucionales al Presidente del Tribunal Supremo (art. 123.2 CE), a los vocales del Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3 CE), al Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE), a los presidentes de las CC. AA. en los términos del art. 152.1 CE, y al Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional (arts. 160 y 159.1 CE, respectivamente). Actos, una vez más, de carácter formal, debido y acompañados de refrendo.

En relación a las Comunidades Autónomas, la Corona, además de intervenir en los nombramientos de los Presidentes según el art. 152.1 CE, desempeña otros papeles destacables que se derivan de sus diversas funciones. Nos remitimos entre otros a ARRANZ POMAR para el estudio de estas facetas, que exceden nuestra misión (ARRANZ, 1988, 1565). El Rey es un elemento integrador de las CC. AA., según los términos del art. 56 CE, pero esta característi-

ca no tiene aplicación práctica salvo que se estime que se proyecta sobre el juramento que realiza (art. 61.1 CE) o por el uso de los títulos con proyección regional. En cuanto a las concretas actividades que desarrolla: a) nombra a los presidentes de las Comunidades Autónomas en los términos que marquen, junto con la Constitución, los Estatutos de Autonomía. La naturaleza de este acto es formal, el comportamiento regio es absolutamente debido y se acompaña del refrendo del Presidente del Gobierno; b) sanciona los Estatutos de Autonomía: siguiendo la opinión mayoritaria que ya hemos recogido, hay que negar en el acto de sanción cualquier capacidad interventora del Monarca; c) convoca el referéndum previsto en el art. 151 CE; d) nombra a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia; e) las leyes de las CC. AA. se promulgan *en nombre del Rey*.

Entendemos por nuestra parte que, como en otros tantos terrenos, el simbolismo del Rey supera las formales y vacías atribuciones de la Corona de España en este campo, y se proyecta con más fuerza en los hechos cotidianos: la unidad, integración y respeto a la diversidad y pluralidad, se han demostrado en hechos tan poco trascendentes a nivel jurídico como bodas reales (fijando su celebración en distintos territorios: Andalucía, Cataluña), cesión de títulos ligados a determinadas CC. AA. hacia personas de la línea sucesoria (Galicia, Baleares), sustitución del himno nacional en sus apariciones por himnos de nacionalidades (inauguración de Juegos Olímpicos de 1992 en Barcelona), relaciones personales fluidas con responsables autonómicos, etc.

B) Actos con posible intervención efectiva

a) El Monarca al término del procedimiento de elaboración de la Ley [art. 62.a) CE]. La actuación del Rey sobre la sanción y promulgación de las leyes parte del art. 62.a) CE, con carácter genérico, mientras que es el art.

91 CE el que marca el plazo de ejercicio de la atribución y la necesidad de publicación. Por su parte, el art. 151.2.4.º CE dispone la participación de la Corona en la sanción y promulgación de los Estatutos de Autonomía elaborados por el procedimiento contenido en este precepto. La sanción y la promulgación son dos reductos históricos del poder efectivo de la Corona (ARAGÓN, 1990, 92 y ss.). La sanción es la firma del Rey en las leyes de las Cortes Generales, que ha de realizarse por mandato del art. 91 CE dentro de los quince días siguientes a su aprobación. En la actualidad, este acto del Rey no determina el contenido de ninguna norma, ni en él parece esconderse resquicio que permita un veto ante la negativa a firmar. La intervención del Rey, pues, funciona como un elemento que representa la integración de voluntades y trámites jurídicos que esconden las leyes, convirtiéndose en una dación de fe del Jefe del Estado, que contribuye al buen fin perseguido por los poderes y engranajes constitucionales en su actuación.

Mayoritariamente, en la doctrina se considera como acto debido en el que existe escaso margen de actuación. Cabe por un momento reflexionar, y de ahí la inclusión de esta intervención regia en el presente apartado, que la proyección que alcanza el acto del Monarca, por mínima que sea, es requisito constitucional *sine qua non* para la validez de la norma, que, según se ha convenido, con esta intervención se encuentra completada y perfeccionada. De esta manera, si no procede defender en modo alguno la determinación regia del contenido de las leyes, sí ha de alertarse sobre un residuo de participación que llegado el caso obstaculizaría que terminase el proceso de elaboración legal. Muchos autores son tajantes al afirmar que ningún caso se puede entender la existencia de veto, ni expresión de potestad alguna: es un simple (...) *tributo a la historia y al valor simbólico de la Monarquía* (DE ORTO, 1987, 110). Incluso, aunque no se pueda obligar al Rey a la firma, se deberían buscar consecuencias ante su negativa. En la misma línea se pronuncian muchos otros se-

ñalando que se trata de un acto debido (SANTAOLALLA, 1983, 356 y ss.) o subrayando su carácter residual, advirtiendo que el Rey se limita a aceptar la ley aprobada previamente por el Parlamento. Con ello rompe la tónica de otras Constituciones monárquicas de nuestra historia que admitían el veto absoluto (1837, 1845 y 1876) o suspensivo (1812 y 1869) (ASTARLOA VILLENA, 1997, 219 y ss.).

SOLOZÁBAL, en uno de los trabajos más extensos sobre la materia lo calificó como acto complejo, necesario, constitutivo de ley, pero debido y de cumplimiento inexcusable. En la Monarquía Parlamentaria ya no queda discrecionalidad en la sanción y esta queda como un eslabón del procedimiento legislativo, pero su necesidad pervive para perfeccionar la ley, en una fase constitutiva, de lo contrario el acto de las Cámaras sería, según el autor, solo un proyecto de ley (SOLOZÁBAL, 1987, pág. 96). Ahora bien, la necesaria formalidad genera que el carácter de la sanción no es ni marginal ni accesorio (SOLOZÁBAL, 1987, 107). Se plantea también la salida ante una negativa a sancionar, reconociendo los profundos problemas que supone decantarse por la inhabilitación, la abdicación o la reforma constitucional (SOLOZÁBAL, 1987, 115).

En línea con el repaso que se acaba de efectuar, hay que concluir que la sanción es un acto obligatorio que además está constitucionalmente sometido a plazo (de quince días, se supone que naturales, contados a partir del momento en el que el Presidente del Gobierno somete la ley a la firma). Requiere por tanto una actuación personal del Rey con relativa rapidez, para que no pueda hablarse de veto suspensivo o de discrepancias en el contenido, en condiciones de normalidad. Sin embargo, si se reconoce su participación formal y final, ha de plantearse cuál ha de ser el proceder de un Rey cuya principal obligación es cumplir con la carta magna, y es situado en posición de sancionar un texto abiertamente contrario a la Constitución o al que le faltan los requisitos formales más esenciales.

La doctrina que ha tratado el tema plantea con frecuencia los efectos de una negativa del Monarca a sancionar un texto legal, y en buena parte de los casos se coincide en ejemplificar con una intervención regia en la que, a diferencia del supuesto que se plantea, existe una valoración del contenido de la ley. Se trata de la negativa del difunto Rey Balduino de Bélgica (crisis del 30 de marzo de 1990), de sancionar la ley del aborto por motivos de conciencia, lo que dio lugar a una crisis institucional en la que el Monarca realizó una especie de suspensión en sus funciones utilizando la inhabilitación por espacio de treinta y dos horas (solución que no cabe en nuestro sistema —puede que incluso sea dudosa en el suyo—, salvo que se justifique en el estricto ámbito de las soluciones políticas), siendo suplido en sus funciones por el Consejo de Gobierno (art. 82 de la Constitución belga).

Algunos defienden la negativa del Rey a sancionar el texto si falta algún requisito esencial, porque sería ilógico que el propio Monarca contraviniera la Constitución y la ley. Otros reducen su opinión a responsabilizar a quien refrenda a la Corona. Hay que terciar al respecto alertando de la dudosa lógica de obligar a un Monarca a sancionar un texto que manifiestamente sea contrario a la Constitución o no revista apariencia de legalidad, ni siquiera apelando a su responsabilidad. Cuestión distinta es la negativa a firmar por cualesquiera causas políticas o personales, incluidas las de conciencia (caso Balduino): la única salida posible, entonces, es la búsqueda de mecanismos de relevo en el cargo u oficio, puesto que **la Jefatura del Estado de una Monarquía Parlamentaria no puede conservar requisitos de disposición personal**, ni la conciencia de su titular imponer criterios al pueblo ni a sus instituciones.

Finalmente, siguiendo con el contenido del art. 62.a) CE, cabe hacer una mención hacia la promulgación: la sanción viene acompañada, por su propio sentido como acto jurídico, por la promulgación de la norma y la publicación de la misma. La promulgación se

presentó originariamente como una especie de supervisión o comprobación de la veracidad del texto aprobado por los representantes del pueblo y una llamada general a su cumplimiento: un acto ejecutivo en el que se certifica que el texto de la ley es aprobado por las Cortes, ordenándose que la ley se cumpla (ARAGÓN, 1990, 110).

Certificación e integración son los aspectos más señalados por la doctrina. Por ejemplo, ASTARLOA VILLENA dice que se trata de una solución mixta entre Monarquía y Democracia para perfeccionar jurídicamente la ley votada en el Parlamento, cumpliendo una doble función: certificar la existencia de un texto legal ya aprobado y procurar su incorporación al ordenamiento jurídico estatal (ASTARLOA, 1997, 220), mientras que para RODRÍGUEZ-ZAPATA es un intermedio y momento de síntesis, sin el cual la ley no es ley perfecta (RODRÍGUEZ-ZAPATA, 1987, 109 y ss.), opinión esta última que no puede suscribirse sin matizarse, en el actual marco. En cuanto a su forma y momento de emisión, SOLOZÁBAL constata la confusión de la redacción constitucional entre esta figura y la sanción, advirtiendo que la sanción ha de ir precedida en el texto de la ley de la fórmula promulgadora. La figura de la promulgación se trató por la Escuela de Derecho Público Alemán en el marco de la Monarquía Constitucional, y fue caracterizada como un atestiguamiento solemne realizado por el Jefe del Estado, tanto de la autenticidad de la ley como de su legalidad o adecuación constitucional en aspectos formales y procedimentales (el control jurídico-material no tenía sentido). También conllevaba su orden de publicación para conocer y cumplir la norma (SOLOZÁBAL, 1987, 132 y ss.).

Finalmente, por lo que se refiere al margen de disponibilidad regia en la promulgación, cabe decir que se trata de un acto debido, pero igual que se ha mantenido anteriormente y por su inescindible concurrencia con la sanción, deberá efectuarse sobre un texto con una mínima apariencia formal y material de constitucionalidad [la fórmula es: *A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed*

que las Cortes Generales han aprobado y yo vengo en sancionar la presente Ley (...). Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar la ley].

b) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros. El art. 62.f) CE atribuye esta competencia, que viene a otorgar de nuevo al Rey un papel integrador en el proceso de elaboración de normas y actos: el Jefe del Estado es el hacedor formal, que presenta un acto emanado de la voluntad de un poder estatal. La intervención se concreta en fórmulas que, para algún autor, no han evolucionado desde el franquismo: la palabra *expedir* no se concilia con expresiones de los decretos que asignan al Rey la capacidad de disponer —*dispongo*—, siendo el Gobierno quien tiene esa potestad, a partir del art. 97 y de los arts. 82 a 86 CE (FANLO, 1991, 1972 y ss.), mientras que las fórmulas de promulgación sí reflejan los cambios constitucionales respecto del poder de la Corona. A juicio de FANLO LORAS, es inadecuado anteponer al decreto la palabra *Real*, al margen de la letra de la Constitución y por empuje de la costumbre, rota para otras disposiciones como las órdenes ministeriales, antes llamadas *reales órdenes ministeriales*. Desde nuestro modesto entender, la utilización del término *disponer* o el calificativo de *real* sobre un decreto entra dentro de la lógica y resulta coherente con el simbolismo que conlleva una Monarquía. No es extraño que en esta atribución pervivan rasgos formales de participación del Monarca por la arraigada costumbre constitucional al efecto (el art. 171.1 de la Constitución de 1812; el art. 47.1 de la de 1837; el art. 45.1 de la Constitución de 1845; el art. 75 de la de 1869 y el art. 54.1 de la Constitución de 1876).

En cuanto a la naturaleza de esta actuación, es evidente el **carácter obligatorio de la expedición**, dando curso a la voluntad del Consejo **sin entrar en el fondo a través de un examen o comprobación de legalidad** (en contra, FERNÁNDEZ-FONTECHA y PÉREZ DE ARMÍÑÁN, 1987, 339 y ss.), siempre que el acto que

se somete a la expedición no sea marcadamente inconstitucional: la inclusión en el presente apartado clasificador de esta atribución se justifica por las mismas causas mencionadas para la sanción y la promulgación (el Rey mantiene la posibilidad de negarse ante la evidencia absoluta de inconstitucionalidad, sin que ello le otorgue fuerza de veto alguno; este proceder se justifica exclusivamente en su deber de cumplir la Constitución).

c) Conferir empleos civiles y militares [art. 62.f) CE]. Esta competencia ha de interpretarse de acuerdo con una serie de preceptos de la Carta Magna, entre los que destacaría el art. 23.2 CE, que consagra el derecho fundamental de acceso a los cargos de la función pública en condiciones de igualdad, y los artículos del Título IV: 97, 103 y 104 CE, relativos a las atribuciones del Gobierno y los principios rectores de la función pública; entre otros. De este modo, el Rey presta su figura en nombramientos personificando al Estado al que un ciudadano va a servir tras el correspondiente proceso selectivo. **El Rey tendrá solo cierta capacidad de disposición, en el nombramiento del personal civil y militar de su casa**, conforme al art. 65.2 CE.

d) Ser informado de los asuntos de Estado y, en su caso, presidir el Consejo de Ministros. El art. 62.g) CE establece lo que podría denominarse derecho de la Corona a la información que le atañe, por razón de su función. En principio, esta atribución del Rey es una de las más difusas en sus perfiles, lo que puede conllevar tanto a su minusvaloración como a su extralimitación, ya que *asuntos de Estado* serían tanto los derivados de las competencias adjudicadas a este como aparato, como los deducidos de las funciones encomendadas a las Administraciones de los entes territorialmente inferiores (Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios). La lectura correcta de esta facultad se basa en apreciar la expresión unida al derecho a informarse de los asuntos de Estado: *a estos efectos* presidirá el Consejo de Ministros. Está, por tanto, claro el ámbito principal sobre el que puede

estar informado: aquellos asuntos en los que el Gobierno tenga acceso, por razón de la materia, que no serían otros que los derivados de la función ejecutiva y reglamentaria sobre temas de competencia estatal, además de todos los restantes de trascendencia en la actividad del país. Así, no parece lógico que se le negasen otros informes desde órganos del Estado o de entes territoriales, si se necesitaran para el cumplimiento de sus funciones: por ejemplo, ante una visita a una Comunidad Autónoma, el disponer de los correspondientes datos sociales y económicos para preparar el real viaje, o ante la apertura del Año Judicial, pulsar la opinión del Presidente del Consejo General del Poder Judicial, etc. Lo que no es muy claro es que el Rey se pueda dirigir directamente pidiendo informes concretos hacia responsables territoriales o de otros poderes, siendo más lógico que, si lo que desea es necesario para el ejercicio de sus funciones y se refiere a una atribución concreta, se dirija al Gobierno y este, mediante los cauces de colaboración entre la Administración General del Estado y los demás poderes constitucionales o territoriales, le facilite lo que demande. **El Gobierno es el órgano director de la política estatal y el óptimo canalizador de estas relaciones con el Rey.**

Aunque se interprete que la estrecha relación entre la información a la que puede acceder el Rey y su presencia en el Consejo de Ministros es relevante para la delimitación del contenido de la misma, hay que aclarar de inmediato que, la lógica y la práctica, no permiten reducir el momento de recabar datos sobre los asuntos de Estado a los de sus escasas presencias en el Consejo. Las tareas simbólicas, moderadoras y arbitrales, y en especial la representación formal deducida de la primera función, exigen una actividad diaria que ni siquiera podría quedar a expensas de un contacto semanal en la mesa del Consejo. Es por ello que la administración al servicio del Rey tiene atribuidos canales permanentes de comunicación con la Administración Central del Estado y que el Monarca puede despachar con los Ministros, formal e informalmente,

por cualquier motivo. Además, la propia Constitución circunscribe la presencia en los Consejos de Ministros a aquellas sesiones en las que sea invitado por el Presidente del Gobierno: este es un factor más a tener en cuenta para dibujar la extensión de la información a la que el Monarca tiene acceso, ya que preside y acude al Consejo cuando lo pida el Presidente del Gobierno (y el Rey lo estime oportuno). Por ello es el propio Gobierno el que, fuera de los mecanismos de comunicación ordinaria, marca los tiempos y los temas (dentro de los asuntos de Estado) en los que, y de los que, va a informar al Rey. Por decirlo de algún modo, al margen de los asuntos a los que tiene acceso la opinión pública y que le sean facilitados a su Casa Real por las vías de relación cotidianas, el Gobierno puede darle la información «de Estado» que estime conveniente. Pero tampoco, con ello, cabe adjudicar al Rey un papel de receptor donde su pasividad sea la tónica, siendo legítimo que tenga iniciativa de preguntar o mostrar interés por los asuntos generales, actuando como interlocutor y no como mero oyente.

La doctrina, hasta el momento, parece expresarse en esta línea o simplemente no precisa el ámbito de competencia de conocimiento real. Para MENÉNDEZ REXACH, el Rey es el que decide qué información quiere, pues es el titular del derecho (MENÉNDEZ REXACH, 1979, 407 y ss.). En contra de esta idea se han pronunciado otros autores (entre ellos, SÁNCHEZ AGESTA, 1981, 208; ALZAGA, 1996, 458; y LAFUENTE, 1997, 242), que circunscriben el conocimiento del Rey a los asuntos de relevancia política especial. Esta línea de obtener información circunscrita a lo que se denomina *asuntos de Estado* se encuentra también en obras y artículos citados en la bibliografía. Nuestro parecer, como acabamos de señalar, es que el Gobierno decide la información que facilita al Rey, pero ha de responder en términos generales a las inquietudes del Monarca, y mediar para la obtención de datos de otros órganos que aquel necesite para el cumplimiento de sus funciones. Lo que es claro es que el Gobierno, en

esa actividad mediadora, precisa hasta dónde quiere, el contenido de la información que el Monarca recaba o recibe, siempre que se cumpla la obligación de trasladar datos veraces, pues de lo contrario se rompería la lealtad mutuamente debida.

Por último, respecto de la presencia física en el Consejo de Ministros, habría que destacar que no suele ser frecuente, y algunos años se ha visto reducida a la reunión estival en el Palacio de Marivent. El papel del Monarca debe ser difícil (lo que en la práctica hace que no puede ser conocido públicamente por el secreto de las deliberaciones del Consejo), porque sus funciones constitucionales permanecen en el seno de esa reunión, sin que su presencia en la misma le dote de atribuciones ejecutivas. ALZAGA apunta que puede preguntar, pero no intervenir en las deliberaciones (ALZAGA, 1996, 414). Ello parece acertado siempre que el tono y contenido de la pregunta tenga que ver con los asuntos que conciernen a sus atribuciones y no encierre una toma de partido política, que vaya más allá de la preocupación de la Corona por la solución de temas generales como Jefe de Estado.

