

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

1. Fuentes supranacionales .....	4
1. 1. Consejo de Europa: CEDH y otros instrumentos .....	4
1. 2. Unión Europea y derechos fundamentales.....	8
2. Integración en el Derecho español del Derecho supranacional de derechos fundamentales.....	14
2. 1. Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, significado del artículo 10. 2º CE (contenido del derecho en Tratado, pasa a contenido constitucional) .....	15
2. 2. Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, distinción art. 96 y 10.2, “perfil exacto” .....	16
2. 3. Sentencia 36/1984, FJ 3º, artículo 10. 2º reenvía a la interpretación del CEDH por el TEDH.....	16
2. 4. Pernicioso uso del CEDH-TEDH para aumentar los límites constitucionales de los derechos.....	17
2. 5. Téngase en cuenta la STC 236/2007, de 7 de noviembre, Ley orgánica de extranjería, FJ 11º y el cierto distanciamiento de la doctrina del TEDH para no considerar la reintegración familiar en el marco del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) en el seno de la intimidad del artículo 18. 1 CE.....	19
2. 6. Referencia al Dictamen del Comité de Derechos Humanos ONU interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 27 de julio de 2009 contrario a la sentencia 13/2001 .....	19
3. Algunos conceptos previos y requisitos frente a la actuación del legislador de derechos fundamentales .....	19
3. 1. Expresión de la normatividad de los derechos en la LOPJ.....	19
3. 2. Normatividad de derechos fundamentales e interposición legislativa.....	20
3. 3. Dimensión objetiva derechos y la acción normativa de los poderes públicos .	23
3. 4. Concepto de “contenido esencial” (sentencia 11/1981, de 11 de abril).....	26
3. 5. Concepto de “garantías institucionales” (sentencia 16/2003, fñ 8) .....	27
3. 6. La ley limitadora ha de respetar la seguridad jurídica y ser precisa (sentencia 292/2000, fñ 15).....	28
4. El papel limitador de la ley y garantías frente al establecimiento de límites por otros medios (sentencia 292/2000).....	28
5. Reservas de ley orgánica, ordinaria y materias conexas .....	30
5. 1. “Desarrollo” es la regulación de los “aspectos sustanciales” del derecho.....	30

5. 2. Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, significado de “desarrollo” (art. 81 CE) y por qué las leyes penales son orgánicas .....	31
5. 3. Sentencia 77/1985, de 27 de junio, “materias conexas” posibilidades de leyes y reglamentos (estatales o autonómicos) .....	31
6. La posibilidad de regular derechos constitucionales en los Estatutos de autonomía. Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre: derecho al agua del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.....	32
7.. Otros “reguladores” de derechos fundamentales .....	34
7. 1. Capacidad de regulación de derechos fundamentales por las Comunidades Autónomas .....	34
7. 2. Decreto legislativo y Decreto-Ley .....	37
7. 3. Reglamento y derechos fundamentales.....	37

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

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

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

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

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

A todo ello hay que añadir que no es sólo el legislador estatal el único regulador de derechos fundamentales, ni tan siquiera el legislador orgánico. A tal punto, hay que insistir en que el legislador orgánico sólo desarrolla los aspectos sustanciales del derecho. Tan siquiera es el único que impone límites, en tanto que el legislador ordinario también impone límites al regular las condiciones de modo lugar y tiempo del ejercicio de los derechos. Y hay que añadir que en tanto sea competente, el legislador autonómico bien puede regular el ejercicio de derechos. Pero aún es más, en modo alguno hay que excluir, que normas infralegales regulen derechos fundamentales. Al respecto, no cabe duda de la existencia de reservas de ley generales (53 y 81 CE) respecto de los derechos, sino numerosas reservas específicas (ejemplo: art. 17 o art. 25 CE) que hacen si cabe más intensa la reserva de ley. El alumno, y a través de una práctica específica fijará la atención, debe tener en cuenta que cabe la colaboración ley – reglamento, con sus límites,

y que los mismos reglamentos pueden regular aspectos técnicos y secundarios que afecten a los derechos fundamentales. También el alumno debe recordar el papel de diversas fuentes del derecho respecto de los derechos fundamentales: Decretos legislativos –que no pueden regular materia de Ley orgánica- y Decretos –ley.

## 1. Fuentes supranacionales

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

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

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

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

#### A) Sobre el CEDH

Nota<sup>1</sup>

##### Un avance decisivo

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

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

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

<sup>1</sup> Extractos reelaborados de “El Consejo de Europa, 800 millones de europeos”, disponible en [http://www.coe.int/es/portal/Information\\_material/ES800million.asp?L=ES](http://www.coe.int/es/portal/Information_material/ES800million.asp?L=ES)

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 1 del Protocolo nº 1- Protección de la propiedad

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

Artículo 2 del Protocolo nº 1 - Derecho a la instrucción

Toda persona tiene derecho a la educación.