Hay que convenir que la redacción del art. 62.g) CE es un magnífico ejemplo de cortesía y delicadeza hacia el Jefe del Estado: la letra del artículo atribuye al Rey la presidencia del Consejo cuando acuda al estimarlo oportuno. Mientras, el fondo muestra con claridad meridiana que el Presidente del Gobierno ha de invitarlo, y que en caso contrario no podrá asistir. Además, lo curioso reside en lo que el artículo no dice, y es que, si bien aparece un cierto margen de discreción del Rey para responder a la petición del Presidente y concurrir al Consejo (*cuando lo estime oportuno*), habríamos de preguntar qué ocurre si el Rey rechaza la petición. Constitucionalmente nada se dispone, pero no puede ignorarse el desprecio que sin causa justificada (ausencia de España, enfermedad, etc.) supondría hacia este Poder del Estado y la posible ruptura de su papel como moderador.

En la doctrina se opina sobre el deseo del Monarca de acudir al Consejo, de manera dispar: MARTÍNEZ SOSPEDRA exponía que la petición del Rey de asistir al Consejo es vinculante (MARTÍNEZ SOSPEDRA, 1980, 133 y ss.), mientras TORRES DEL MORAL, que lo niega, aporta una solución para rechazar una presencia solicitada por el Rey y no deseada por el Ejecutivo: este último no se da por enterado de la petición (TORRES DEL MORAL, 1992, 34). **Como en tantos otros temas referidos al estudio de nuestra actual monarquía, las opiniones formuladas con cercanía temporal a 1978 tienden a mantener mayores cotas de disponibilidad regia en el contenido efectivo de las atribuciones de la Corona.**

e) Mando supremo de las Fuerzas Armadas. La competencia del art. 62.h) CE ha resultado ser una de las más controvertidas a nivel jurídico y político en la joven historia de la Carta de 1978. Sin duda, la fatalidad de poder argumentar su existencia a la luz de un caso práctico colectivo, vivido la noche del 23 de febrero de 1981, ha conducido a posturas divergentes sobre el contenido efectivo de esta atribución, que puede que, sin el ejemplo de esa circunstancia, fuera vista con la naturalidad que requiere (es decir, como las demás), lo que supondría concluir que el Rey ejercita esta competencia con parecidos niveles de sometimiento que en los otros casos. Quizá sea fácil, desde la óptica de cuatro décadas de desarrollo constitucional y casi otras tantas desde el Golpe de Estado, el pasar por alto los sucesos de esa noche y la decisiva intervención del Rey, o ignorar que es precisamente en circunstancias excepcionales cuando muchos resortes constitucionales han de demostrar su funcionamiento. No obstante, cabe apreciar en todo lo escrito durante los años ochenta sobre la Corona unas referencias reiterativas al comportamiento real de ese momento, para extremos tan distintos como su legitimidad, los mensajes regios o esta misma presunta capacidad de mando.

Un grupo de autores, a veces abiertamente y otras de forma más velada, dotan de efectivi-

dad al *mando* que se adjudica al Rey, de manera directa, o con pretexto en situaciones de emergencia como la referida. HERRERO desarrollando la característica que él atribuye al Rey, dentro de su función arbitral, como *magistrado para la crisis* y el estado de excepción, concede efectividad a su mando en caso de previsiones legales insuficientes, ante la literalidad de la Constitución al atribuirle este poder (HERRERO, 1991, 1936 y ss.). Para SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, esta competencia se derivaría de su función como *garante* de la Constitución, concediéndole un mando *eminente* e *indirecto* (se ejercería por el Gobierno y la cadena de mandos). Como jefe civil, ordenaría respaldado con refrendo ministerial, y como jefe militar podría dar órdenes, llegando a estar legitimado para impartirlas directamente. La naturaleza de esas órdenes (como las que dio el 23-F), no es jurídico-civil sino jurídico-militar (SATRÚSTEGUI, 1997, 26). SÁNCHEZ AGESTA ya había calificado el mando como *eficiente* y compartido con el Gobierno, bajo la influencia de la etapa preconstitucional (SÁNCHEZ AGESTA; 1978, 110). En estas teorías destacaríamos el peso último de poder que se permite al Monarca en momentos críticos, pero parece paradójico que, precisamente en circunstancias de excepción, haya de admitirse que uno de los resortes de garantizar la defensa de la Constitución y sus instituciones, pase por una magistratura unipersonal como la que ejerce el Rey. Deslizándonos al reiterado ejemplo del 23-F: ¿qué resorte hubiera saltado con el Rey secuestrado o confabulado con los golpistas? En cuanto al mando eficiente del Rey: ¿cómo cabe atribuir en mandos militares que se habían levantado o estaban dispuestos a ello, un respeto a las órdenes de la Corona, porque viesan en ella un resorte de mando constitucionalmente previsto ante circunstancias excepcionales? Ciertamente es lógico que en esas circunstancias la autoridad se imponga ante la desaparición de quien tiene la potestad, y puede que la milicia se fijase en aquella noche en la *autoritas* del Jefe del Estado y de quien formalmente se sitúa en el escalafón sobre ellos, aunque no tenga mando efectivo. Otros opi-

namos que la respuesta más sencilla es concluir que el Rey *animó* a deponer actitudes sediciosas ejercitando funciones regias y actos constitucionalmente permitidos, aunque formalmente se pudieran revestir de órdenes ante la opinión pública, que por si fuera poco tuvieron después el refrendo del Gobierno (por no decir también el social, en el ámbito político, de la opinión pública), y no sacar conclusiones jurídicas, institucionalizar comportamientos o elevar actos del Rey (que solo pudo realizar por no estar también retenido) a la categoría de mecanismos de defensa constitucional (BELDA, 2006, 65 y ss.).

De cualquier manera, al margen del comportamiento del monarca moderando una situación anómala de franco peligro constitucional, quedan otras preguntas en el aire que cuestionan una visión en la que el Rey se sitúa en solitario al frente de un sistema que hace aguas, cuando en realidad también existían ciertos resortes de poder no secuestrados: ¿acaso puede sostenerse que los secretarios de Estado y subsecretarios reunidos para mantener las funciones ejecutivas no sabían que el Rey pronunciaría un mensaje o acometería llamadas disuasorias a ciertas capitánías?, ¿no tienen por tanto este mensaje o esas llamadas una voluntad refrendante?, ¿no se refuerza ese refrendo cuando las cámaras de televisión le son enviadas por un órgano dependiente del Ejecutivo como era la televisión pública? Parece más atinado pensar que desde los niveles ministeriales ajenos a los sucesos del Congreso se desplegaba una labor directora de defensa constitucional en coordinación más o menos continua con la Casa del Rey. En otro orden de cosas: ¿el tono del Rey con sus compañeros de armas durante esa noche fue de *orden* o de *disuasión*? Parece que la intervención fue eminentemente disuasoria, ya que las órdenes que el Monarca emite en ese momento son fundamentalmente conservadoras del estado de cosas que había de derivarse de la Constitución. El Rey cumple una vez más el papel reductor del sistema, evitando deslices no establecidos en norma alguna, o cambios desligados de la

voluntad de los poderes que, efectivamente, tenían capacidad de ordenar movimientos a las Fuerzas Armadas. Por ello la actuación de la Corona no tuvo otro sentido que evitar comportamientos no generados por los órganos constitucionales competentes, llevando el estado de cosas a la situación que no se debería de haber perdido. En resumen: el Rey no ha de indagar salidas propias ante una crisis, sino participar en actos que supongan el retorno al momento anterior al que se produce el golpe, solventando el vacío, a la búsqueda de la normalidad institucional.

Como se ha expresado en anteriores escritos, y ante la divergencia doctrinal en orden a calificar el mando regio como simbólico, o efectivo en situaciones extremas, etc., nosotros remitimos a la aportación realizada sobre este tema hace unos años (BELDA, 2003, 149 y ss.), donde se reitera la negativa de conferir al Rey una competencia de alcance más allá de lo honorífico, estimando sin embargo necesaria su colaboración en circunstancias extraordinarias por la autoridad (no por la potestad) que asume su Jefatura (tanto del Estado como de las Fuerzas Armadas), pero con la finalidad moderadora de hacer lo que hubieran debido y querido llevar a cabo otros órganos constitucionales en momentos de normalidad. En cualquier caso, habrán de agotarse todas las posibilidades de coordinación y adecuación con los órganos y resortes del Estado que permanezcan en disposición de tomar decisiones. Cabe por tanto predicar de esta atribución un carácter simbólico, como regla general, mientras que en circunstancias extraordinarias puede actuar como derivación de la función moderadora.

3. Atribuciones desde la función arbitral

Desde el art. 62.d) CE se menciona la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno, que se desarrolla posteriormente por el art. 99 CE, el cual es tratado en el lugar correspondiente de esta obra. Y la otra posibili-

dad regia en este arbitrio es la emisión de mensajes al pueblo, omitida por el texto constitucional.

La función de arbitrar, explicada muy sucintamente, consiste en realizar una mediación que ayude al funcionamiento constitucional. El problema fundamental de semejante actividad reside en determinar el alcance de ese arbitrio más que las concretas competencias que del mismo se derivan. El arbitrio aquí no es decisión última ante disputa, ni siquiera cuando las previsiones constitucionales de excepción son insuficientes. Muchas son las razones: en primer lugar, habría que determinar quién estima la circunstancia y momento en que la Constitución no da respuesta a los actos contra ella, y la discreción que se atribuiría a quien así lo estimara. En segundo lugar, ha de recordarse que la voluntad que guía el Estado corresponde a los ciudadanos que no son representados por quien exterioriza formalmente esa voluntad como símbolo de la idea (de *Estado*) en abstracto, sino únicamente por sus representantes electos mediante el ejercicio de los derechos contenidos en el art. 23 CE. En tercer lugar, porque en circunstancias de excepción, lo pertinente para combatir las no es otra cosa que el reforzamiento y continuidad de las instituciones y los procedimientos que marca la Constitución con la finalidad de aproximarse lo más posible a la normalidad hasta volver a ella, y es claro que nada más anormal que atribuir poderes excepcionales a una sola persona, cuestión incluso discutible tratándose de alguien elegido por el pueblo, lo que además no es el caso (BELDA, 2003, 149 y ss.; 2006, 64). Y, por último, en cuarto lugar, porque el Rey jura guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, siendo difícil cumplir una y otra cosa sin el respeto de todo el sistema. Esto **no le transforma en garante de la Constitución, ni su vigilancia tiene tintes efectivos**: podría llamar la atención en circunstancias tanto ordinarias como extraordinarias a un órgano sobre la irregularidad de un acto (MENÉNDEZ, 1979, 441), evidentemente porque es *alguien* en la estructura

del Estado, pero incluso entendemos, que en ese caso lo habría de hacer con especial tacto y de forma reservada. **El Rey tiene influencia para hacer que la Constitución se cumpla, pero no tiene potestad para evitar que se incumpla** (ARAGÓN, 1990, 83). **Ni siquiera pensando que el Rey tenderá a imponer la voluntad del pueblo, cabe justificarlo.**

a) La propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno. Este tema será objeto de tratamiento en el comentario del art. 99 de esta obra. Por su naturaleza reúne, según creo, unas notas similares al resto de las atribuciones reales en cuanto el escaso margen de disponibilidad del Monarca, y que, como manifestación de la facultad de arbitrar, poco es lo que deja al *arbitrio* del titular de la Corona. Nuestra posición al respecto se encuentra entre las más negativas de cuantas se han publicado hasta la fecha, en el sentido de **rechazar**, prácticamente hasta sus últimos extremos, **la más mínima posibilidad de manobra por parte de la Corona en este campo** (BELDA, 2003, 303 y ss.).

b) Los mensajes regios. Aunque parezca absurdo, ha de dejarse constancia en cualquier estudio sobre atribuciones regias, de la pacíficamente admitida existencia de una competencia como la presente, que ha sido cuidadosamente estudiada (entre otros, TENORIO Y GONZALO, 1995; HERRERO, 1984); pero cuya característica más sobresaliente es su **falta de referente expreso en la Constitución**. Viene a ser el ejemplo más claro que, directamente y a partir de las funciones genéricas del art. 56 CE, se pueden extraer otros actos regios, ajenos a la relación del art. 62 CE. Ahora bien, puede que también sea la clave para entender que, precisamente su sobrentendimiento, no es el mejor pasaporte para dotar a esta posibilidad de intervención del Monarca, de un contenido efectivo determinado por su voluntad o arbitrio, sino más bien una nueva llamada al sujeto refrendante para que supervise su esencia y finalidad.

III. RECAPITULACIÓN

En el seno de la Monarquía Parlamentaria y respecto a las funciones y cometidos de la Corona, puede que deba evitarse la búsqueda de una asignación competencial similar a la que se predica para distinguir la actuación de otros órganos constitucionales. Su esencia no se explica si no es en un plano estrictamente formal en el que importa más cómo hace las cosas el Rey que las cosas que hace, cómo manifiesta sus indicaciones más que el contenido de las mismas, cómo representa más que la naturaleza de esa representación, cómo se siente su autoridad más que descubrir qué mandos y potestades se encierran detrás de sus quehaceres. Sin embargo, de aquí arranca una realidad que en el campo de las relaciones institucionales entre los distintos poderes y órganos del Estado se suele olvidar: la **mayor eficacia práctica de la influencia política frente a las atribuciones jurídicas**. Si a ello se añade que la influencia política del Rey está revestida de un manto de neutralidad, fuerza moral, simbolismo y cautela, podría llegarse a la conclusión del enorme espacio de actuación real de la Corona en los poderes públicos, sintiendo viva, hoy más que nunca, la máxima de BAGHOT: *La Corona hace mucho más de lo que parece hacer* (BAGHOT, 1867, 87).

La ausencia notoria de contenido efectivo y alcance de la voluntad regia en sus propias atribuciones jurídicas no ha de ser obstáculo para el cumplimiento de sus funciones, que pueden materializarse a la perfección utilizando la propia autoridad simbólica y moral. De nada valdría, para arbitrar entre poderes, tener alguna capacidad más de disposición en la competencia de sancionar, o promulgar las leyes, o en convocar y disolver las Cámaras, o en proponer un candidato a la presidencia del Gobierno, ni tampoco que para cumplir su función simbólica se le atribuyera un mayor margen de actuación en política exterior o algún resorte para actuar como garante de la Constitución. Todo esto podría suponer, des-

de nuestro punto de vista, un cuestionamiento inmediato de la Corona. **La protección que requiere el Jefe de Estado monárquico es precisamente el alejamiento de atribuciones jurídicas efectivas**, que le eviten la ocasión de chocar con los criterios de cualesquiera otros órganos del Estado, que a buen seguro le ganarían la partida porque en todos existe una mayor conexión de su criterio (o al menos más reciente y clara) con la voluntad popular. Ni que decir tiene que el Monarca en el campo de la lucha política e institucional tendría, si no sus días, sus años contados.

Pero, por otra parte, en la justificación de la inexistencia de un poder real jurídico relevante, también ha de pensarse en términos de defensa constitucional, y contemplar la hipótesis de un titular futuro de la Corona con veleidades intervencionistas. La simple autoridad política práctica, derivada de su posición moral y de su reconocimiento público, sería suficiente para alterar el correcto funcionamiento de las instituciones, y aunque ante los ojos del pueblo fuera perdiendo su manto de simbolismo, neutralidad o autoridad, podría tener ocasión de alterar el engranaje de relaciones entre poderes, retrasando la propia actividad del Estado e incluso obstaculizar una reforma constitucional para su desaparición. El operador jurídico no puede dejar de reconocer esa capacidad última de alterar la realidad y las decisiones últimas de los órganos del Estado, especialmente del Gobierno o del Parlamento, por parte de aquellas personas con tal influencia, y más

cuando esta se consagra en la propia Constitución desde el escaparate de la Jefatura del Estado. Así pues, la interpretación del catálogo de atribuciones por parte de la doctrina mayoritaria (y la claridad de alguna resolución como la STC 5/1987 caso *Nombramiento de Lehendakari*, FJ 2.º, en la que se niega validez a los actos del Rey sin refrendo, dando por tanto la última palabra o el veto a otras figuras del Estado), es también una apuesta por un **Estado democrático en el cual no existen posos del principio monárquico ni resquicios de poderes institucionales de decisión sin base popular**. Cuando, además, se tiene la suerte de refrendar esta realidad constitucional con la práctica, diaria e ininterrumpida, de un comportamiento del titular de la Corona sometido a estas reglas hasta en el más mínimo detalle, no cabe sino concluir la compatibilidad de nuestra forma de Jefatura de Estado con el régimen democrático.

En cualquier caso, y ya en el plano puramente jurídico y no político, la Monarquía Parlamentaria no significa la propia negación del Rey, respuesta que sería el fruto resultante de ignorar por completo la concurrencia del Monarca en todas las atribuciones constitucionales (asociando su participación formal a la total ausencia). Por ello, y por muy limitados, cercenados o disminuidos que puedan presentarse sus cometidos, estos son claros, imprescindibles en algún caso, y la participación de su voluntad, con todas las reservas y condicionamientos expresados, está constitucionalmente avalada.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, M., *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1990.

ASTARLOA VILLENA, F., «Artículo 62 [Apartados a-e]: Atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, tomo V, Madrid, 1997, págs. 217-229.

ASTARLOA VILLENA, F. y LAFUENTE BALLE, J. M., «Artículo 62: Atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Edersa, tomo V, Madrid, 1983, págs. 239-295.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *El Poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*, Senado, Madrid, 2003.

— *Las instituciones funcionaron. 25 años del golpe*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CREMADES GARCÍA, J., «Efectos del principio hereditario en las funciones moderadora, arbitral y simbólica del Rey», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 205-213 y en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, Madrid, 2000, págs. 199 a 206.

DE ESTEBAN ALONSO, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, 2 vols., Labor, Barcelona, 1982-1983.

FANLO LORAS, A., «La expedición por el Rey de los Decretos acordados por el Consejo de Ministros (sus fórmulas promulgatorias tras la Constitución de 1978)», en MARTÍN RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1961-1988.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M., «De nuevo sobre la posición constitucional del Rey», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 36, 1995, págs. 173-181.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M. y PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A., *La Monarquía y la Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.

GARCÍA CANALES, M., *La Monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «La posición constitucional de la Corona», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1921-1940.

— «Artículo 56: El Rey», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo V, Edersa, Madrid, 1997, págs. 39-76.

LAFUENTE BALLE, J. M., «Artículo 62 [Apartados f-j]: Atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo V, Edersa, Madrid, 1997, págs. 231-260.

MENÉNDEZ REXACH, A., *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1979.

OTTO Y PARDO, I. de, «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, págs. 11-43.

PÉREZ ROYO, J., «Jefatura de Estado y democracia parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 39, 1983, págs. 7-27.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ AGESTA, L., «Significado y poderes de la Corona en el Proyecto constitucional», en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 93-117, CEC.

— «La Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 18, 1986, págs. 9-20.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *La sanción y la promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

— «La sanción y la promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379.

TENORIO SÁNCHEZ, P. J. y GONZALO GONZÁLEZ, M., «La Corona en los discursos parlamentarios del Rey», en TORRES DEL MORAL, A. y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coords.), *Estudios sobre la Monarquía*, UNED, Madrid, 1995, págs. 101-117.

TORRES DEL MORAL, A., «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en LUCAS VERDÚ, P. (Dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Facultad de Derecho, Madrid, 1983, págs. 39-84.

— *La Monarquía parlamentaria española*, Tecnos, Madrid, 1991.

VV. AA., *La Monarquía Parlamentaria*, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 1 y 2 de marzo de 2001, Madrid, 2001.

Artículo 63

1. El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.

2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.

Sumario: I. Tres expresiones de la función de representación del Estado en las relaciones internacionales. II. La acreditación por el Rey de los miembros de las misiones diplomáticas, expresión de la voluntad de colaborar en unas relaciones internacionales pacíficas basadas en el principio de cooperación. III. Una interpretación constitucionalmente flexible de la participación del Rey en el proceso de conclusión de los tratados internacionales. IV. El recurso por España a la fuerza armada internacionalmente permitida corresponde al gobierno bajo el control de las cortes generales. El Rey será debidamente informado.

SANTIAGO RIPOL CARULLA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

I. TRES EXPRESIONES DE LA FUNCIÓN DE REPRESENTACIÓN DEL ESTADO EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El art. 63 de la Constitución Española establece que corresponde al Rey: 1) acreditar a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él; 2) manifestar «el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la constitución y las leyes», y 3), previa autorización de las Cortes Generales, «declarar la guerra y hacer la paz». Con el enunciado de estas tres funciones, el citado precepto concreta lo dispuesto en el art. 56 CE, según el cual el Rey, en tanto que Jefe del Estado, «asume la más alta representación

del Estado español en las relaciones internacionales». El art. 4 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2014) menciona estas tres funciones cuando se refiere a la Corona como sujeto de la acción exterior del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional apenas ha dedicado atención al art. 63 CE. La STC 140/1995, de 28 de septiembre, se refiere tangencialmente a la función del Rey con respecto a las misiones diplomáticas, para señalar que, al otorgar al Jefe del Estado un papel en el proceso de acreditación de las mismas, la Constitución resalta el compromiso de España con el principio de cooperación pacífica entre los Estados establecido por la Carta de las Naciones

Unidas. El ATC (Sala 1.^a) 114/1991, de 11 de abril, trata directamente un supuesto en que España concluyó un tratado internacional sin la autorización del Rey. Este Auto aboga por una interpretación no literal del art. 63.2 CE que permita al Estado concluir acuerdos internacionales en forma simplificada pese a no estar expresamente previstos por el Derecho español. Por último, el TC nunca se ha referido al ap. 3 del art. 63; difícilmente podría hacerlo porque este artículo contempla una posibilidad jurídicamente imposible y que, en cualquier caso, determinaría la realización por España de un gravísimo ilícito internacional. De todos modos, la práctica española permite apreciar dos supuestos que guardan relación con lo previsto en el art. 63.3 CE; en ambos casos el papel que, bien normativamente bien a través de la práctica, se ha atribuido al Rey dista mucho del previsto en la Constitución.

II. LA ACREDITACIÓN POR EL REY DE LOS MIEMBROS DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS, EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD DE COLABORAR EN UNAS RELACIONES INTERNACIONALES PACÍFICAS BASADAS EN EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

La primera de las tres funciones del Rey establecidas en el art. 63 CE hace referencia a la figura de las misiones diplomáticas: «El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él».

La STC 140/1995, de 28 de septiembre, relativa a las inmunidades de jurisdicción de los agentes diplomáticos, se ha referido a esta función del Rey. Así lo hizo en el FJ 8 cuando el Tribunal se preguntó por la legitimidad constitucional de este límite a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles. Para el Tribunal tal límite tiene un doble fundamento: el principio de igualdad soberana de

los Estados, por una parte, y el principio de cooperación pacífica entre los Estados, por otra, derivados ambos de la Carta de las Naciones Unidas. Por lo demás, este último principio está asimismo presente en el Preámbulo de nuestra Constitución cuando proclama la voluntad de la Nación española de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

Es indudable que a ese fortalecimiento contribuyen las funciones que llevan a cabo las misiones diplomáticas (art. 3.1 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961) y que **la función que el art. 63.1 CE asigna al Rey reafirma la importancia que la Constitución «atribuye a las misiones diplomáticas —órganos de un Estado extranjero que le representan ante el Estado receptor— en el desarrollo de las relaciones pacíficas y de cooperación de España con todos los pueblos y Estados».** Esta importancia está en consonancia con la que les otorga el Derecho internacional, siendo así, por ejemplo, que el Tribunal Internacional de Justicia en un Auto de 15 de febrero de 1979 afirmó que «la institución de la diplomacia ha demostrado ser un instrumento esencial de cooperación eficaz en la Comunidad internacional que permite a los Estados, a pesar de las diferencias de sus sistemas constitucionales y sociales, de alcanzar la comprensión mutua y resolver sus controversias por medios pacíficos» (*Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*. Medidas provisionales. *Rec.* 1979).

III. UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONALMENTE FLEXIBLE DE LA PARTICIPACIÓN DEL REY EN EL PROCESO DE CONCLUSIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Al Rey corresponde, en segundo lugar, «manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de

tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes» (art. 63.2 CE). El alcance de esta disposición ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en el ATC 114/1991, de 11 de abril (Sala I.ª), que dio respuesta a un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano extraditado a Alemania en aplicación de un Canje de notas verbales entre España y Alemania (1986) que desarrolló el art. 5 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, acordando su aplicación a los delitos fiscales. Para el recurrente las decisiones judiciales que se pronunciaron favorablemente respecto a la extradición vulneraron su derecho a la libertad personal y a la legalidad punitiva (arts. 17.1 y 25.1 CE) porque aplicaron un tratado nulo, dado que el Rey, como Jefe del Estado, no había prestado el consentimiento del Estado para obligarse por medio del mismo.

El TC considera que **el art. 63.2 CE requiere de una interpretación no literal**, pues tal interpretación llevaría a afirmar, como hace el recurrente, que, en defecto de ley que expresamente lo autorice, solo el Rey puede declarar válidamente el consentimiento internacional del Estado. Una tal interpretación cegaría la facultad de alcanzar acuerdos como el presente, caracterizados por desarrollar las previsiones contenidas previamente en un tratado en vigor, concluido mediante los instrumentos formales previstos en la Constitución y cuyas previsiones desarrolla. Por otra parte, impediría el recurso por España a las formas simplificadas de conclusión de los tratados que, aunque no previstas expresamente en el Derecho español, son autorizadas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). En concordancia con esta decisión, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales (BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014) ciñe la participación del Rey a los supuestos en los que la manifestación del consentimiento de España se realice por medios solemnes, esto es, mediante ratificación y adhesión (art. 22).

IV. EL RECURSO POR ESPAÑA A LA FUERZA ARMADA INTERNACIONALMENTE PERMITIDA CORRESPONDE AL GOBIERNO BAJO EL CONTROL DE LAS CORTES GENERALES. EL REY SERÁ DEBIDAMENTE INFORMADO

Finalmente, corresponde al Rey, previa autorización de las Cortes Generales, «declarar la guerra y hacer la paz» (art. 63.3 CE). No existe ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre este precepto, cuya principal característica es su desafortunada redacción. En efecto, **el empleo de la fórmula «declarar la guerra» resulta absolutamente desfasado** y remite a un Derecho internacional anterior a la Carta de las Naciones Unidas, cuyo art. 2.4 prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. La noción de guerra y, por tanto, la declaración de guerra son instituciones ilegales desde el punto de vista del Derecho internacional, a las que, por tanto, la CE no debería haber recurrido. «El Rey, aun con la previa autorización de las Cortes, no puede declarar la guerra, puesto que no se trata de una posibilidad internacionalmente aceptada y cuyo recurso haría incurrir al Estado español en ilícito internacional» (PÉREZ VERA; RODRÍGUEZ CARRIÓN, 1997, 277).

La «declaración de guerra» es distinta de otras dos situaciones, únicas en las que, según el Derecho internacional público, cabría **el recurso por parte de España a la fuerza armada**: la participación de tropas españolas en el sistema multilateral de acciones e iniciativas en pro de la paz y la seguridad internacionales y los supuestos de legítima defensa. Ambas situaciones se han dado en la práctica y en ambos casos **el papel del Jefe del Estado ha sido distinto al previsto en el art. 63.3 CE**.

Desde el año 1989, España ha participado en **52 operaciones de paz y misiones de ayuda humanitaria** (destacamentos en operaciones de paz; misiones de ayuda humanita-

ria; observadores en operaciones de paz) y cerca de 72.000 militares de los tres ejércitos las han hecho posibles con su presencia en cuatro continentes (http://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/). Durante los años noventa y hasta 2004, el envío de tales tropas españolas era decidido por el Consejo de Ministros, cuyos miembros —Ministro de Asuntos Exteriores, de Defensa o Presidente del Gobierno, según los casos— comparecían posteriormente ante el Congreso de los Diputados para informar de tal decisión.

La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (BOE núm. 276, 18 de noviembre de 2005) estableció una reglamentación sobre la aprobación de misiones en el exterior. Según esta, corresponde al Gobierno «acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (art. 5) y compete al Congreso de los Diputados «autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional» (art. 4), de acuerdo con lo establecido en el art. 19 de la Ley (Condiciones de las misiones en el exterior).

El segundo supuesto al que se ha hecho referencia remite al **empleo de la fuerza armada en calidad de legítima defensa** por parte de España. En el pasado reciente esta situación se ha dado con motivo de los acontecimientos vividos tras la ocupación por Marruecos de la isla Perejil el día 11 de julio de 2002.

Como se recordará, el día 17 de julio, el Ejército español realizó una intervención armada en el islote Perejil que concluyó con la entrega de los soldados marroquíes a la Guardia

Civil, que se encargó de repatriarlos a Marruecos a través de Ceuta.

En una comparecencia urgente de los señores ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa, celebrada conjuntamente el día 17 de julio, doña Ana de Palacio Vallelersundi y don Federico Trillo Figueroa y Martínez-Conde calificaron jurídicamente la acción del Ejército español como un acto de legítima defensa realizado en respuesta a un acto de agresión, bajo el amparo del art. 51 CNU. La operación militar fue decidida por el Gobierno de España y su preparación y ejecución se realizó bajo el mando militar del Jefe del Estado Mayor de la Defensa, en su doble condición de mando estratégico y mando operativo de nuestras Fuerzas Armadas, y de los representantes máximos de los Estados Mayores de Tierra, Mar y Aire.

Como señaló el Ministro de Defensa: «Juntos hemos ido diseñando una serie de fases de apoyo a cada una de las decisiones que ha ido tomando el presidente del Gobierno, quien ha mantenido siempre el debido contacto informativo con Su Majestad el Rey» (*DS Congreso de los Diputados, Comisiones*, núm. 543, de 17 de febrero de 2002).

En definitiva, ni en el caso de la participación de las Fuerzas Armadas españolas en operaciones en el exterior ni en el del uso de la fuerza en calidad de legítima defensa, se ha requerido la autorización del Rey, a quien, sin embargo, se le ha dado la información correspondiente. La adopción de una y otra medidas corresponden al Gobierno de España, que dirige la política exterior y militar y la defensa del Estado (art. 97.2 CE), bajo el control de las Cortes Generales.

BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Díez-Hochleitner Rodríguez, J.; Bermejo García, R., Caflich, L. y Gutiérrez Espada, C. (Coords.), *El derecho internacional: normas, hechos y valores: liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Madrid, 2005, págs. 507-531.

PASTOR PALOMAR, A., «Artículo 22», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; Díez-Hochleitner y MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 429-447.

PÉREZ VERA, E. y RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «Artículo 63», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo V, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, págs. 261-274.

Artículo 64

1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el art. 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.

Sumario: I. La Monarquía parlamentaria y el refrendo. II. La práctica seguida desde 1978. III. Inviolabilidad e irresponsabilidad. Los tipos de responsabilidad del refrendante. IV. La naturaleza del refrendo y la validez del acto del Rey. V. Las formas del refrendo.

MANUEL FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
LETRADO DE LAS CORTES GENERALES
EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA MONARQUÍA PARLAMENTARIA Y EL REFRENDO

La Constitución se refiere en el art. 56 al refrendo. Si ya hicimos referencia a los requisitos del acto del Rey para su validez, corresponde hacer ahora una especial referencia a la figura del refrendo y a sus modalidades. Antes hay que señalar que la Constitución se refiere al refrendo en dos artículos diferentes —arts. 56 y 64—, primero en lo relativo a la responsabilidad del Rey y, por otro lado, en lo relativo propiamente a la atribución de la competencia sobre el refrendo, debiendo destacarse sin embargo que es en el primero donde se contiene la norma que determina que del refrendo depende la validez del acto del Rey. El segundo precepto, que se refiere al refrendo exclusivamente, sin hacer referencia alguna a los actos del Rey, contiene la obligación constitucional que se impone sobre los refrendantes de proceder a ese refrendo, si el acto a refrendar es acorde con el ordenamiento jurídico. No es solamente una facultad sino una auténtica obligación.

El refrendo es una forma jurídica atípica, como lo son en general las que se refieren a la formación del acto en conjunto con otro acto o mediante la simultaneidad de otro vinculado. No se puede identificar con la autorización, la aprobación, la convalidación o la confirmación, pues se construye como acto independiente y sin embargo complementario, de casi nulo contenido propio, ya que se agota por su emisión, y que siempre se ha ejemplificado en los casos de la llamada contrafirma, es decir, la firma del refrendante en el mismo documento donde firma la autoridad refrendada.

Es una figura característica del ejercicio de sus poderes por una autoridad del Estado, habitualmente el Jefe del Estado, que incluso se produce en los regímenes en que el Presidente de la República es elegido por las Cámaras o por una versión extendida de las mismas. Los actos deben ser refrendados, si bien los efectos de ese refrendo varían en función de la forma del régimen, del origen del cargo de Jefe del Estado, y, ya en las Monarquías, del

tipo político de Monarquía que la Constitución establezca. La evolución de la Monarquía limitada a la Monarquía Parlamentaria está estrechamente vinculada al refrendo, inicialmente como registro, archivo o certificación del acto, más tarde como consentimiento del refrendante de un acto de iniciativa del Rey y, por último, como de iniciativa y determinación del contenido del acto a cargo del refrendante o de otro órgano. Es decir, en su etapa final, las dos voluntades son igualmente necesarias, pero se ha llegado a una situación a veces denominada de asimetría del refrendo, en la que, si bien existen las competencias del refrendante y de refrendado, las del primero tienen un cierto mayor peso.

La forma normal del refrendo, como ya hemos señalado, es la firma en el documento que incorpora el acto del Rey, a veces mencionada como contrafirma. Los casos de refrendo tácito o presunto son la excepción a esa regla, producto de una especie de espiritualización del propio refrendo, que llega a su extremo en el caso de la presencia en los actos del Jefe del Estado de un Ministro, aunque no haya por medio un acto jurídico formal, sino un acto social, relacional o comunicativo y su virtualidad principal es descargar de la responsabilidad al refrendado y atribuírsela al refrendante.

Si bien no se especifica el concepto de responsabilidad de los art. 56.3 y 64 de la Constitución, la citada responsabilidad se extiende a las cuatro responsabilidades: civil, penal, administrativa y política, y atrae hacia el círculo de responsabilidad del órgano refrendante toda la carga del acto jurídico-público. También en este aspecto la costumbre constitucional ha avalado esta interpretación, al sostener que la interpelación política o parlamentaria directa no pueda plantearse respecto del Jefe del Estado, cuya posición de neutralidad le excluye, según los precedentes de la universalidad y generalidad de la función de control de las Cámaras.

En la cuestión del refrendo se han planteado varios problemas diferentes, aparte de su au-

toría. Se pueden citar en primer lugar (i) el efecto jurídico del refrendo, que es el *quid* de la cuestión y que determina a su vez su naturaleza y su sentido, (ii) la distinción entre refrendos, en función de si es el refrendante o no el que adopta la iniciativa del acto a refrendar y determina su contenido determinando, o si lo es el Rey, y, por último, (iii) la llamada asimetría del refrendo, cuestión vinculada con la anterior y con la validez del acto otorgada por el refrendo.

Cabe distinguir diversos sentidos del refrendo (TORRES MURO, 1995, 145 y ss.).

— Refrendo como formalidad certificante, en el que de lo que se trata es de la certificación o autenticación de la firma del Jefe del Estado.

— Refrendo como autorización del acto, en la misma línea que los actos autorizatorios en materias en las que está sometida legalmente la acción libre a la previa autorización o aprobación.

— Refrendo como compromiso del refrendante con la ejecución en sus términos del acto refrendado.

— Refrendo como limitación formal del poder del Rey, es decir, contemplado como control y en función de tal control, que afecta a los actos del Jefe del Estado, en cuanto derivada de la evolución histórica de la propia figura.

— Refrendo en cuanto determinante de la validez del acto, como límite formal y material. En este tipo se entiende que el refrendante es, en realidad, el que ha adoptado la iniciativa y la determinación del contenido, que no corresponde al Rey.

Al margen de la polémica sobre su carácter de acto unitario o de acto complejo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha avalado inequívocamente la naturaleza constitutiva del refrendo, interpretando el art. 64 en

relación con el art. 56.3. Los actos del Rey deben estar siempre refrendados en la forma establecida en el art. 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el art. 65.2. Si antes quedaba alguna duda, la jurisprudencia del propio Tribunal ha convertido en jurisprudencia la tesis de la interpretación asimétrica de la confluencia de voluntades y la fuerza constitutiva del acto a cargo de la actuación del refrendante —STC 5/1987, de 27 de enero—.

Para el Tribunal Constitucional, la figura del refrendo no adverte, ni certifica ni completa, sino que constituye el acto, siendo la voluntad del Jefe del Estado declarativa de la voluntad expresada por el acto de refrendo. Así, señala que: «La institución del refrendo aparece, pues, caracterizada en nuestra Constitución por las siguientes notas: a) los actos del Rey deben ser siempre refrendados, con la salvedad prevista en el propio art. 56.3; b) en ausencia de refrendo dichos actos carecen de validez; c) el refrendo debe realizarse en la forma fijada en el art. 64, y d) la autoridad refrendante en cada caso asume la responsabilidad del acto del Rey» (STC 5/1987, de 27 de enero).

De este modo se resuelve, quizá aparentemente —o, al menos no definitivamente, ante la variedad de supuestos que, aunque se suponían de laboratorio, se han materializado en la práctica en España, sobre todo en los últimos tiempos— uno de los problemas más complicados de la Constitución de 1978, la interpretación de la cláusula de la Monarquía Parlamentaria en cuando determinada por el alcance de las facultades del Rey en la formación de la voluntad del Estado. A la vista de esa interpretación de autoridad, las referencias que el art. 56 y los arts. 62 y 63 contienen a poderes y competencias del órgano no pueden ser aplicadas sin tener en cuenta que la emisión del refrendo, en cualquiera de sus formas, es necesaria para el ser y la existencia del acto, presentándose el documento a sanción como determinado su contenido por el órgano constitucional de iniciativa, normal-

mente el Gobierno, con la excepción del nombramiento de su Presidente y de la disolución prevista en el art. 99 y otros casos previstos en la legislación vigente, en que excepcionalmente refrenda el titular de otro órgano.