Artículo 3 del Protocolo nº 1 - Derecho a elecciones libres

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

Artículo 2 del Protocolo nº 4 - Libertad de circulación

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

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

Nadie puede ser condenado a muerte ni ejecutado.

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

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

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

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

Artículo 1 del Protocolo nº 12 - Prohibición general de discriminación

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

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

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

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

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

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

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

#### **Visitas puntuales**

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

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

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

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

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

El Consejo de Europa adoptó en 1994 el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales. Este primer instrumento multilateral jurídicamente vinculante está

destinado a proteger a las minorías nacionales en general. Define un determinado número de objetivos que los Estados contratantes se comprometen a cumplir por medio de la legislación y de las políticas nacionales, entre los que cabe destacar la igualdad ante la ley, la adopción de medidas destinadas a mantener y desarrollar las culturas y a proteger las identidades, las religiones, las lenguas minoritarias y las tradiciones, la garantía del acceso a los medios de difusión, el establecimiento de relaciones transfronterizas libres y pacíficas con personas que residen legalmente en otros Estados.

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

### **Minorías nacionales en Europa**

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

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

Un segundo programa común de la Comisión Europea y del Consejo de Europa sobre las minorías nacionales fue lanzado en enero de 1999 para un periodo de 18 meses, como seguimiento del plan de acción adoptado en octubre de 1997 durante la Cumbre de Estrasburgo. Este nuevo programa está abierto a todos los Estados miembros del Consejo de Europa y a los países candidatos a la adhesión. **Se** basa en un enfoque temático orientado a proyectos subregionales o bilaterales (seminarios, mesas redondas, talleres de trabajo, visitas de estudio) y tiene por objeto reforzar la participación de los representantes de las minorías nacionales. Unas veinte proposiciones de actividades han sido llevadas a cabo hasta ahora.

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

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

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

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

Los derechos relativos a las condiciones del empleo son, entre otros, el derecho al trabajo, incluido el derecho a la orientación y a la formación profesional, la no discriminación en el empleo y la prohibición del trabajo forzado, el derecho sindical y de

negociación colectiva, y el derecho de las mujeres y de los hombres a recibir una misma remuneración por la realización de un trabajo igual. La protección social incluye el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

### **Mecanismo de control**

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

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

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

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

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

## **1. 2. UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

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

## **A) Actual Tratado de la Unión Europea**

### Artículo 6

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

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

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

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

## **Tratado de Lisboa, protocolos, declaraciones y derechos fundamentales**

*(en cursiva novedades respecto del vigente Tratado de la Unión y, subrayado, novedades respecto de la malograda Constitución europea)*

«Artículo 1 bis La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.»

«Artículo 6 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. (novedad Lisboa)

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

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

### Artículo 9 (artículo I-45)

La Unión respetará en todas sus actividades el principio de igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un

Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

Además del texto del Tratado, y con el mismo valor jurídico del mismo, debe tenerse en cuenta el *Protocolo sobre la aplicación de la carta de los derechos fundamentales* de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido las altas partes contratantes. En virtud del mismo la Carta no tendrá carácter jurídicamente vinculante para estos dos Estados miembros. Sí para los veinticinco restantes.) Asimismo expresa el alcance jurídico de la carta en sus considerandos:

...

*Artículo 1* 1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

*Artículo 2* Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino Unido.

Cabe asimismo tener en cuenta el *Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la unión al convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales así como las Declaraciones relativas a disposiciones de los tratados*. Así:

1. Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene carácter jurídicamente vinculante, confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados.

2. Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio.

## ***Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa***

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS [...] : “Por último debe resaltarse con especial énfasis que, según el Tratado de Lisboa, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual, proclama, tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea. Por ello, y porque se considera conveniente desde el punto de vista de la transparencia y de la proximidad al ciudadano, se reproduce en el artículo segundo de esta Ley Orgánica el texto íntegro de la citada Carta, tal y como ha sido publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 (2007/C 303/01).”

#### Artículo 1. Autorización de la ratificación del Tratado de Lisboa.

Se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital de la República de Portugal el 13 de diciembre de 2007.