De este modo se ha excluido por la doctrina constitucional la posibilidad, aun la planteada en términos muy limitados, de cualquier intervención del Jefe del Estado, y en concreto de comprobación de regularidad procedimental o material, incluso en los defectos más graves de forma, supuesto que —se dice— hará recaer la atención del principio de desplazamiento de la responsabilidad sobre la que en su caso exista en el órgano de iniciativa. No obstante, hay que advertir que la tesis del acto debido se ha enunciado, se ha repetido y se ha adoptado sin un verdadero análisis de casos, menos aun cuando se trata de actos que puedan suponer un quebrantamiento formal o material de la Constitución. La realidad más inmediata en España demuestra que los casos más extremos pueden darse en la práctica.

El refrendo es determinante de la validez, pero no se identifica con el acto refrendado, ni da lugar a un acto complejo. Se trata de un elemento que otorga validez desde un punto de vista externo, sujeto a sus propias normas en función de lo refrendado, que tiene por tanto una propia autonomía, en cuanto competencia y norma sustantiva aplicable, de tal forma que se trata de acto independiente. Y lo cierto es que la Constitución atribuye efecto jurídico al refrendo con carácter separado, con toda claridad, otorgando el requisito de la validez.

Limitados a su fuerza en sí, y requeridos del necesario acto de contenido emitido por el refrendante, la finalidad certificadora tampoco sería clara, al depender la misma de las garantías de certeza de la producción legislativa, reglamentaria y gubernativa, que culmina en la publicación. La condición de existencia que supone la firma del refrendante, la incorporación de lo actuado a su esfera de

responsabilidad propia, constituyen la esencia de una institución singular, de marcada evolución expansiva en cuanto a la serie de actos a refrendar y también en cuanto a la determinación de su contenido por el refrendante. Esa determinación del contenido no tiene que corresponder al refrendante, que puede ser ajeno al texto que, por poner un ejemplo, se somete a sanción. La fijación definitiva del texto de la ley corresponde a las Cámaras, sin que el Presidente del Gobierno haya tenido intervención alguna o relación con ese contenido, del mismo modo que el Ministro que refrenda puede no ser el autor de la iniciativa.

De acuerdo con la jurisprudencia sentada en SSTC 5/1987 y 8/1987, la dicción del art. 64 sobre el refrendo priva a la firma de la Ley de los primitivos reflejos de la sanción y del veto, absoluto o suspensivo. La iniciativa y el contenido provienen de la manifestación de voluntad de otro u otros órganos, no siempre de los refrendantes —siempre Presidente del Gobierno o Ministros competentes, es decir, las personas sometidas a responsabilidad política ante las Cámaras—, que a su vez la extraen de su propio ámbito de funciones constitucionales. Si los poderes o competencias propios se caracterizan y distinguen por la efectividad, los actos de otorgamiento de validez, como el refrendo, serían requisito de validez de la manifestación y expresión de una voluntad estatal. Si las competencias significan, las atribuciones expresan o manifiestan, como requisito de integración a un nivel simbólico. Es la única excepción en que el cargo desliga la efectividad de la competencia de la atribución, dejando a esta como manifestación expresiva de la Historia.

Una disconformidad o negativa a la firma se resuelven en la inexistencia o en la invalidez del acto refrendado. Pero lo cierto es que, como hemos anticipado, sin firma del Jefe del Estado no hay acto, pues el contenido de la iniciativa que determina el refrendante, normalmente el Gobierno, no se convierte en acto jurídico vinculante. Por ello, la colabora-

ción es el eje del art. 64 en relación con el art. 56.3 y su ausencia una segura disfunción, en cuanto lo exigido y exigible es firma y refrendo, acto y contrafirma.

Cabe imaginar varias hipótesis disfuncionales, de pésimo arreglo sin recurrir a interpretaciones muy aventuradas, en las que una u otra parte de la relación, refrendante y refrendado, puedan no proceder conforme a sus obligaciones constitucionales. Hay ejemplos de todo tipo, y por eso la colaboración es una forma jurídica de comportarse que se incorpora, como obligación, al contenido de la acción de los órganos del Estado involucrados. Es por eso preciso poner el acento en la colaboración más que en la disfunción, pues esta admite muchas posibilidades y con mala solución en todo caso, dado que la Constitución no establece mecanismo alguno de solución de conflictos, ni queda claro cuál es el efecto de la discrepancia entre Jefe del Estado y refrendante, independientemente de la privación de validez del acto del Rey. Es decir, no existe una solución constitucional al bloqueo, pues esta es una posibilidad siempre existente en el caso de competencias constitucionales como la comentada.

Es bien cierto que este ha sido el terreno para la definición de la Monarquía Parlamentaria. La hipótesis de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la propuesta, entendida en sentido amplio, como patología del acto que se presenta a la firma, ha sido planteada reiteradamente. Es un tema repetido, y aunque exista siempre una primera impresión, la de que el Jefe del Estado no puede prestar su firma a actos manifiestamente ilegales, esta es descartada por la mayor parte de la doctrina constitucional española, al considerar que en todo caso se impone una obligación absoluta de firma.

II. LA PRÁCTICA SEGUIDA DESDE 1978

La interpretación que se mantiene se fundamenta no solamente en la concepción consti-

tucional del refrendo que sostienen las mencionadas sentencias, sino en la fuerza de la convención constitucional, de específico valor normativo en aquellas situaciones en que se manifiesta en ausencia de norma clara. Los últimos treinta años de mandato han formalizado una práctica constitucional en la que el Rey ejerce su competencia de firma sometido al refrendo, incluso en aquellos casos en que la regulación de su propia Casa le permite en principio hacerlo solo. Esta práctica ha consolidado la forma constitutiva del refrendo. La sanción y promulgación de la ley y la expedición de los documentos oficiales del Estado se han llevado a cabo de este modo.

En la realidad constitucional británica —definición y ejercicio de la *Personal Prerogative* y de la *Royal Prerogative*— se ha producido la acomodación del ejercicio efectivo, mediante la nominalización, entendida como pérdida de efectividad, de las competencias atribuidas personalmente al Rey. Sin alterar la norma, la costumbre ha fijado la forma de ejercer las funciones constitucionales por el Rey como atribuidas al gabinete, como atestigua en el caso británico la respuesta a la petición de negativa a sancionar una *Bill*, expuesta en el *draft letter* de Jorge V, de 31 de julio de 1914, o la interpretación de las condiciones de la disolución obligada contenida en el informe elevado a Jorge VI por el *Private Secretary*.

Por tanto, y ya al margen de la jurisprudencia constitucional, la realidad ha conformado una interpretación del refrendo y de las competencias mediante una costumbre que, si bien afirma —al menos tácitamente— el carácter de propias y excluyentes de las competencias del Rey, vincula la actividad del Jefe del Estado al órgano de iniciativa —normalmente el Presidente del Gobierno, pero hay otros, como los actos del Consejo General del Poder Judicial—, que a su vez coincide o no coincide como órgano refrendante de los actos supremos. La costumbre constitucional en la materia se ha incorporado a la propia

Constitución, descartando el ejercicio activo de poderes o la facultad de control de regularidad del acto de la iniciativa, pero sin prescindir de la titularidad de esas competencias por el Jefe del Estado.

La pregunta que se deriva de la exigencia del refrendo para la validez del acto permite distinguir entre diversos supuestos de ilegalidad en el acto sin refrendo, desde la inexistencia del acto —que, sin embargo, tendría que ser combatido en su apariencia— hasta la nulidad y anulabilidad. En ese sentido, se ha afirmado la nulidad radical o de pleno Derecho del acto sin refrendo, en cuanto la infracción de una norma constitucional que hace depender la validez del refrendo, supone una ausencia absoluta de procedimiento, no una simple infracción determinante de la anulabilidad. De ello se deduce que no existe posibilidad alguna de confirmación —por el transcurso del plazo de recurso sin interponerlo— o convalidación. El acto sin refrendo no es válido y esa clara definición obliga a excluir una serie de técnicas de conservación del acto que en este caso no pueden tener lugar. Es preferible esta solución a la opuesta de admitir que se pueda dar el caso de un acto del Rey con la omisión del correspondiente refrendo, que busque posteriormente su amparo en un refrendo extemporáneo, lo que excluye la convalidación.

Si bien resulta difícil de imaginar, puede plantearse también si existe alguna posibilidad de conversión del acto, inicialmente mal constituido, en otro que sea a su vez refrendado. No obstante la posibilidad de que la conversión se extienda a actos nulos en el régimen general del procedimiento administrativo, el carácter nominal y a la vez formal de los actos enumerados en los arts. 62 y 63 no permite la aplicación de una técnica tan excepcional. El acto se tiene que dirigir a un fin, con una causa y revestido de una determinada forma, por lo que su sustitución es de dudosa legalidad. De otro modo, se admitiría un acto por fases, en que la subsanación ex-

cedería de su ámbito natural, que es el de afectar a algunos elementos accidentales o accesorios del acto, trasformando un acto que no reúne los requisitos de legalidad en otro buscado de propósito para tal operación de encaje.

El acto de refrendo, además, no es revocable. No cabe sostener de manera mínimamente solvente una situación de pendencia que deje al acto al albur de una revocación discrecional por el refrendante, del mismo modo que no es admisible respecto de la manifestación de la voluntad del Jefe del Estado. La contrafirma o la actitud y presencia que implique el refrendo no se pueden retirar, pues la validez quedaría al arbitrio del refrendante, que siempre podría, además de determinar la iniciativa y el contenido del acto, dejar sin valor el propio acto. Esta es una regla que no se refiere a las condiciones de aptitud del acto para producir sus efectos, sino a la facultad de revocación sin causa, pero no es razonable sostener que esa facultad este integrada en los poderes del refrendante.

III. INVOLABILIDAD E IRRESPONSABILIDAD. LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD DEL REFRENDANTE

Para estudiar la responsabilidad del refrendante hay que referirse de forma evidente a los tipos de responsabilidad a los que se puede referir la norma, ya que sin determinación de la misma no cabe atribuirla a nadie. En relación con este punto, la responsabilidad que el refrendante asume es la que se excluye para el Jefe del Estado, pues la Constitución señala exactamente esto, es decir, se refiere a la responsabilidad del Jefe del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, por lo que es necesario proceder a su identificación.

Se trata de una norma sobre el estatuto personal del cargo, determinado por la consideración del refrendo, como condición de validez

y asunción de la responsabilidad que se retira al Jefe del Estado. La inviolabilidad es una exención plena de responsabilidad de cualquier tipo, en cierto modo identificable en el Derecho penal, pero que no se limita a la responsabilidad civil, sino que también se extiende a la responsabilidad política. La citada característica es típica de las Monarquías, en cuanto contrapartida necesaria de la exclusión de la actividad política y del sistema de poderes enumerados que contiene la Constitución.

Se trata de una norma central de naturaleza estatutaria, que afecta a la persona del Rey, según la expresión constitucional, y que se extiende a los actos a que se refiere el mencionado apartado. La doctrina sobre las llamadas causas personales de exclusión de la punibilidad es la categoría de la dogmática jurídico-penal que puede acoger algunos de los supuestos de la llamada inviolabilidad, si bien no se agota en la exención de punibilidad el conjunto de supuestos que se entienden técnicamente en Derecho como responsabilidad, entre otros la contractual, la extracontractual, o la administrativa, esta última en lo que afecta a los actos del Rey, no a los de la Casa.

La responsabilidad que se traslada está directamente relacionada con la responsabilidad de que se le exime al Rey. Este principio de simetría obliga a referir las reflexiones sobre la responsabilidad del refrendante a la derivada de los actos del Rey que le sean atribuibles, pero de los que no se le hace responsable. La diferencia entre atribución y responsabilidad obliga a analizar la responsabilidad del Rey, como categoría fundamental, ya que así lo señala el art. 64, cuando dice que de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden. El acto tiene que ser atribuible al Rey, como su acto, y solamente la responsabilidad se retira de esa atribución para adjudicarse al refrendante. La naturaleza y extensión de esa responsabilidad es la propia de la acción u omisión del Rey.

La inviolabilidad se puede referir a la inexistencia de responsabilidad o a la inexigencia de responsabilidad. Respecto de la primera, la ley tiene carácter general, pero excluiría al Jefe del Estado de la aplicación de un principio general del Derecho, la responsabilidad como efecto jurídico derivado de una acción u omisión, aunque sea un modelo extraño al de responsabilidad por el hecho que se acoge en los ordenamientos jurídicos actuales, como consecuencia de un largo proceso de identificación de las causas de responsabilidad. La afirmación de la responsabilidad es un principio capital del Derecho, y permite atribuir la acción u omisión a una persona bajo determinados requisitos que han de cumplirse, vinculando la responsabilidad a la voluntad bajo determinadas circunstancias.

La cuestión aquí planteada es mucho más compleja de lo que parece. Al margen de que se excluya la comparecencia en juicio del Rey como demandado, lo que parece ser el núcleo duro de la inviolabilidad, hay cuestiones difíciles. En el caso de las llamadas acciones de capacidad, filiación, paternidad o maternidad y en las matrimoniales es evidente que existe otra parte con sus respectivos derechos —también la hay en el supuesto de daños, pero la naturaleza es diferente—, que esa parte tiene sus derechos y que el archivo de los procedimientos puede suponer una negación de tutela.

La doctrina se ha referido con precisión a actos delictivos, actos negligentes, recepción de acciones civiles y responsabilidad en el ámbito administrativo (BELDA PÉREZ-PEDRERO, 160). Dado que en la actuación del Rey cubierta por la inviolabilidad pueden lesionarse derechos e intereses legítimos de terceros, tanto patrimoniales como personales, y tanto de Derecho sustantivo como de carácter procesal, esta cuestión conduce a la pregunta sobre la consecuencia que esa eventual privación determine. La vía más lógica para que el particular afectado por la inviolabilidad, desde el mo-

mento en que se le prive de una acción o de un recurso, en su actual e indecisa definición, es la responsabilidad patrimonial del Estado, en cuanto es a la actuación del Estado en su conjunto —y en concreto la norma constitucional que impone la irresponsabilidad— a la que cabe imputar en su aplicación ese daño o lesión del que la persona física causante, como actuación pública o privada, es inequívocamente autor, aunque se trate de un autor al que no se le puede exigir responsabilidad. Esta conclusión no es una conclusión autoevidente, ya que la inviolabilidad es una técnica de exención de responsabilidad que no está debidamente formalizada ni regulada, habiendo sido las sentencias o autos dictados en los que la inviolabilidad se plantea ciertamente de escasa motivación, en cuanto, en general, se han limitado a invocarla como razón para archivar el procedimiento.

No se resuelve por tanto la cuestión por la simple afirmación de la inviolabilidad ni se trata exclusivamente de una cláusula de exención de la pena, como las contempladas en el Derecho penal. Al lado de esa exclusión de responsabilidad existe una no sujeción a procedimiento, insólita en cuanto solamente rige en plenitud para este cargo, y de lo que constituye prueba evidente la exclusión en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de la posibilidad de citar al Rey como testigo en un procedimiento judicial, de acuerdo con el art. 411 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin exclusión de la presencia procesal sería imposible hablar de inviolabilidad, pues, aunque finalmente fuera excluido —una vez admitido— por una resolución civil o penal de archivo o exculpatoria, habría estado sujeto a procedimiento. Por ello, la jurisprudencia, en los casos que se han planteado situaciones parecidas, ha optado por la inadmisión de la demanda o del recurso, en cuanto ha interpretado —por ejemplo, en supuestos de filiación— que esa inviolabilidad/irresponsabilidad supone o implica la solución de que no se le puede someter a juicio.

La citada condición plantea también el problema de los procedimientos administrativos, especialmente del procedimiento sancionador, en cuanto personalmente dirigidos contra la persona que ocupa el cargo. En este punto, la sujeción a procedimiento administrativo del Jefe del Estado puede ocurrir por diversas causas, y en algún caso implicar medidas sancionadoras. Normalmente las sanciones serán pecuniarias, es decir, la obligación creada por la sanción de abonar una determinada cantidad de dinero, pero también se pueden incluir entre los efectos de la infracción a la reparación del daño o la obligación de hacer o no hacer, a lo que responden los clásicos *writ of mandamus* del canciller del Derecho anglosajón, que ordenan hacer lo que el órgano requerido debía hacer y no ha hecho, y los procedimientos de *temporary restraining order*, y *prohibitory o mandatory injunction*. Este supuesto, en cuanto se refiera a medidas que requieran obligaciones de hacer o de no hacer parece también excluido por el alcance de la inviolabilidad, aunque se trate de procedimientos administrativos.

IV. LA NATURALEZA DEL REFRENDO Y LA VALIDEZ DEL ACTO DEL REY

Los actos del Rey han de ser refrendados para ser válidos, de acuerdo con el último apartado de este artículo. El refrendo tuvo en su origen una función certificante, siendo en la actualidad un acto que determina la validez del acto del Rey, que sigue siendo acto del Rey. Anticipamos que el criterio aquí defendido es que por ausencia expresa de mención o y por simplicidad de técnica, no puede considerarse que exista uno solo, un acto compuesto o complejo, integrado por acto y refrendo, sino dos actos separados, en los que el refrendo tiene su propia autonomía, pues se trata de un acto específico y singular, atribuido al refrendante, normalmente el Presidente del Gobierno y los Ministros, bajo unas reglas propias de emisión, y que otorga

validez al acto al que se acompaña. Al tratarse de un acto que no determina otro efecto que la concesión de validez, no tiene entidad propia, es decir, no es un acto sustantivo, sino estrictamente formal, aunque en ocasiones sea el propio refrendante u otro órgano el que determina la forma y el contenido del propio acto del Rey, pero eso no afecta a la naturaleza del refrendo

Como dice la STC 5/1987, «una vez establecida constitucional y estatutariamente la exigencia de que el Presidente de la Comunidad Autónoma ha de ser nombrado por el Rey, dicho nombramiento, como acto del Rey, queda sometido al régimen normativo contenido en los arts. 56.3 y 64.1 de la Constitución». La citada mención al acto del Rey es la coherente con la autonomía de la autoridad que otorga el acto en concreto vinculante para el Estado y no se puede configurar como un acto compuesto ni complejo. La firma es suficiente para la formación del acto en concreto, aunque su validez depende del refrendo.

El concepto de validez está bien definido en Derecho. Lo válido es lo que tiene las características que se requieren para que el acto jurídico exista, es decir, el cumplimiento de las condiciones exigidas para el mismo: competencia, procedimiento y conformidad material con el ordenamiento jurídico. En el caso del acto jurídico del Jefe del Estado, se requiere, además, un requisito que se sitúa entre la competencia y el procedimiento, que es precisamente el refrendo, acto independiente, que no depende del autor o responsable de la iniciativa y que se califica como unilateral e incondicionado. No cabe un refrendo sometido a condición, término o modo, pues se constituye como acto esencialmente formal, en el que se cumple que *forma dat esse rei*, integrador de la validez de otro acto. Ese carácter de acto formal ha venido siendo reconocido en la firma junto al jefe del Estado de los actos del Rey, firma que equivale al refrendo del acto, sin que se requiera otro acto adicional en el que el refrendante resuelva el citado refrendo.