#### Artículo 2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación:

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

### ***B). Articulación Carta derechos fundamentales Constitución europea y Constitución española (Dictamen Tribunal Constitucional 2004)***

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

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

- 1. Obsérvese en FJ 6º cómo el Tribunal Constitucional renuncia a abordar cuestiones que puedan suscitarse en abstracto de derechos fundamentales, remitiendo al “diálogo constante” con las diversas instancias jurisdiccionales”.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

... C) En la misma línea, dejo ya constancia de que no comparto la valoración de nuestra jurisprudencia que se hace en el fundamento jurídico cuarto de la Declaración de la que discrepo. Con cita de varias Sentencias de este Tribunal, se afirma que “nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario sobre el interno”, en el ámbito de aquél. Pues bien, creo que es precisamente esa jurisprudencia la que permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte en concreto sobre la Constitución: bastará leer en las citadas Sentencias 64/1991,

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

### **C) Sentencia 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, posibilidad de fiscalizar actos de aplicación de Derecho comunitario vs. derechos fundamentales**

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

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

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

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

**Recuérdese el texto de los artículos 96 y 10. 2 de la Constitución (en su caso el 13 CE), por este orden, remitiendo a lo aprendido en**

## Constitucional I sobre los tratados internacionales y subrayando la especial importancia del artículo 10. 2º CE.

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

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

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

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

Merced a los siguientes extractos, el alumno puede seguir una serie de afirmaciones y reglas de nuestro tribunal que permiten hacerse un cuadro del papel que corresponde a los tratados internacionales y a los órganos que los interpretan (y sus resoluciones y sentencias) a la hora de trabajar con derechos fundamentales. De igual modo, y no sin complejidad, se muestran algunos extractos de la difícil cuestión de la integración de ordenamientos comunitario y español respecto de la materia.

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

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

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

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

---

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

5. El Parlamento Vasco estima asimismo vulnerado, del modo indirecto que nos consta y sin mayores razonamientos, el art. 96.1 del Texto constitucional. Ahora bien, es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (sentencia 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

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

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

---

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

“La remisión que el art. 10.2 de la C.E. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos

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

#### 2. 4. PERNICIOSO USO DEL CEDH-TEDH PARA AUMENTAR LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS

---

##### ***A) Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, Tratados internacionales en principio no podrían ampliar límites, pero se dio un caso con la “moral”***

**Éste es un caso paradigmático que sirve, en negativo, para recordar que los tratados internacionales en su práctica totalidad son estándar mínimo, nivel mínimo de protección, por lo que no se puede acudir a ellos para interpretar mayores límites y menor protección a los derechos que la que la Constitución confiere. No obstante, pese a que en la Constitución española la moral por sí sola no puede justificar un límite a un derecho, en esta sentencia el Tribunal Constitucional acudió al TEDH para dar soporte a un límite.**

FJ 3

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

**B) STC 170/2008, de 15 de diciembre de 2008. límite a manifestación por motivos no señalados en el artículo 21 con apoyo del CEDH.**

**¿Crees que el tribunal acude al CEDH y al TEDH para garantizar más el derecho o para justificar los límites al mismo más allá de lo que aparentemente indica la Constitución?**

3. ... Por lo que se refiere a la limitación del derecho de reunión, este Tribunal Constitucional ha recordado que dicho derecho “no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 36/1982, de 16 de junio; 59/1990, de 29 de marzo, FFJJ 5 y 7; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; y ATC 103/1982, de 3 de marzo, FJ 1), entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio art. 21.2 CE —alteración del orden público con peligro para personas y bienes—, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales’ (FJ 2), lo que también se deduce del art. 10.1 CE” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4). El propio Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), en su art. 11.2, prevé “la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que ‘previstas en la Ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos’”, e, interpretando este precepto, “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (STEDH caso Cisse, de 9 de abril de 2002, § 51)” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

De ahí que, “en los casos en los que existan ‘razones fundadas’ que lleven a pensar que los límites antes señalados no van a ser respetados, la autoridad competente puede exigir que la concentración se lleve a cabo de forma respetuosa con dichos límites constitucionales, o incluso, si no existe modo alguno de asegurar que el ejercicio de este derecho los respete, puede prohibirlo.