El acto del Rey sin refrendo, en cualquiera de las modalidades del mismo, expreso, tácito o presunto, es inválido y no produce efecto alguno. La sanción de la ausencia de refrendo es la máxima que prevé el ordenamiento jurídico, sin que la norma constitucional determine otra cosa que este efecto. No se incluye, por tanto, una remisión a determinados tipos de invalidez regulados en las leyes civiles y administrativas, aunque la referencia a la ausencia de validez se aproxima a la inexistencia o la nulidad de pleno Derecho del acto, en cuanto contrario a una norma constitucional. De todos modos, la invalidez aparece aquí recogida de una forma tan taxativa y exigente que esa cuestión no es tan relevante como en otros supuestos del Derecho, en cuanto lo que sostiene la Constitución es que sin refrendo no hay acto válido, lo que sitúa la excepción antes de apreciar la concurrencia de otros vicios, incluso aquellos considerados tradicionalmente como de orden público.

La separación conceptual entre el acto del Rey y el refrendo supone que en el análisis de la constitucionalidad y legalidad de los primeros no depende exclusivamente del acto de refrendo, conclusión a la que erróneamente llega la doctrina del acto complejo. La citada doctrina parte de la base de que los actos no son actos independientes que estén sometidos cada uno a sus propias condiciones de perfección, remitiendo la comprobación de esta por el contrario al acto en su conjunto, algo que no encuentra el adecuado respaldo en la Constitución, que se refiere separadamente a acto y refrendo. La validez no es la exigida a la vez de acto y refrendo, pues este último es un acto externo al órgano, que se ejercita con arreglo a sus propias normas y condiciones, entre otras la competencia y que puede ser enjuiciado por sí mismo.

La otra opción interpretativa, la de entender que existe un acto complejo, tiene que ser debidamente justificada, pues lo habitual es el acto simple, por llamarlo de un modo natural.

Los actos administrativos, incluso los emanados de los órganos constitucionales primarios, son siempre actos que se perfeccionan por la firma del órgano que tiene atribuida la competencia, y ello es así porque esa es la regla general de ejercicio de una potestad por un órgano. Pueden existir actos previos, de trámite o de trámite cualificado, informes y otras actuaciones derivadas de la instrucción, pero lo habitual es que quien resuelve sea un órgano unipersonal o colegiado, mediante un acto único, a pesar de que existen actos previos. La confluencia de voluntades en la emisión de un acto administrativo o jurídico-público en general es la excepción y como consecuencia debe estar expresamente citado como acto complejo, lo que no se produce en la regulación constitucional de la Corona.

Como dice la STC 5/1987, el nombramiento, como acto del Rey, «queda sometido al régimen normativo contenido en los arts. 56.3 y 64.1 de la Constitución». En ningún momento se dice que el acto de nombramiento sea un acto compuesto o complejo, que solamente se constituye como tal con el refrendo como integrante del mismo acto. Lo que se cita es un acto del Rey, que se forma en base a su voluntad dirigida a un fin y bajo unas normas que la limitan, sin duda ninguna, pero como potestad propia, en este caso de nombrar a un cargo, lo que es extensible a otra serie de actos en los que el contenido del acto del Rey, como acto propio, viene ya conformado, como ocurre con la ley aprobada por las Cámaras y la promulgación y la publicación de la misma. Esta atribución externa de validez al acto del Jefe del Estado —habitual en la mayor parte de los supuestos de actos del Rey— es típica de ese acto, de lo que una de sus modalidades conceptuales es manifestación el refrendo, como acto independiente del acto del Rey.

V. LAS FORMAS DEL REFRENDO

La forma normal del refrendo es la firma. Los casos de refrendo tácito o presunto son la ex-

cepción a esa regla. En relación con las modalidades de refrendo implícito o tácito, hay que tener en cuenta que su régimen jurídico es forzosamente diferente. Si el ejemplo de la firma o de la contrafirma es formal y puede ser objeto de comprobación, la existencia de refrendos que debe deducirse de otros actos del refrendante, que incluso pueden consistir en el silencio o, en general, la inactividad, implica un elemento de interpretación. Esa modalidad de refrendo, si bien es admisible, pues el art. 56.3 y el art. 64 no se limitan a la forma escrita, se debe entender referida a actos que requieran la presencia del Ministro correspondiente, sobre todo en materia de relaciones internacionales, donde existe una costumbre de acompañar al Jefe del Estado que no requiere, sin embargo, la necesidad de esa firma o contrafirma, pues no existe acto, sino presencia.

Es también evidente que la referencia constitucional al refrendo, y las reflexiones doctrinales sobre el mismo, se hacen a una for-

ma del mismo exteriorizada, si bien el art. 64 no se refiere en ningún momento a la forma escrita o sometida a formalidades *ad solemnitatem* o *ad probationem*, ya que la referencia a los actos del Rey no puede ser interpretada sino como haciendo referencia a actos, en general. Eso no excluye que la propia definición de las competencias del Rey, contenidas básicamente en los arts. 62 y 63 de la Constitución, se refiera a actos formales, es decir, en que la forma escrita tiene una clara prevalencia. Por eso cabe señalar que los actos de representación, y de carácter así llamado institucional, serán objeto de un refrendo que puede calificarse de implícito, tácito o presunto en función de los significados que se atribuyan a cada uno de estos conceptos en Derecho, no siempre uniformes, aunque los criterios de los hechos concluyentes y de la naturaleza y efectos del silencio permitan acomodar el caso concreto a la determinación del contenido y suficiencia de la actividad del refrendante.

BIBLIOGRAFÍA

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «La evaluación y el control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona», *RCDP*, núm. 51, págs. 159 y ss.

CÁCERES CROSA, G., *El refrendo ministerial*, Tipografía de Archivos, Madrid, 1934, págs. 24 y ss.

CANDO SOMOANO, M. J., *El Rey como símbolo de unidad y permanencia del Estado en la Constitución de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ ALONSO, B., «La historia de la sucesión en el trono y el art. 57 de la Constitución de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 19, 1981, págs. 7-42.

GONZÁLEZ AYALA, M.^a D. y TRUJILLO RINCÓN, M.^a A., «El refrendo del nombramiento regio de los presidentes de las Comunidades Autónomas», en ALONSO GARCÍA (*et al.*), *El gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 747-762.

GUTIÉRREZ GIL, A. J., «El Registro Civil de la Familia Real», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1734, 1995, págs. 885-892.

HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del Derecho*, Edhasa, 2005.

MOLITOR, A., *La fonction royale en Belgique*, Crisp, 1994.

MÜLLER, F., *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2006.

PASCUAL MEDRANO, A., *La Regencia en el Derecho Constitucional español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

— «La Regencia», en TORRES DEL MORAL, A. (Dir.), *Monarquía y Constitución*, I, Colex, 2000.

PAU VALL, F., «La Pragmática de Carlos III sobre matrimonios desiguales, el art. 57.4 de la Constitución y la monarquía parlamentaria», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 29, 1993, págs. 133-145.

PEÑA ECHEVERRÍA, F. J., «La democracia en su historia», en ARTETA, A. (Dir.), *El saber del ciudadano, Las nociones capitales de la democracia*, Alianza Editorial, 2008.

PÉREZ DE ARMIÑÁN DE LA SERNA, A., «Art. 57. Sucesión a la Corona», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo V, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

PÉREZ FRANCESCH, J. L., «El referendo del nombramiento regio del Presidente de una Comunidad Autónoma, reflexiones en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1987, de 27 de enero y 8/1987, de 29 de enero», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1989, págs. 777-787.

PÉREZ ROYO, J., «Jefatura del Estado y democracia parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 39, 1984, págs. 7-28.

PÉREZ VERA, E., «Art. 63: atribuciones del Rey», en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. V, Edersa, Madrid, 1983, págs. 297-313.

PORTERO GARCÍA, L., «La responsabilidad del Jefe de Estado (I)», *Revista General de Derecho*, núms. 448-449, 1982, págs. 4-12.

— «La responsabilidad del Jefe de Estado (II)», *Revista General de Derecho*, núm. 450, 1982, págs. 226-234.

— «La responsabilidad del Jefe de Estado (III)», *Revista General de Derecho*, núm. 451, 1982, págs. 466-494.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., *Principio democrático y función regia en la Constitución normativa*, Tecnos, Madrid, DL, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Inviolabilidad del Rey», en COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Edersa, 1982, págs. 281-287.

ROLLNERT LIERN, G., *El arbitraje y moderación regios en la Constitución Española*, Universitat de Valencia, Valencia, 2005.

— *La Jefatura del Estado, Símbolo e integración política en la Constitución vigente*, Minim Edicions, 2002.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *La Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria*, Tecnos, Madrid, 1987.

- «Sanción y promulgación de la ley en la monarquía parlamentaria», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1987, págs. 363-379. También en BELTRÁN, M. (Comp.), *Política y sociedad: estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, vol. I, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1987, págs. 461-475.
- «Sanción promulgación y mandato de publicación de las leyes», en GARRORENA MORALES, A. (Ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 176-185.

SUBRA DE BIEUSSES, P., «Ambigüités et contradictions du statut constitutionnel de la Couronne», *Pouvoirs*, núm. 8, 1979, págs. 109-116.

TABOADA ROCA, M., «El art. 57.4 de la Constitución y sus antecedentes», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 23, 1993, págs. 15-71.

TORRES MURO, I., «El refrendo de la propuesta real de candidato a la presidencia del Gobierno», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, 1995, págs. 145-163.

Artículo 65

1. El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma.

2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

Sumario: I. Introducción. II. Evolución histórica de la financiación de la Casa Real. III. Régimen jurídico. IV. La dotación económica: gestión y control. V. Jurisprudencia constitucional.

CARLOS ORTEGA CARBALLO

LETRADO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

EXLETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario pretende dar una idea de la evolución histórica de la Casa del Rey, especialmente de su financiación, de su régimen jurídico vigente después de la regulación que la Constitución ha realizado de esta Institución y de la —escasa— jurisprudencia que sobre la misma ha dictado el Tribunal Constitucional.

El Rey, como dispone la Constitución, se configura como símbolo de la unidad y permanencia del Estado; explica HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN (1991, 1921 y ss.) que el Rey es, entre otras cosas, un símbolo, es decir, representa aquel elemento de la realidad en la que, mediante imágenes, se expresan no solo conocimientos sino también sentimientos.

Sirva esta idea del Rey como símbolo para no perder de vista la peculiaridad de la Institución que comentamos, singularidad que implica, entre otros aspectos, que el propio ordenamiento jurídico haya previsto para el Monarca un estatus especial, sin parangón en

el panorama de las demás instituciones del Estado, declarando su inviolabilidad e irresponsabilidad, tanto política como jurídica. Aspecto este último que se tratará de desarrollar al abordar la gestión económica de la dotación prevista en el art. 65 CE para el mantenimiento de la Familia y de la Casa Real, apuntando desde este momento, que, como explica el profesor ARAGÓN REYES (1980), los actos del Rey no están sujetos ni a control político ni jurisdiccional, solo cabe exigir indirectamente, a través del órgano Casa del Rey, y solo en actos de derecho privado, la responsabilidad patrimonial.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FINANCIACIÓN DE LA CASA REAL

A lo largo de la historia constitucional de España la regulación de lo que podemos denominar «**gestión económica de la monarquía**» se ha decantado por dos modelos principales, el primero denominado «lista civil», ha consistido en la asignación a la Corona de una cantidad de dinero para sufragar

los gastos derivados de su función; el segundo modelo consistía en atribuir a la Corona una serie de bienes de titularidad estatal cuyo uso y posibles rentas se ponen a disposición del Rey, sistema denominado de Patrimonio Real.

En nuestra convulsa historia constitucional se han combinado ambos sistemas, teniendo el Monarca una cantidad de origen presupuestario para sufragar los gastos derivados de su función y simultáneamente ha dispuesto de bienes para el desempeño de sus labores. En el vigente Texto de 1978, como tendremos ocasión de analizar, se contempla esta dualidad de financiación, a través de la dotación prevista en el artículo objeto de este comentario en combinación con el Patrimonio Nacional previsto en el art. 132.3 CE.

La denominación de lista civil proviene del constitucionalismo inglés *civil list*, si bien el Derecho continental tiene unas matizaciones diferentes. Como afirma BASSOLS COMA (1983, 891 y ss.), desde el punto de vista del Derecho constitucional, la importancia de esta institución radica en hacer visible y patente la transformación de la monarquía patrimonial en monarquía propiamente constitucional, de tal suerte que deja definitivamente de confundirse el patrimonio del Rey o de la Corona con el Patrimonio y la Hacienda Pública del Estado.

En un breve recorrido por nuestra historia constitucional, sin perjuicio de sus peculiaridades, debemos comenzar con la regulación que sobre este tema realizó el Estatuto de Bayona de 8 de julio de 1808, donde se encuentra el primer antecedente de la regulación de la Casa del Rey y de asignación dineraria por parte del Tesoro para satisfacer las necesidades de la Corona. Si bien se recogía en su articulado (arts. 21 a 23) la obligación al Tesoro Público de pagar una cantidad anual a la Corona, también es cierto que el Estatuto no contenía alusión alguna a la concreta forma de disposición del dinero por parte del monarca.

En realidad fue en la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 donde se inicia la configuración de la dotación a la Casa Real y su regulación, que puede considerarse como precedente de la actual. Llamativa es la redacción del art. 2 del dicho Texto Constitucional, que establecía: «La Nación española es libre e independiente, y no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona». La desconfianza ante el retorno al absolutismo de tiempos anteriores provocó una regulación preventiva de la figura del Monarca, preocupada por limitar los poderes regios. En este sentido, también la normativa de la financiación de la institución monárquica fue precisa; los arts. 213 a 221 de la Constitución establecían con detalle la dotación de la Familia Real; de esta regulación se deducían las siguientes ideas claves: la dotación era fijada por las Cortes con carácter anual, determinándose al inicio de cada reinado y por una cuantía inalterable, y se establecía, asimismo, la figura de un Administrador, nombrado por el Rey, que se configuraba como elemento esencial, ya que era el Administrador quien recibía la dotación y el encargado de gestionarla, asumiendo la responsabilidad de rendir cuenta de la misma; era el Administrador el máximo responsable de la gestión económica de la Casa Real.

El Estatuto Real de 10 de abril de 1834, debido a su carácter incompleto como texto constitucional, no contiene regulación específica sobre el tema. La Constitución de la Monarquía española de 18 de junio de 1837, en contraste a la Constitución de 1812, limitaba la regulación de la dotación de la Casa Real al art. 49, que establecía que «la dotación del Rey y de su Familia se fijará por las Cortes al principio de cada reinado»; nada decía de la forma de distribución o gestión, sin mención alguna a la figura del Administrador que se regulaba en el Texto de 1812. Por su parte, la Constitución de 23 de mayo de 1845 regulaba de manera idéntica a la anterior la dotación de la Casa del Rey. La Constitución de 1856, en línea de continuidad con las anteriores, recogía una regulación igual.

La Constitución de 1869, en su art. 76, introdujo como novedad en la regulación de la dotación de la Casa Real la ausencia de mención a la familia regia; tampoco especificaba que la dotación se determinara por las Cortes, implicando una mayor independencia y autonomía del Monarca en la gestión de su Casa; por Ley de 9 de diciembre de 1869 se extinguió el patrimonio de la Corona, revirtiendo el pleno dominio al Estado. Por último, la Constitución de 1876 reproduce en su articulado la regulación de los textos de 1837, 1845 y 1856.

La línea general de fijar al principio de cada reinado la cantidad dineraria de la dotación real respondía a motivos políticos, ya que la alteración de la cuantía podría suponer una valoración de la actuación del Monarca, que se podría ver recompensado o castigado por su labor, siendo las Cortes las que juzgarían su gestión.

La Constitución de 1978 instaura un sistema que difiere sensiblemente de los antecedentes señalados. Desaparece en el Texto Constitucional la denominación de «dotación personal» y se establece una cantidad global afecta al sostenimiento de la Familia y de la Casa; además, la cantidad no se fija al inicio de cada reinado como era tradición en nuestra historia constitucional, sino que se determinará anualmente en los Presupuestos Generales del Estado, proporcionando así la ventaja de que la cuantía pueda actualizarse cada año, situando al Parlamento en una posición de cierta supremacía, ya que puede controlar la partida presupuestaria periódicamente. Al configurarse como una cantidad global, se permite la libertad de distribución de la misma por parte del Rey.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

La primera premisa para poder analizar el régimen jurídico de la Casa Real es determinar ante qué tipo de organización nos enfrentamos. Díez PICAZO (1982) consideraba, citando expresión de SANTAMARÍA PASTOR, que la Casa

Real es una «**organización estatal no administrativa**», es decir, **complejos orgánicos que pertenecen al Estado, pero que no se insertan en las Administraciones Públicas**; este tipo de organizaciones exige la existencia de un ordenamiento constitucional que prevea una separación de poderes, teniendo como característica común la de gozar de un cierto ámbito de autonomía, que tiene como finalidad protegerse de injerencias de la propia Administración del Estado y, en último término, del gobierno.

Afirma que si se encomendara a la Administración del Estado la gestión interna de estas organizaciones (personal, contratación, etc.), podría llegar a interferirse en sus funciones sustantivas; esta circunstancia explica que cada una de estas organizaciones tenga un aparato burocrático que le aporte medios personales y materiales para el desempeño de sus funciones; esta burocracia pertenece al Estado pero no a la Administración; el citado autor llega a la conclusión de que cada una de estas organizaciones tiene un régimen jurídico propio regulado en una serie de normas particulares.

El régimen jurídico de la Casa del Rey, en su versión moderna, fue creado mediante el RD 2942/1975, de 25 de noviembre, que escuetamente crea la organización básica de la Casa, regulación vigente hasta la entrada en vigor de la Constitución y su art. 65, que garantizaba una amplia autonomía del Rey *ad intra*, en la gestión de la Casa y su funcionamiento interno, pudiendo en el ejercicio de esta función actuar sin necesidad de refrendo. Sin embargo, la libertad para actuar *ad extra* no es tan clara, ya que toda su actividad con eficacia hacia el exterior debe ser cubierta con la responsabilidad de otra persona, puesto que, por mandato constitucional, el Rey no está sujeto a responsabilidad (art. 56.3 CE), *the king can do not wrong*, el Rey es irresponsable política y jurídicamente; la primera se salva mediante el refrendo de sus actos políticos, la segunda se salva mediante la interposición de otra persona.

La regulación del régimen jurídico de la Casa del Rey mediante Real Decreto, por tanto, competencia del Gobierno y no por Ley de las Cortes, ha sido criticada por la doctrina; el Real Decreto 310/1979 explicaba «que se recurre a la vía del Real Decreto para efectuar esta reorganización por ser este tipo de norma la que articulaba la estructura de la Casa de S. M. hasta este momento, y en cuanto que en alguna medida queden afectadas otras instituciones, dejando sin embargo muy claro que en lo sucesivo y por el propio imperativo constitucional, las ulteriores reorganizaciones serán plenamente libres para el Rey, siempre que no afecte a la Administración Pública». Sin embargo, hubiera sido conveniente deslindar los aspectos interno y externos de la Casa del Rey y regular su régimen jurídico mediante norma con rango de ley, como ordena la propia Constitución para otros órganos constitucionales.