**C) Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre (derechos en Estatuto valenciano): El artículo 10. 2º CE, en principio, no sirve para fundamentar nuevos derechos fundamentales, aunque los principios rectores sí que parecen entenderse como derechos a interpretar internacionalmente**

“el art. 10.2 CE no ampara constitucionalmente la formulación del derecho al agua contenida en el precepto impugnado. Y ello, no sólo porque[...] el mandato del art. 10.2 CE se refiere a los derechos constitucionales (lo que, según hemos señalado, no es el contenido en el art. 17.1 EAV), sino porque, aunque se entendiera implícito en los principios rectores del art. 45 CE, los textos internacionales a que se refieren tanto la parte actora como la representación de las Cortes valencianas no pueden entenderse comprendidos entre “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a que nos remite el art. 10.2 CE. En efecto, aun admitiendo que podamos estar ante un derecho emergente de tercera generación, es claro que en el momento actual su incipiente gestación se refleja en instrumentos internacionales que no requieren de manifestación expresa de la voluntad de los Estados, por lo que no puede hablarse de la asunción de compromisos concretos al respecto por parte de

España. Todo ello sin olvidar que desde fecha temprana este Tribunal Constitucional ha afirmado que los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad de los derechos, sino elementos de interpretación de los constitucionalmente proclamados (en este sentido, por todas, SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; y, 110/2007, de 10 de mayo, FJ 2).”

**2. 5. TÉNGASE EN CUENTA LA STC 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE, LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA, FJ 11º Y EL CIERTO DISTANCIAMIENTO DE LA DOCTRINA DEL TEDH PARA NO CONSIDERAR LA REINTEGRACIÓN FAMILIAR EN EL MARCO DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (ART. 8 CEDH) EN EL SENO DE LA INTIMIDAD DEL ARTÍCULO 18. 1 CE.**

---

**2. 6. REFERENCIA AL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU INTERPRETANDO EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, DE 27 DE JULIO DE 2009 CONTRARIO A LA SENTENCIA 13/2001**

---

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

#### **3. 1 .EXPRESIÓN DE LA NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS EN LA LOPJ**

---

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

#### Artículo 5

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

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

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

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

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

#### Artículo 6

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

#### Artículo 7

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

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

3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

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

---

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

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

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

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

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

No corresponde, sin embargo, a este Tribunal determinar la forma en que dicha suspensión o aplazamiento ha de concederse, por lo que no puede proceder, como pretende el recurrente en su escrito de demanda, a la adopción de las medidas adecuadas para que el Ministerio de Defensa y sus órganos subordinados le concedan la prórroga de incorporación a filas de cuarta clase a).

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

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

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

Pero lo que no puede el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E., pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha

ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la publicatio de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6. ; 189/1991, fundamento jurídico 3.) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E.

Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 9.; 254/1993, fundamento jurídico 6.). Ciertamente es que cuando se opera con la interpositio legislatoris es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8.; 254/1993, fundamento jurídico 6.), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

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

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

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

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

Sin perjuicio de esta dimensión subjetiva, los derechos fundamentales ostentan también una dimensión objetiva<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional reconoció por primera vez esta dimensión objetiva de los derechos y libertades en la sentencia 25/1981, de 21 de julio (FJ 5º), 18/1984 /FJ 6º), como, de manera muy significativa, en la sentencia del aborto 53/1985, de 11 de abril (FJ 4º). Asimismo, entre otras en la sentencia 163/1986, de 17 de diciembre (FJ 1º), 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º, 172/1989, de 19 de octubre (FJ 3º), o en el auto 382/1996, de 18 de diciembre (FJ 3º), entre otros.

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

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

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

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

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

En general, con esta “dimensión objetiva” se expresa la necesaria proyección que los derechos fundamentales tienen sobre la acción de todos los poderes públicos. En la actividad legislativa y normadora, en la actividad jurisdiccional y en la acción del Ejecutivo y las administraciones públicas hay un deber de procurar una mayor efectividad de los derechos. Sobre esta idea general se ubican –no con mucha precisión y bajo una terminología que depende muchas veces de quién haga referencia a la misma<sup>3</sup>- una dimensión, axiológica, institucional y, a veces, también prestacional de los derechos fundamentales<sup>4</sup>. En principio, esta dimensión objetiva del derecho viene a quedar como añadido al derecho subjetivo en sí, elemento externo al contenido del derecho subjetivo que si bien impone obligaciones a los poderes públicos, tales obligaciones no se articulan como facultades exigibles del derecho subjetivo<sup>5</sup>. Si, en general, el derecho subjetivo cabe concebirlo como regla, esta dimensión objetiva puede considerarse como norma de principio por su más que relativo grado de exigibilidad jurídica.