En la actualidad, **el régimen jurídico vigente viene establecido en el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo**, que en su art. 1 dispone que la Casa de Su Majestad el Rey es el Organismo que, bajo la dependencia directa del Monarca, tiene como misión servirle de apoyo en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado. Dentro de esta misión general —y además de desempeñar los cometidos de carácter administrativo y económico que correspondan—, atiende especialmente a las relaciones del Rey con los Organismos Oficiales, Entidades y particulares, a su seguridad y Real Familia, así como a la rendición de los honores reglamentarios y a la prestación del servicio de escoltas cuando proceda. Igualmente atenderá a la organización y funcionamiento del régimen interior de la residencia de la Familia Real. En cuanto a la actual composición de la Casa del Rey, la citada norma dispone que estará constituida por la Jefatura, la Secretaría General, el Cuarto Militar y Guardia Real y, por último, el Servicio de Seguridad.

Mención especial merece **la Jefatura de la Casa, que, además de asumir la responsabilidad de los actos de gestión, ejerce la**

dirección e inspección de todos sus servicios; mantiene comunicación con los Departamentos Ministeriales y otros Organismos superiores de la Administración del Estado o Instituciones para los asuntos que afecten a las funciones de la Casa, ya directamente, ya a través de la Secretaría General o delegado para asuntos concretos en el responsable del servicio que estime oportuno; además, formula la propuesta de presupuesto de la Casa de Su Majestad el Rey y dispone los gastos propios de los Servicios de dicha Casa dentro del importe de los créditos autorizados y en la cuantía reservada a su competencia por determinación del Rey; también firma los contratos relativos a asuntos propios de la Casa del Rey y establece las normas de coordinación precisas entre la Guardia Real y el Servicio de Seguridad.

La Secretaría General, por su parte, tiene a su cargo la tramitación de los asuntos que corresponden a la actividad y funciones de la Casa del Rey, así como su resolución o propuesta y el despacho de los temas que requieran superior decisión. El Secretario General será el Segundo Jefe de la Casa y le corresponderá la coordinación de todos los servicios de la misma, así como la sustitución del Jefe de la Casa en caso de ausencia o enfermedad.

El Cuarto Militar constituye la representación de honor de los Ejércitos, al servicio inmediato del Rey, dentro de la Casa. La Guardia Real tendrá como cometidos esenciales proporcionar el servicio de guardia militar, rendir honores y dar escoltas solemnes al Rey y a los miembros de su Familia que se determinen.

El Servicio de Seguridad es responsable permanente de la seguridad inmediata de la Familia Real y, conforme a las instrucciones dadas al efecto, mantendrá el oportuno enlace con los órganos del Estado que ejercen su competencia en esta materia.

Otra de las peculiaridades de la Casa del Rey es su personal, que podrá ser: de alta direc-

ción; de dirección; funcionarios de carrera de la Administración Civil o Militar del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Administración Institucional y de la Seguridad Social, así como del Poder Judicial y Carrera Fiscal; funcionarios eventuales y personal laboral. Todos los miembros civiles y militares de la Casa son nombrados y relevados libremente por el Rey, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.2 CE. A los funcionarios eventuales les será de aplicación el régimen jurídico previsto para el personal eventual en la Administración del Estado, mientras que al personal laboral se le aplica la legislación laboral correspondiente.

Por razones de economía administrativa y para evitar la creación en la Casa del Rey de órganos con funciones paralelas a los de la Administración del Estado, los distintos Departamentos de esta proporcionarán a aquella los informes, dictámenes o asesoramientos de cualquier naturaleza que la Casa solicite, así como cuantos otros apoyos sean necesarios y contribuyan a facilitar el cumplimiento de las misiones que tienen encomendadas.

En lo sucesivo, dispone el Real Decreto, cualquier modificación de la Casa de Su Majestad que no afecte a la Administración Pública, y a tenor de lo previsto en el art. 65 CE, será resuelta libremente por el Rey, ya de una manera directa, ya en nombre suyo por el Jefe de Su Casa que, además, dictará las normas de funcionamiento interno necesarias para la aplicación del presente Real Decreto.

IV. LA DOTACIÓN ECONÓMICA: GESTIÓN Y CONTROL

La dotación se fija anualmente en los Presupuestos Generales y consiste en una cantidad global para el sostenimiento de la Familia Real y su Casa, es decir, no se trata de una asignación presupuestaria que pudiera equipararse al «sueldo del Rey» asimilable a cualquier otro cargo de la función pública, sino

que los fondos otorgados están afectos a un determinado fin; como antes se ha señalado, la Casa del Rey tiene a su vez un presupuesto, al constituirse como una organización con diferentes servicios y funciones, por ello la dotación global se destina a diversos conceptos, como en cualquier otro organismo. Por otra parte, el crédito destinado a sufragar la Casa Real se entiende como de obligada existencia en los Presupuestos por propio mandato constitucional. Al igual que otro tipo de créditos (deuda pública) su previsión presupuestaria no puede ser dispuesta por las Cortes Generales, que únicamente podrán, en su caso y con las limitaciones constitucionales, modificar la cuantía de la partida concreta. **La dotación presupuestaria no puede ser suprimida, puesto que se considera consustancial con la Institución de la Corona y con la forma política monárquica del Estado.**

No obstante, la autonomía es relativa desde el momento en que el Jefe de la Casa Real realiza una propuesta de presupuesto de la Casa y es el Poder Ejecutivo quien la integra en el proyecto de ley de presupuestos que remitirá al Congreso de los Diputados. La práctica desde la vigencia de la Constitución ha demostrado que nunca se han variado en la tramitación de los Presupuestos Generales del Estado las cuantías presupuestadas por la Casa Real.

Como novedad más interesante en el orden de la gestión económica, debe destacarse que en la actualidad existe el cargo de **Interventor de la Casa Real**, nombrado mediante Real Decreto 1106/2007, de 24 de agosto, al amparo del art. 14 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo. A su vez, **el Real Decreto 999/2010, de 5 de agosto, dotó de soporte normativo a las tareas de control de orden económico que venía realizando el Interventor de la Casa Real sobre el presupuesto anual de ese organismo**, dentro del respeto a la independencia en el ejercicio de las funciones que confiere al Rey el art. 65 de la Constitución. Sin perjuicio de estos con-

troles, se ha considerado oportuno que las cuentas de la Casa Real sean sometidas anualmente a un informe de auditoría llevado a cabo por la Intervención General del Estado, que tiene encomendadas, entre otras responsabilidades, funciones de Auditoría del sector público. Con este fin, la Casa del Rey ha suscrito un convenio de colaboración con la Intervención General del Estado para la realización de informes de auditoría, comenzando con el ejercicio económico de 2015 y en el que se preservará la independencia en el orden presupuestario que establece el art. 65 de la Constitución. Si bien es siempre elogiable la decisión de someter la cuentas a una auditoría, quizá hubiera sido más oportuno que tal auditoría de las cuentas de la Casa Real se compaginara —como ocurren con otros entidades del sector público— con fiscalizaciones externas llevadas a cabo por el órgano al que la Constitución le atribuye en el art. 136 la competencia para llevar a cabo el control externo del gasto público, es decir, al Tribunal de Cuentas.

Analizando brevemente la gestión económica de la Casa del Rey, debemos comenzar teniendo presente la irresponsabilidad del Rey *ex art.* 56.3 CE, que, como antes adelantamos, implica que **los actos del Rey no están sujetos ni a control político ni jurisdiccional; asimismo, dentro de esta gestión deben diferenciarse dos planos de actuación: *ad intra*, en el que el Rey es libre de distribuir los fondos a su parecer, y *ad extra*, donde es el Jefe de la Casa el competente y, por tanto, responsable de la gestión económica;** esta especial circunstancia implica que es el Jefe de la Casa del Rey el que tiene la competencia y, por tanto, la responsabilidad, de disponer los gastos propios de los servicios de la Casa, siempre, claro está, dentro del importe de los créditos autorizados y en la cuantía reservada a su competencia, pero, en cualquier caso, la disposición del gasto es realizada por determinación del Monarca; es decir, el Jefe de la Casa es el ordenador de gastos, pero siempre bajo el mandato del Rey, que, como establece

el artículo que se comenta, dispone «libremente» la distribución de la dotación; como consecuencia debe destacarse que el Jefe de la Casa ordena los gastos de manera que podríamos calificar de «instrumental», puesto que carece de una verdadera autonomía para ello, ya que debe hacerlo según las órdenes del Rey.

Dentro de esta gestión económica, como se ha señalado, surgió la figura de Interventor de la Casa Real, cargo creado en el año 2007, que incorpora a dicha gestión la tradicional figura del interventor, es decir, funcionario técnico especializado en la verificación de que la tramitación del gasto se lleve a cabo de acuerdo a la ley para garantizar la correcta gestión de gastos en la Casa. Esta figura, creada con una clara voluntad de mejora de control interno de la gestión económica de la Casa, plantea diversos problemas, entre ellos la extensión real de la competencia ordinaria para poder «reparar» los gastos que se sometan a su peculiar control, es decir, **¿puede el interventor realmente plantear un reparo a una orden de pago que haya sido emitida al amparo de la libertad de distribución de los fondos que la Constitución otorga al Rey?** A nuestro juicio, solo en aquellos casos en los que no exista crédito presupuestario suficiente, o bien que el destino final del dinero sea radicalmente ajeno al sostenimiento de la Familia o de la Casa Real, finalidad a la que están afectos los fondos a los que nos venimos refiriendo.

También desde el punto de vista del control externo surgen interesantes cuestiones: ¿cabe realizar un control externo, a través del **Tribunal de Cuentas**, de la gestión de estos fondos públicos como ocurre con todos los gestores de dichos fondos? Y, en ese caso, ¿se podría llegar a exigir algún tipo de responsabilidad contable?

Sin que podamos detenernos en un estudio más profundo sobre este interesante asunto, simplemente se deben apuntar una serie de ideas. La primera de ellas, por lo que refiere a

la posible intervención del Tribunal de Cuentas como Supremo Órgano Fiscalizador del Estado y del Sector Público (art. 136.1 CE) para examinar las cuentas de la Casa Real, algunos autores han negado esta posibilidad, basándose en que la Casa no es una Administración Pública y porque la función de las fiscalizaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas se refiere a aspectos materiales del gasto, lo que sería especialmente difícil en este caso; sin embargo, a nuestro juicio, **no existen impedimentos legales para que pudiera actuar el Tribunal de Cuentas, sin bien es cierto que, por la singularidad de la Institución sometida a su control, la fiscalización debería tener en cuenta esta especial circunstancia.** La Casa Real, aun en sentido amplio del término, se podría encuadrar en el sector público, y al estar financiada con fondos públicos no cabría impedir la labor de fiscalización del Tribunal de Cuentas, aun con especiales parámetros. Para GARCÍA BLANCO (2018), los gastos que para el sostenimiento de la Casa Real sean ordenados por el Jefe de la misma pueden ser objeto de fiscalización y enjuiciamiento contable.

Más difícil, desde nuestro punto de vista, es la posible exigencia de responsabilidad en la gestión de dichos fondos [en este caso se trataría de la denominada responsabilidad contable, definida, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.b), 15.1 y 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, en relación con lo preceptuado en los arts. 49.1 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas, como una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, con vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público, que se haya cometido mediando dolo, culpa o negligencia grave, produciendo un menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económica-

mente y que se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos]; en primer lugar, parece evidente que el Rey nunca podría incurrir en este tipo de responsabilidad; como se ha señalado antes, la irresponsabilidad del Rey, *ex art. 56.3 CE*, acaba con esta duda; en segundo término, dentro del procedimiento administrativo de gestión económica, surgen serias dudas sobre en quién recaería una posible responsabilidad contable y cuál es en realidad el papel del Interventor de la Casa Real. Como antes se ha señalado, el ordenador de pagos de la Casa sería el Jefe de la misma, sujeto que, en principio, por ser gestor de fondos públicos, podría incurrir en responsabilidad contable según la definición antes apuntada, pero no puede olvidarse su peculiar situación, puesto que sus órdenes de pagos están condicionadas por la disposición «libre» que el Rey hace de dichos fondos, por lo que no estamos ante la figura del ordenador de pagos ordinaria prevista en la legislación presupuestaria. **Sería, al menos, discutible, que el Jefe de la Casa pudiera ser declarado responsable contable en el manejo de unos fondos cuando dicho manejo no consiste en otra cosa que cumplir el mandato del Rey.** No obstante, existen autores como VACAS GARCÍA-ALÓS (2002), que defienden un control contable de la gestión económica de la Casa del Rey, tanto desde el punto de vista del control externo como desde la perspectiva de la jurisdicción contable.

Debe aclararse que, a nuestro juicio, no ofrece mayor dificultad interpretativa entender que cuando la Constitución otorga al Rey la facultad de disponer «libremente» de los fondos para el mantenimiento de la Familia y Casa Real, simplemente se quiere excluir de esta disposición de los fondos del preceptivo refrendo que el Texto Constitucional exige para cualquier otro acto del Monarca, circunstancia esta, no menor, pero que, en ningún caso, puede entenderse como una absoluta libertad de disposición de los fondos públicos que le son asignados; la disposición

de dichos fondos está sujeta a dos limitaciones que marca el propio art. 65 CE: la primera será el límite cuantitativo, no podrá disponerse de mayor cantidad que la inicialmente asignada; la segunda limitación viene por la afectación de dichos fondos públicos a la finalidad de «sostenimiento de su Familia y Casa», que nunca podrán quedar desatendidas, por lo que dichos fondos no podrán ser empleados a fines diferentes, siendo evidente que estamos ante una finalidad del gasto con límites extraordinariamente difusos, lo que dificultaría un hipotético control externo de los mismos y, más aún, una posible exigencia de responsabilidad contable en los términos que antes se ha definido. Por último, aunque no lo diga expresamente el art. 65 CE, la «libre» disposición estará sujeta a la legalidad procedimental y material del gasto.

V. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La única Sentencia que el Tribunal ha dictado hasta el momento en relación con la Casa Real es la STC 112/1984, de 28 de noviembre. El demandante, miembro de la Guardia Real, admitido al curso de aptitud para Teniente, y superado satisfactoriamente el curso, pero no ascendido a Teniente, creía que se le había conculcado el derecho al ascenso, pues lo que era una expectativa se había consolidado por darse las circunstancias exigidas reglamentariamente para que el ascenso tuviera lugar. El recurrente planteó recurso de amparo frente a la denegación de ascenso a la ca-

tegoría de Teniente de la Guardia Real; el problema que se abordó fue determinar si el acto, que en su caso hubiera lesionado algún derecho fundamental del actor, al proceder de la Jefatura de la Guardia Real, comprendida en la organización de la Casa del Rey como organización estatal pero no inserta en ninguna de las Administraciones Públicas, era fiscalizable en sede contencioso-administrativa o no.

El Tribunal asume que:

«La nítida separación de la organización de la Casa Real respecto de las Administraciones Públicas, con fundamento constitucional en el art. 65 de la Constitución, y lo que esto comporta respecto a la independencia que debe rodear a la gestión de dicha Casa, admite una regulación del estatuto jurídico de personal de la Casa, y que los actos que en aplicación de esa regulación procedan de los órganos a los que se encomienda la gestión puedan someterse al control jurisdiccional, a través de la vía contencioso-administrativa, y, en el caso de que se acuse la violación de un derecho o libertad fundamental, tengan acceso al recurso de amparo constitucional.»

En definitiva, y como no podía ser de otra manera, se asume con normalidad la fiscalización de los actos de gestión y administración emanados de los órganos de gestión de la Casa Real.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *El Tribunal de Cuentas: fiscalización y enjuiciamiento*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2006.

ARAGÓN REYES, M., *La monarquía parlamentaria. Comentario al art. 1.3.º de la Constitución Española. Libro-homenaje a Manuel García-Pelayo*, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980.

BASSOLS COMA, M., «Instituciones Administrativas al Servicio de la Corona: Dotación Casa de S. M. el Rey y Patrimonio Nacional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 891 y ss.

CASANA MERINO, F., *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

CUBILLO RODRÍGUEZ, C., *Introducción al estudio de las responsabilidades contables que exige el Tribunal de Cuentas por la indebida gestión de bienes y derechos de las entidades locales*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002.

DÍEZ PICAZO, L. M., «El régimen jurídico de la Casa del Rey», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, septiembre-diciembre 1982.

GARCÍA BLANCO, M. J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Dykinson, 2018.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «La posición constitucional de la Corona», en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1991, págs. 1921 y ss.

MEDINA GULJARRO, J. (Dir.), *Código del Tribunal de Cuentas*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2008.

PASCUAL GARCÍA, J., *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Boletín Oficial del Estado, 1999.

ROSIÑOL I VIDAL, C., *La responsabilidad contable y la gestión de los recursos públicos*, Civitas, Madrid, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas», *Revista de Derecho Político*, núm. 9.

VACAS GARCÍA-ALÓS, L., *El Tribunal de Cuentas: enjuiciamiento contable y jurisprudencia constitucional*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

— *La Administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el Derecho Constitucional español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Índice Analítico

A

- Abuso del derecho:** Art. 55.2.
- Acceso a registros y archivos públicos:** Art. 105.b).
- Acción popular:** Art. 125.
- Acreditaciones:** Art. 63.1.
- Actas:** Art. 70.2.
- Actividades económicas:** Art. 159.4.
- Actividades profesionales:** Art. 159.4.
- Actuaciones judiciales:** Art. 120.1.
- Acuerdos:** Art. 79.
- Administración de Justicia:** Art. 125.
- Administración General del Estado:** Arts. 97 y 103.2.
- Administración Local**
- Corporaciones Locales: Arts. 133.2, 140 a 142, 143.2 y 144.c).
 - Entidades locales
 - Islas
 - Regímenes especiales
 - Cabildos insulares: Arts. 69.3 y 141.
 - Mancomunidades Provinciales Interinsulares: Art. 146.
 - Municipios: Art. 137.
 - Ayuntamiento
 - Alcalde: Art. 140.
 - Concejales: Art. 140.
 - Organización: Art. 140.
 - Competencias: Art. 140.
 - Concejo abierto: Art. 140.
 - Provincias: Arts. 69.2, 137, 141, 143.1, 151.3 y 158.2.
 - Diputaciones provinciales: Arts. 141, 143.2 y 146.

- Administración militar:** Art. 97.
- Administraciones Públicas:** Arts. 97 a 107 y 133.4.
- Agricultura:** Art. 130.
- Agrupaciones municipales:** Art. 152.3.
- Altos cargos:** Art. 70.1.
- Arbitrariedad:** Art. 9.3.
- Armonización legislativa:** Art. 82.5.
- Artesanía:** Art. 130.1.
- Asambleas:** Art. 151.2.
- Ascensos:** Art. 122.2.
- Asistencia jurídica gratuita:** Art. 119.
- Asistencia religiosa:** Art. 16.3.
- Asociaciones:** Art. 105.a).
 - Suspensión: Art. 22.4.
- Asociaciones empresariales:** Art. 7.
- Asociaciones profesionales:** Art. 127.
- Audiencia del interesado:** Art. 105.
- Audiencia pública:** Art. 120.3.
- Audiencias Territoriales:** Disp. Adic. 4.
- Autonomía provincial y municipal:** Art. 137.
 - Municipios: Art. 140.
- Autoridad:** Art. 109.
- Auxilio judicial:** Art. 118.

B

- Bandas armadas:** Art. 55.
- Bandera nacional:** Art. 4.1.
- Banderas de las Comunidades Autónomas:** Art. 4.2.
- Bienes de dominio público:** Art. 132.
- Boletín Oficial del Estado:** Art. 164.1, Disp. Final.

C

- Calidad de vida:** Art. 129.1.
- Capacidad económica:** Art. 31.1.
- Capital del Estado:** Art. 5.
- Cargos públicos:** Art. 127.1.
- Carrera judicial:** Art. 159.4.
- Casa Real:** Art. 65.
- Castellano:** Art. 3.1.
- Catástrofes:** Art. 30.4.
- Ciencia y tecnología:** Art. 44.
- Ciudad Autónoma de Ceuta:** Arts. 68.2 y 69.4, Disp. Trans. 5.
- Ciudad Autónoma de Melilla:** Arts. 68.2 y 69.4, Disp. Trans. 5.
- Ciudadanos:** Arts. 9.1, 53.2, 61.1 y 105.
- Código Penal Militar:** Art. 15.
- Colegios profesionales:** Art. 36.
- Naturaleza y finalidad: Art. 52.
- Comercio interior:** Art. 51.3.
- Comisiones:** Art. 75.1.
- Comisiones de investigación:** Art. 76.
- Comisiones legislativas:** Art. 75.
- Comisiones parlamentarias:** Arts. 109, 110 y 151.2.
- Comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas:** Art. 18.3.
- Comunidad Autónoma de Canarias**
- Hacienda y Patrimonio. Régimen fiscal especial: Disp. Adic. 3.
- Comunidad Foral de Navarra:** Disp. Trans. 4.
- Comunidades autónomas:** Arts. 61.1, 67.1, 69.5, 87.2, 109, 131.2, 133.2, 137, 142, 143.1, 144.a), 145.1, 145.2, 147.1, 149.2, 155.1, 155.2 a 158.2.
- Acuerdos y convenios entre Comunidades Autónomas
- Necesitados de autorización de las Cortes: Art. 145.
- Autonomía financiera: Art. 156.
- Recursos de las Comunidades Autónomas: Art. 157.1.
- Impuestos cedidos por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado: Art. 157.1.a).
- Impuestos, tasas y contribuciones propias: Art. 157.1.b).
- Producto de operaciones de crédito: Art. 157.1.e).
- Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de Derecho Privado: Art. 157.1.d).
- Transferencias del fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado: Art. 157.1.c).
- Regulación por ley orgánica de las competencias financieras, conflictos y formas de colaboración financiera: Art. 157.3.
- Competencias: Art. 147.2.
- Competencias de las Comunidades Autónomas
- Asumibles por las Comunidades Autónomas: Art. 148.1.
- Agricultura y ganadería: Art. 148.1.7.
- Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales y termales: Art. 148.1.10.
- Artesanía: Art. 148.1.14.
- Asistencia social: Art. 148.1.20.
- Ferias interiores: Art. 148.1.12.
- Ferrocarriles y carreteras, transporte por estos medios o por cable: Art. 148.1.5.
- Fomento de la cultura, la investigación y la enseñanza de la lengua: Arts. 3.3 y 148.1.17.
- Fomento del desarrollo económico: Art. 148.1.13.
- Funciones que corresponden a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales: Art. 148.1.2.
- Gestión en materia de protección del medio ambiente: Art. 148.1.9.
- Montes y aprovechamientos forestales: Art. 148.1.8.
- Museos, Bibliotecas y Conservatorios de Música: Art. 148.1.15.
- Obras públicas: Art. 148.1.4.

- Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda: Art. 148.1.3.
- Organización de sus instituciones de autogobierno: Art. 148.1.1.
- Patrimonio Monumental: Art. 148.1.16.
- Pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, caza y pesca fluvial: Art. 148.1.11.
- Promoción del deporte y adecuada utilización del ocio: Art. 148.1.19.
- Puertos de refugio, puertos y aeropuertos deportivos y los que no desarrollen actividades comerciales: Art. 148.1.6.
- Sanidad e higiene: Art. 148.1.21.
- Turismo: Art. 148.1.18.
- Vigilancia y protección, coordinación y demás facultades en relación con las policías locales: Art. 148.1.22.
- Desarrollo y/o ejecución de legislación estatal: Art. 150.
- Facultades legislativas atribuidas en el marco de una ley estatal: Arts. 150.1 y 150.3.
- Transferencia y delegación de facultades: Art. 150.2.
- Competencias del Estado
- Exclusivas atribuidas por el art. 149.1 CE: Art. 149.1.
 - Administración de Justicia: Art. 149.1.5.
 - Administraciones Públicas, régimen estatutario de los funcionarios, procedimiento, expropiación forzosa, contratos y concesiones, responsabilidad: Art. 149.1.18.
 - Condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles: Art. 149.1.1.
 - Defensa y Fuerzas Armadas: Art. 149.1.4.
 - Estadística para fines estatales y autorización para la convocatoria de referéndum: Arts. 149.1.31 y 149.1.32.
- Ferrocarriles y transportes terrestres, comunicaciones, tráfico y circulación de vehículos, cables aéreos, submarinos y radiocomunicación: Art. 149.1.21.
- Investigación científica y técnica: Art. 149.1.15.
- Legislación Civil, Propiedad Intelectual e Industrial: Arts. 149.1.8 y 149.1.9.
- Legislación Laboral: Art. 149.1.7.
- Legislación Mercantil, Penal, Penitenciaria y Procesal: Art. 149.1.6.
- Medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias: Art. 149.1.23.
- Medios de comunicación y patrimonio cultural: Arts. 149.1.27 y 149.1.28.
- Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo: Art. 149.1.2.
- Obras públicas, régimen minero y energético, de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos: Arts. 149.1.24, 149.1.25 y 149.1.26.
- Pesas y medidas; hora oficial: Art. 149.1.12.
- Pesca, marina mercante, buques, costas, puertos, aeropuertos, espacio y transporte aéreo, servicio meteorológico, matriculación de aeronaves: Arts. 149.1.19 y 149.1.20.
- Planificación de la actividad económica, Hacienda general y deuda del Estado: Art. 149.1.14.
- Recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía: Art. 149.1.22.
- Régimen aduanero y arancelario y comercio exterior: Art. 149.1.10.

- Relaciones internacionales: Art. 149.1.3.
- Sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: Arts. 149.1.16 y 149.1.17.
- Seguridad pública: Art. 149.1.29.
- Sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad, ordenación de crédito, banca y seguros: Art. 149.1.11.
- Títulos académicos y profesionales y normas básicas sobre enseñanza: Art. 149.1.30.
- Residuales por silencio de los estatutos: Art. 149.3.
- Delimitación territorial: Arts. 147.2.b) y 147.2.
- Conflictos constitucionales de competencias: Art. 161.
- Coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas: Arts. 154, 156.1 y 157.3.
- Delegados del Gobierno: Art. 154.
- Instituciones de autogobierno y organización judicial: Arts. 147.2 y 151.2.
- Control de su actividad: Art. 153.
- Por el Gobierno: Art. 153.b).
- Por el Tribunal Constitucional: Art. 153.a).
- Constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley: Art. 153.a).
- Por el Tribunal de Cuentas: Art. 153.d).
- Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa: Art. 153.c).
- Gobierno: Art. 152.1.
- Incumplimiento de las obligaciones que la Constitución u otras leyes les impongan: Art. 155.
- Ordenamiento jurídico: Art. 147.1.
- Estatutos de autonomía: Arts. 3.2, 69.5, 81.1, 138.2, 143.1, 144, 145.2, 146, 147, 151.2, 152.1, 152.2 y 152.3.
- Reserva de Ley Orgánica: Arts. 147.3 y 148.2.
- Parlamentos autonómicos: Arts. 87 y 152.1.
- Presidente: Arts. 152.1 y 155.1.
- Comunidades religiosas:** Art. 16.3.
- Conflicto colectivo:** Art. 37.2.
- Congreso de los Diputados:** Arts. 66, 68, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 86.2, 87 a 89, 90.1, 90.2, 90.3, 92.2, 99, 112, 113.1, 113.4, 115.1, 116.2, 116.3, 116.4, 116.5, 122.3, 134.3, 159.1, 167.1 y 167.2.
- Consejo de Estado:** Arts. 107 y 153.b).
- Consejo de Ministros:** Arts. 62.f), 62.g), 88, 112, 115.1, 116.2 y 116.3.
- Consejo General del Poder Judicial:** Arts. 122, 123.2, 124.4 y 159.1.
- Consentimiento:** Art. 63.2.
- Constitución Española:** Art. 61.1.
- Constitucionalidad**
 - Cuestión de inconstitucionalidad
 - Procedencia: Art. 163.
 - Declaración de inconstitucionalidad: efectos: Art. 161.1.
 - Alcance de la declaración: Art. 164.
 - Recurso de inconstitucionalidad: Art. 161.
 - Legitimación: Art. 162.
 - Sentencia: efectos: Arts. 164.1 y 164.2.
- Consumidores y usuarios:** Art. 51.
- Asociaciones de consumidores y usuarios: Art. 51.2.
- Derechos básicos de los consumidores y usuarios
 - Protección de la salud y seguridad: Art. 43.
- Contrato de trabajo**
 - Regulación de la relación laboral
 - Estatuto de los Trabajadores: Art. 35.2.
- Control parlamentario:** Art. 66.2.
- Convenio colectivo de trabajo:** Art. 37.1.
- Convivencia:** Art. 27.2.
- Convocatorias:** Art. 67.3.
- Cooperativas:** Art. 129.2.
- Coordinación administrativa:** Art. 103.
- Corona:** Arts. 56 a 65.
- Cortes Generales:** Arts. 54, 59.3, 60.1, 62.b), 63.3, 66 a 94, 94.1, 95, 96, 115.1, 134.1, 136.1, 136.2, 141.1, 145.2, 146, 147.3, 150.1, 158.2, 167.3 y 168.3.
- Cosa juzgada:** Art. 164.1.
- Créditos:** Art. 135.2.
- Cuentas del Estado:** Art. 136.
- Cuestión de fianza:** Arts. 101 y 112.
- Cultura:** Arts. 44 y 149.2.

D

Declaración de guerra: Art. 63.

Decreto: Arts. 62.f) y 116.2.

Decreto legislativo: Art. 85.

Decreto Ley: Art. 86.

Defensa nacional: Arts. 30.1, 97 y 105.b).

Defensor del Pueblo: Arts. 54, 70.1 y 162.1.

Delegación: Art. 151.2.

Delegación legislativa: Arts. 82, 84 y 85.

Delito: Art. 25.1.

— Delito flagrante: Art. 71.2.

Delitos contra la seguridad del Estado y ejércitos: Art. 102.2.

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Art. 45.3.

Delitos sobre el patrimonio histórico

— Daños en otros bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos: Art. 46.

Democracia: Art. 1.1.

Deportes: Art. 43.3.

Derecho a la autonomía: Arts. 2 y 143.

Derecho a la educación y a la libertad de enseñanza

— Autonomía universitaria: Art. 27.10.

— Carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica: Art. 27.4.

— Control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos: Art. 27.7.

— Derecho a la educación: Art. 27.1.

— Libertad de creación de centros docentes: Art. 27.6.

— Libertad de enseñanza: Art. 27.1.

— Objeto de la educación: Art. 27.2.

— Obligaciones de los poderes públicos

— Ayuda a los centros docentes que reúnan los requisitos legales: Art. 27.9.

— Garantizar el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos: Art. 27.3.

— Garantizar el derecho de todos a la educación: Art. 27.5.

— Inspeccionar y homologar el sistema educativo: Arts. 27.5 y 27.8.

Derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto

— Aconfesionalidad del Estado y relaciones de cooperación con las distintas confesiones: Art. 16.3.

— Derecho a no declarar sobre las propias creencias: Art. 16.2.

— Libertad ideológica: Art. 16.1.

— Libertad religiosa y de culto: Art. 16.1.

Derecho a la libertad y seguridad

— Asistencia letrada al detenido: Art. 17.3.

— Duración de la detención preventiva: Arts. 17.2 y 17.4.

— *Habeas corpus*: Art. 17.4.

— Información al detenido de sus derechos: Art. 17.3.

— Privación de libertad en la forma y en los casos establecidos en la ley: Art. 17.1.

Derecho a la participación política y al acceso a cargos y funciones públicas:

Arts. 9.2 y 13.2.

— Acceso a cargos y funciones públicas: Art. 23.2.

— Acceso con los requisitos que señalen las leyes: Art. 23.2.

— Acceso en condiciones de igualdad: Art. 23.2.

— Derecho a la participación política: Art. 23.1.

— Derecho de sufragio: Art. 13.2.

— Participación directa: Art. 23.1.

— Participación por medio de representantes: Art. 23.1.

— Elección por sufragio universal: Art. 23.1.

Derecho a la tutela jurisdiccional: Art. 24.1.

— Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

— Interdicción de la indefensión: Art. 24.1.

— Derecho a la defensa y asistencia de Letrado: Art. 24.2.

— Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: Art. 24.2.

— Derecho a ser informado de la acusación: Arts. 17.3 y 24.2.

— Derecho a un proceso público con todas las garantías: Art. 24.2.

— Derecho a un proceso público sin dilaciones: Art. 24.2.

Índice Analítico

- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes: Art. 24.2.
- Derecho al juez ordinario predeterminado: Art. 24.2.
- Exención, por razón de parentesco o secreto profesional, de la obligación de declarar sobre hechos delictivos: Art. 24.2.
- Derecho a la vida e integridad física y moral:** Art. 15.
- Derecho a la integridad física y moral
 - Torturas: Art. 15.
 - Tratos inhumanos o degradantes: Art. 15.
- Derecho a la vida: Art. 15.
- Derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y al secreto en las comunicaciones**
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: Arts. 18.1 y 20.4.
 - Derecho a la intimidad personal y familiar: Art. 105.b).
 - Límite para el uso de la informática: Art. 18.4.
- Secreto en las comunicaciones: Art. 18.3.
- Derecho de asilo:** Art. 13.4.
- Derecho de asociación:** Art. 22.1.
- Asociaciones ilegales y prohibidas: Arts. 22.2 y 22.5.
- Disolución de asociaciones: Art. 22.4.
- Inscripción en el Registro pertinente: Art. 22.3.
- Derecho de gracia:** Arts. 62.i) y 102.3.
- Derecho de petición:** Art. 77.
- Fuerzas armadas y cuerpos sometidos a disciplina militar: Art. 29.2.
- Petición colectiva: Arts. 29.1 y 77.1.
- Petición individual: Arts. 29.1 y 77.1.
- Derecho de propiedad:** Arts. 33.1 y 33.2.
- Derecho de reunión:** Art. 21.
- Régimen de ejercicio del derecho: Art. 21.2.
 - Manifestaciones públicas: Art. 21.2.
 - No necesidad de autorización previa: Art. 21.1.
 - Prohibición por razones de orden público: Art. 21.2.
- Reunión pacífica y sin armas: Art. 21.1.
- Derecho del mar**
- Mar territorial: Art. 132.2.
- Plataforma continental: Art. 132.2.
- Zona económica exclusiva: Art. 132.2.
- Derecho internacional:** Art. 96.1.
- Derecho supletorio:** Art. 149.3.
- Derechos civiles forales o especiales:** Disp. Adic. 1.
- Derechos del condenado a privación de libertad:** Art. 25.2.
- Otros derechos reconocidos en la Constitución
 - Acceso a la cultura: Art. 25.2.
 - Derecho a los beneficios de la Seguridad Social: Art. 25.2.
 - Derecho a un trabajo remunerado: Art. 25.2.
- Prohibición de trabajos forzados: Art. 25.2.
- Derechos económicos:** Art. 42.
- Derechos fundamentales y libertades públicas:** Arts. 13.1, 27.2, 53.1 y 81.1.
- Cuestiones generales
 - Contenido de los derechos y libertades fundamentales: Art. 10.
 - Interpretación de los derechos con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos: Art. 10.2.
 - Principios, derechos y libertades con rango constitucional: Art. 9.3.
 - Suspensión de los derechos y libertades: Art. 55.
- Otros derechos reconocidos en la Constitución
 - Derecho al trabajo: Art. 35.1.
 - Contenido
 - Libre elección de profesión u oficio: Art. 35.1.
 - Promoción a través del trabajo: Art. 35.1.
 - Remuneración suficiente: Art. 35.1.
 - Libertad de empresa: Art. 38.
 - Protección jurisdiccional: Art. 53.2.
- Derechos históricos:** Disp. Adic. 1.
- Derechos políticos:** Art. 68.5.
- Derogación de las normas jurídicas:** Art. 81.2, Disp. Derog.
- Desarrollo económico:** Arts. 48, 130 y 131.
- Desarrollo regional:** Art. 131.
- Descentralización administrativa:** Art. 103.
- Desconcentración:** Art. 103.

Desequilibrios económicos: Art. 158.
Deuda pública: Art. 135.
Dignidad de la persona: Art. 10.1.
Diputaciones Permanentes de las Cámaras: Arts. 78 y 116.5.
Diputados: Arts. 68.1, 68.2, 112 y 113.2.
Diputados y senadores: Arts. 70, 71, 146, 151.2, 162.1 y 167.1.
Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos: Art. 49.
Disposiciones administrativas: Art. 105.a).
Disposiciones de carácter general
— Leyes Orgánicas: Arts. 75.3, 79.2, 81, 147.3 y 152.1.
Doble nacionalidad: Art. 11.3.

E

Economía: Arts. 128 a 136.
Economía de mercado: Art. 38.
Educación
— Alumnado: Art. 27.7.
— Ayudas y becas: Art. 27.9.
— Madres y padres: Art. 27.7.
— Opción religiosa: Art. 27.3.
— Centros docentes: Art. 27.5.
— Privados: Art. 27.6.
— Públicos: Art. 27.7.
— Formación Profesional: Art. 40.2.
— Profesorado
— De centros públicos: Art. 27.7.
Educación física: Art. 43.3.
Ejecución de sentencias: Art. 118.
Ejercicio de derechos cívicos: Art. 104.1.
Elecciones: Arts. 68, 69 y 99.
— Régimen electoral: Art. 81.1.
— Censo electoral: Arts. 143.2 y 152.2.
— Circunscripción electoral: Art. 68.2.
— Elecciones generales: Art. 101.
— Convocatoria: Arts. 62.b) y 115.1.
— Elecciones locales: Art. 13.2.
— Juntas Electorales: Art. 70.1.
— Procedimiento electoral: Arts. 68 a 70.
— Votación: Art. 112.
Empresario: Art. 37.1.
Enmiendas: Art. 84.
Error judicial: Art. 121.
España: Art. 1.1.

Españoles: Arts. 13.2, 14, 19, 29.1, 30.1, 59.4, 60.1 y 68.5.
Estado: Arts. 1.1, 109, 131.1, 137, 142, 147.1 y 149.2.
Estado civil de las personas: Art. 39.2.
Estado de alarma: Arts. 116 y 169.
Estado de derecho: Art. 1.
Estado de excepción: Arts. 55, 116 y 169.
Estado de sitio: Arts. 55, 116 y 169.
Estatutos: Arts. 98.4, 122.1, 124.3 y 165.
Expropiación forzosa: Art. 33.3.
— Causa
— Interés social: Art. 33.3.
— Justo precio
— Indemnizaciones: Art. 33.3.
Extradición: Art. 13.3.
Extranjeros: Art. 13.1.

F

Faltas: Art. 25.1.
Faltas y sanciones administrativas: Art. 25.1.
Familia: Art. 39.1.
Federaciones: Art. 145.1.
Firma: Art. 87.3.
Fiscales: Arts. 70.1, 127.1, 159.2 y 159.4.
Fondo de Compensación Interterritorial: Art. 158.2.
Fuerza mayor: Art. 106.2.
Fuerzas Armadas: Arts. 28.1 y 62.h).
— Derechos y deberes: Art. 30.2.
— Militares de empleo (tropa y marinería profesionales): Art. 70.1.
— Organización: Art. 8.
— Armada: Art. 8.1.
— Ejército de Tierra: Art. 8.1.
— Ejército del Aire: Art. 8.1.
— Servicio militar: Art. 30.2.
Fuerzas de seguridad: Art. 104.
— Policía judicial: Art. 126.
Función social de la propiedad: Art. 33.2.
Funcionamiento anormal de la Administración: Arts. 106 y 121.
Funcionarios públicos
— Adquisición de la cualidad de funcionario: Art. 103.3.
— Derechos
— Asociacionismo: Art. 103.3.

Índice Analítico

- Incompatibilidades: Art. 103.3.
- Regulación: Art. 103.

Fundaciones: Art. 34.

G

Ganadería: Art. 130.

Gasto público: Arts. 31.1 y 31.2.

Gestión económico-financiera: Art. 136.1.

Gestión tributaria: Art. 156.2.

Gobierno: Arts. 62.e), 73.2, 77, 82, 82.3, 84, 85, 87, 90.3, 93, 95.2, 97 a 107, 116.2, 116.3, 116.4, 116.6, 124.4, 131.2, 134.1, 134.3, 134.5, 134.6, 135.1, 141.2, 151.2, 155.1, 155.2, 159.1 y 161.2.

Grupos parlamentarios: Art. 78.1.

Guerra: Art. 169.

H

Hacienda: Arts. 128 a 136.

Hacienda Pública: Arts. 94.1 y 156.1.

Haciendas locales: Art. 142.

Heredero de la Corona: Art. 57.

Herencia: Arts. 33.1 y 33.2.

Honores: Art. 62.f).

Huelga

— Constitucionalidad: Art. 28.2.

— Contenido del derecho

- Restricciones. Servicios mínimos: Arts. 28.2 y 37.2.

I

Iberoamérica: Art. 11.3.

Igualdad ante la ley: Arts. 1.1, 9.2, 31.1, 32.1 y 139.1.

- Discriminación por motivos de opinión: Art. 14.
- Discriminación por motivos de raza: Art. 14.
- Discriminación por otras condiciones o circunstancias personales o sociales: Art. 14.
- Discriminación por razón de nacimiento: Arts. 14 y 39.2.
- Discriminación por razón de religión: Art. 14.
- Discriminación por razón de sexo: Arts. 14 y 35.1.

- Principio de igualdad en el ámbito administrativo

— Materia tributaria: Art. 31.1.

Imparcialidad: Art. 103.3.

Inamovilidad: Arts. 117 y 159.5.

Incapacidad: Art. 39.3.

Incompatibilidades: Arts. 67.1, 70, 70.1, 98.3, 98.4, 122.2, 127, 136.3 y 159.4.

Indemnización: Arts. 106 y 121.

Independencia de jueces y magistrados: Arts. 117, 124.1 y 159.

Indulto: Art. 62.i).

Infracciones y sanciones: Art. 76.2.

Inhabilitación: Art. 59.2.

Iniciativa legislativa: Arts. 87.1 y 89.

Iniciativa legislativa popular: Art. 87.3.

Inmunidad e inviolabilidad parlamentaria: Arts. 66.3 y 71.

Inspección de jueces y magistrados: Art. 122.2.

Integridad territorial: Arts. 8.1 y 94.1.

Interés general: Arts. 30.3, 34.1, 47, 103.1, 128 y 155.1.

Interés público: Arts. 76.1 y 124.1.

Interés social: Art. 124.1.

Interesados: Art. 124.1.

Intervención de empresas: Art. 128.2.

Investigación científica: Art. 44.

Investigación de la maternidad o paternidad: Art. 39.2.

Inviolabilidad del domicilio: Art. 18.2.

- Consentimiento del titular o resolución judicial: Art. 18.2.

— Delito flagrante: Art. 18.2.

Inviolabilidad personal: Art. 10.1.

Irretroactividad: Art. 9.3.

J

Jefe del Estado Español: Art. 56.

Jerarquía normativa: Art. 9.3.

Jornada laboral: Art. 40.2.

— Jornada máxima legal: Art. 40.2.

— Vacaciones: Art. 40.2.

Jubilación: Art. 117.2.

Jueces y magistrados: Arts. 24.1, 70.1, 117, 122.3, 127.1, 136.3 y 159.2.

Juramento: Art. 61.

Jurisdicción militar: Art. 117.

Jurisdicción ordinaria: Art. 53.3.
Jurisdicción penal: Art. 120.2.
Justicia: Arts. 1.1 y 117.1.
Juventud: Art. 48.
Juzgados y Tribunales: Arts. 76.1, 82.6, 106, 117.4, 126, 150.1 y 163.

L

Lenguas oficiales: Art. 3, Disp. Final.
Leyes de bases: Arts. 82 y 83.
Leyes orgánicas: Arts. 87.3, 90.1, 122.2, 136.4, 141.1, 161.1.d) y 162.2.
Libertad: Arts. 1.1 y 9.2.
Libertad de circulación: Art. 19.
Libertad de expresión y libertad de cátedra, derecho a la producción y creación artística y científica, y a recibir y comunicar libremente información
— Censura: Art. 20.2.
— Creación y mantenimiento de medios de comunicación social: Art. 20.3.
— Derecho a la producción y creación artística y científica: Art. 20.1.b).
— Derecho a recibir y comunicar libremente información: Art. 20.1.d).
— Libertad de cátedra: Art. 20.1.c).
— Libertad de expresión: Art. 20.1.a).
— Límites a estos derechos: Art. 20.4.
— Protección de la juventud y de la infancia: Art. 20.4.
— Organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado y acceso de los grupos sociales y políticos: Art. 20.3.
— Secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información: Art. 20.5.
Libertad de residencia y circulación: Art. 19.
— Derecho a entrar y salir libremente de España: Art. 19.
— Libertad de circulación en el territorio nacional: Arts. 139 y 139.2.
Libertad personal: Art. 17.
Libertad sindical
— Contenido del derecho: Art. 28.1.
— Derecho a afiliarse al sindicato elegido: Art. 28.1.
— Derecho a fundar sindicatos: Art. 28.1.

— Derecho de actividad de los sindicatos
— Derecho de negociación y conflicto colectivo: Art. 37.1.
— Derecho de los sindicatos a formar confederaciones: Art. 28.1.
— Derechos de los sindicatos a fundar o afiliarse a organizaciones internacionales: Art. 28.1.
— Limitaciones
— Fuerzas o institutos armados: Art. 28.1.
Liquidación de impuestos: Art. 156.2.

M

Madrid: Art. 5.
Manifestaciones: Art. 77.1.
Maternidad: Art. 39.2.
Matrimonio: Art. 32.
— Celebración e inscripción: Art. 32.2.
— Disolución matrimonial: Art. 32.2.
— Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio
— Desarrollo de los distintos procedimientos
— Generalidades: Art. 32.2.
— Separación matrimonial: Art. 32.2.
Mayoría de edad: Arts. 12, 59.4 y 60.1, Disp. Adic. 2.
Medidas tributarias: Art. 157.2.
Medidas urgentes: Art. 86.
Medio ambiente: Art. 45.
Menores: Arts. 39.3 y 59.1.
— Protección de menores: Art. 39.4.
Ministerio Fiscal: Arts. 76.1, 124, 126 y 162.1.
Ministros del Gobierno: Arts. 64.1, 70.1, 98.1, 98.3, 110.1 y 110.2.
Minusválidos: Art. 49.
— Prestaciones sociales y económicas
— Tratamiento y orientación psicológica: Art. 49.
Moción de censura: Arts. 113, 114.2 y 115.2.
Monarquía: Art. 1.3.
Monopolios: Art. 128.2.

N

Nacionalidad: Art. 11.

Índice Analítico

— Adquisición de la nacionalidad española: Art. 11.1.
— Apátridas: Art. 13.4.
— Pérdida de la nacionalidad: Art. 11.1.
Nacionalidades y regiones: Art. 2.
Nombramientos: Arts. 64.1, 100, 122.2, 159 y 160.

O

Objeción de conciencia: Arts. 20.1.d) y 30.2.
— Prestación social sustitutoria: Art. 30.2.
Obligaciones solidarias: Art. 108.
Ocio: Arts. 43.3 y 148.1.19.
Orden del día: Art. 73.2.
Orden público: Art. 16.1.
Ordenamiento jurídico: Art. 9.1.
Organismos administrativos: Art. 129.1.
Organización territorial del Estado: Arts. 137 a 158.
Organizaciones: Art. 105.a).
Organizaciones empresariales: Art. 131.2.
Organizaciones profesionales: Arts. 52 y 131.2.
Órganos consultivos: Art. 107.

P

Parlamentarios: Art. 67.
Parlamento Español: Art. 101.
Participación ciudadana: Arts. 9.2 y 23.
Partidos políticos: Arts. 6, 127.1 y 159.4.
Patrimonio cultural: Art. 46.
Patrimonio del Estado: Art. 132.
Patrimonio histórico-artístico: Art. 46.
Patrimonio Nacional: Art. 132.
Paz: Art. 63.3.
Paz social: Art. 10.1.
Pena de muerte: Art. 15.
Penalidad
— Medidas de seguridad: Art. 25.2.
— Penas privativas de libertad: Art. 25.2.
Personal al servicio de la Administración de Justicia: Art. 122.1.
Personalidad jurídica: Arts. 140, 141.1 y 152.3.
Personas jurídicas: Art. 27.6.
Pesca: Art. 130.
Planificación económica: Art. 149.1.13.
Playas: Art. 132.2.

Plazos y términos: Arts. 68.6, 69.6, 86.2, 99.3, 99.5, 113.3, 115.3, 116.2, 143.2, 143.3, 148.2, 151.1, 151.2 y 159.3.
Pluralismo: Arts. 1.1 y 6.
Poder judicial: Arts. 117 a 127.
Poder legislativo: Art. 66.2.
Poderes públicos: Arts. 9.1, 9.2, 39.1, 39.2, 40.1, 40.2, 41, 43.2, 44.1, 44.2, 45.2, 46 a 50, 51.1, 51.2, 53.1, 129.2 y 130.1.
Policía: Art. 70.1.
Política de empleo: Art. 40.1.
Política económica: Art. 40.1.
Política exterior: Art. 97.
Potestad normativa: Arts. 66 y 133.
Potestad reglamentaria: Art. 97.
— Control de legalidad: Art. 106.
Precios públicos: Art. 31.3.
Presidente del Congreso de los Diputados: Arts. 64.1, 72, 78.2, 90.1, 99.1, 99.5 y 109.
Presidente del Consejo General del Poder Judicial: Art. 122.
Presidente del Gobierno: Arts. 62.d), 62.g), 64.1, 92.2, 98.1, 98.2, 99 a 101, 114.2, 115.1 y 162.1.
Presidente del Senado: Arts. 72, 78.2, 90.1 y 109.
Presidente del Tribunal Constitucional: Art. 160.
Presidente del Tribunal Supremo: Arts. 122.3 y 123.
Prestaciones económicas de la Seguridad Social: Art. 41.
Prestaciones personales obligatorias: Art. 31.3.
Presunción de inocencia: Art. 24.2.
Presupuesto y gasto público: Arts. 134 y 158.
— Control y fiscalización
— Tribunal de Cuentas: Art. 136.
— Elaboración de los presupuestos
— Prórroga: Art. 134.4.
— Principios y reglas de programación y de gestión presupuestaria
— Principio de eficiencia en la asignación y en la utilización de los recursos públicos: Art. 31.2.
Presupuestos: Art. 72.1.
Presupuestos Generales del Estado: Arts. 65.1, 66.2, 75.3, 134.1, 134.2, 134.3, 134.5 y 158.1.

Prevención de riesgos laborales: Art. 40.2.
Primogénito: Art. 57.1.
Príncipe de España: Arts. 57 y 61.
Principio de impulso procesal de oficio: Art. 124.1.
Principio de legalidad: Arts. 9.3, 10.1, 31.3, 53.1, 103, 117 y 124.2.
Principio de legalidad del derecho sancionatorio: Arts. 17.1 y 25.1.
— Prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad: Art. 25.3.
Principio de oralidad: Art. 120.2.
Principio de seguridad jurídica: Art. 9.3.
Principio de solidaridad: Arts. 138 y 158.2.
Procedimiento administrativo: Art. 105.c).
— Actos de instrucción
— Audiencia del interesado: Art. 105.c).
Procedimiento de urgencia: Arts. 86 y 86.3.
Profesiones tituladas: Art. 36.
Programa político del Gobierno: Arts. 99.2 y 112.
Progreso social y económico: Art. 40.1.
Prohibición de Tribunales de Honor: Art. 26.
Promulgación de la Constitución: Disp. Final.
Promulgación de las leyes: Arts. 62.a) y 91.
Proposición de ley: Arts. 75.2, 84, 87.2 y 89.
Prórroga de términos y plazos: Arts. 116.2 y 116.3.
Protección de datos de carácter personal
— Datos personales: Art. 18.
Protección de los hijos: Arts. 39.2 y 39.3.
Proyecto de ley: Arts. 75.2, 86 a 88, 90, 134.5 y 151.2.
Publicación de normas jurídicas: Arts. 9.3 y 91.
Publicación de sentencias y resoluciones judiciales: Art. 164.1.
Publicidad: Art. 80.
Publicidad de registros: Art. 22.3.

R

Reales Academias: Art. 62.j).
Recaudación tributaria
— Órganos recaudadores: Art. 156.2.

Reciprocidad: Arts. 13.2 y 13.3.
Recurso de amparo: Arts. 53.2 y 161.
— Clases de violaciones y presupuestos para recurrir: Art. 162.1.
— Derechos y principios no susceptibles de amparo
— Irretroactividad de normas sancionadoras no favorables al sancionado: Art. 9.3.
— Principio de seguridad jurídica: Art. 9.3.
Recursos naturales: Arts. 45.2 y 132.2.
Referéndum: Arts. 62.c), 92, 151, 152.2, 167.3, 168 y 168.3.
Reforma constitucional: Arts. 75.3, 166 a 169.
Regencia: Arts. 58 y 59.
Regente: Arts. 60.1 y 61.
Régimen disciplinario: Art. 122.2.
Registros domiciliarios: Art. 18.2.
Reglamento del Congreso de los Diputados: Arts. 72, 79.2, 80, 86.2, 87.1, 89.1 y 111.1.
Reglamento del Senado: Arts. 72, 79.2, 80, 87.1, 89.1 y 111.1.
Reinserción social: Art. 25.2.
Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: Arts. 108 a 116.
Relaciones internacionales: Art. 56.1.
Representación: Art. 152.1.
Representantes de los trabajadores: Art. 37.1.
Representantes extranjeros: Art. 63.
Reserva de ley: Arts. 53, 133.3 y 165.
— Alcance: Art. 76.2.
Reserva de ley orgánica: Arts. 8.2, 54, 55.2, 69.2, 81, 92.3, 93, 104.2, 116.1 y 122.1.
Resoluciones judiciales: Arts. 20.5, 22.4 y 118.
Responsabilidad de los jueces: Art. 117.
Responsabilidad penal: Arts. 55.2 y 102.1.
Responsabilidad política: Arts. 60.2, 98.2, 108, 113 y 152.1.
Responsabilidades: Arts. 64.2, 102 y 116.6.
Retroactividad: Art. 83.
Reuniones: Arts. 73 y 74.
Revalorización de pensiones: Art. 50.
Revisión constitucional: Art. 95.1.
Rey de España: Arts. 56, 60.1, 61, 65, 90.2, 91, 92.2, 99.1, 99.3, 100, 114.1, 115.1, 122.3, 123.2, 124.4, 152.1, 159.1 y 160.
Riqueza: Art. 131.1.

S

- Sanidad:** Art. 43.
Secreto profesional: Arts. 20.1.d) y 24.2.
Sector público: Arts. 128.2, 134.2, 136.1 y 136.2.
Seguridad ciudadana: Art. 104.
Seguridad del Estado: Art. 105.b).
Seguridad Social: Arts. 41 y 129.
— Ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social
— Españoles no residentes en el territorio nacional: Art. 42.
— Prestaciones económicas de la Seguridad Social
— Jubilación: Art. 50.
Senado: Arts. 66, 69, 73, 74, 76, 77, 79, 80, 87, 90, 115.1, 122.3, 155.1, 159.1, 167.1 y 167.2.
Sentencia: Arts. 118 y 120.3.
Separación de jueces y magistrados: Art. 117.2.
Separación del servicio: Art. 100.
Servicio civil: Art. 30.3.
Servicios públicos
— Servicios públicos de la Administración del Estado: Art. 158.1.
Servicios sociales: Art. 50.
Sindicatos: Arts. 7, 127.1, 131.2 y 159.4.
— Funcionamiento democrático: Art. 7.
Soberanía: Arts. 1.2 y 8.1.
Sucesión a la Jefatura del Estado: Arts. 57 y 59.
Sufragio universal: Arts. 68.1, 69.2 y 152.1.
Suspensión de jueces y magistrados: Art. 117.2.

T

- Tasas y exacciones parafiscales:** Art. 31.3.
Tercera edad: Art. 50.
Territorio nacional: Arts. 19 y 68.5.
Territorios históricos: Disp. Adic. 1.
Terrorismo: Arts. 13.3 y 55.
Testamento: Art. 60.1.
Textos refundidos: Art. 82.2.

Torturas y otros delitos contra la integridad física y moral: Art. 15.

Trabajadores emigrantes: Art. 42.

Traición: Art. 102.2.

Traslados: Art. 117.2.

Tratados y convenios internacionales:
Arts. 10.2, 13.1, 13.3, 39.4, 63.2, 93, 94, 94.1, 95 y 96.

— Denuncia: Art. 96.2.

Tribunal Constitucional: Arts. 53.2, 95.2, 159 a 165., Disp. Trans. 9.

— Composición: Arts. 70.1 y 159.1.

Tribunal del Jurado: Art. 125.

Tribunal Supremo: Arts. 71.3, 102.1 y 123.

Tribunales consuetudinarios: Art. 125.

Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas: Art. 152.1, Disp. Adic. 4.

Tributos: Arts. 31.1, 133 y 134.

— Relación jurídica tributaria

— Beneficios fiscales: Arts. 133.3 y 134.2.

Tutela: Art. 60.

U

Unidad nacional: Art. 2.

Universidades: Art. 27.10.

Urbanismo

— Actividad urbanística

— Principios

— Participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas: Art. 47.

Utilidad pública: Art. 33.3.

V

Veto: Art. 90.

Vicepresidentes del Gobierno: Art. 98.

Vivienda: Art. 47.

— Derecho a una vivienda digna: Art. 47.

Votos particulares: Art. 164.1.

Z

Zona marítimo-terrestre: Art. 132.2.

Zonas de montaña: Art. 130.

Comentarios a la Constitución Española

XL ANIVERSARIO



Tomo I

Artículos 1 a 65

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

Fundación
 Wolters Kluwer




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Patrocinadores



MUTUALIDAD ABOGACÍA

 **Santander**