De este modo, sin perjuicio de ser un derecho subjetivo, un derecho fundamental implica también una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”, en otros casos se describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico). También, esta dimensión objetiva como deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección del derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional). De igual modo –y bajo la advertencia, una vez más de que ni la jurisprudencia ni la doctrina

---

<sup>3</sup> Se trata, hay que decir, de un ámbito sorprendentemente desatendido por la doctrina. Asimismo, no resulta en modo alguno sencillo delimitar la proyección y alcance jurídico de esta dimensión objetiva, axiológica, institucional o positiva de los derechos y libertades -al igual que sucede con la categoría de la garantía institucional, con la que se funde y confunde-. En relación con ello, véase particularmente el trabajo de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *Derechos fundamentales y garantías institucionales...* cit en concreto, págs. 40 a 41, 74 a 77 y 243 a 246. Resulta particularmente interesante volver a hacer referencia a la citada obra de BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. Al margen de la referida “Teoría Liberal” de los derechos y libertades -que es la que subraya su vertiente subjetiva-, la dimensión objetiva parece incluirse en las otras teorías referidas por el autor: institucional (págs. 53 y ss.), axiológica (págs. 57 y ss.), democrático-funcional (págs. 60 y ss) y la del Estado social (págs. 63 y ss.)

<sup>4</sup> Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que tras la alusión de esta faceta objetiva de los derechos y libertades, en ocasiones se hace referencia a un sistema de valores constitucional que despliega, por lo general, indeterminados efectos. Igualmente, de tal dimensión objetiva se deriva una proyección jurídica general de los derechos como principios jurídicos. Del mismo modo, de esta dimensión positiva se ha construido la eficacia indirecta de los derechos entre terceros, a raíz del llamado “deber de protección” del Estado respecto de los mismos. Este deber positivo del Estado ha alcanzado, a su vez, otras proyecciones en orden a la garantía de los derechos y libertades. Asimismo, de esta vertiente positiva se ha derivado no sólo un papel del Estado como garante de los derechos, sino su deber promocional y prestacional respecto de los mismos.

<sup>5</sup> En este sentido, BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit. pág. 51.

han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva- este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión “prestacional” del derecho fundamental en cuestión.

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

Sigamos el concepto vinculado a un derecho fundamental concreto, el derecho de protección de datos personales. Así, en el ámbito de la protección de datos es habitual el reconocimiento de institutos para su mejor garantía (Agencias, Autoridades o Comisionados), de hecho su existencia la exige la normativa europea. Y para nuestro Tribunal Constitucional la existencia de este tipo de instituciones de garantía generadas por la legislación en aras de la mayor efectividad del derecho es un ejemplo de la dimensión institucional de un derecho fundamental<sup>6</sup>. Siguiendo lo expuesto, esta dimensión institucional no habría de considerarse en el ámbito del derecho subjetivo (también en general vedado al legislador autonómico), sino en el ámbito objetivo del derecho a la protección de datos personales. Además, cabe tener ya en cuenta, nuestro Tribunal Constitucional –dando por buena la legislación estatal- considera esta dimensión institucional para la garantía del derecho de protección de datos como “condición básica” para el mantenimiento de su igualdad (art. 149. 1º. 1ª CE).<sup>7</sup> Este último factor, como se dirá, es el que hace la cuestión competencial especialmente compleja (la protección institucional del derecho no forma parte del derecho subjetivo, por lo que no queda vedada la creación de instituciones de protección al ámbito autonómico, si bien, como constituye una condición básica para la igualdad, queda como competencia exclusiva del Estado).

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

---

<sup>6</sup> Así lo ha referido en la sentencia 292/2000:

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

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

<sup>7</sup> Esta vinculación se plasma en dicha sentencia en su FJ 14º:

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

- la dimensión institucional, tanto la Agencia estatal cuanto las agencias autonómicas son ejemplo de esta dimensión. Ello sin perjuicio de que el ámbito de actuación de estas agencias quede condicionado por la voluntad del legislador estatal y por la interpretación del Tribunal Constitucional en particular respecto del artículo 149. 1º. 1ª CE.

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

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

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

---

Observe la definición y parámetros del contenido esencial

FJ 8

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

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

sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

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

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

---

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

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

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

“En efecto, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal ésta «no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [ por todas, sentencia 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, y también las Sentencias 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a); 76/1988, de 26 de abril, FJ 4; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 4]. En efecto, como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, «la garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y de la aplicación que de las mismas se hace» (sentencia 32/1981, de 28 de julio, FJ 3; en el mismo sentido, Sentencias 38/1983, de 16 de mayo, FJ 6; 40/1988, de 19 de febrero, FJ 39; 76/1988, de 26 de abril, FJ 4; 159/1993, de 6 de mayo, FJ 6; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 4).”

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

---

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

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

De un lado, porque si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (Sentencias 104/2000, de 13 de abril, F.J. 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (Sentencias 11/1981, F.J. 5, y 196/1987, F. J. 6). Pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 C.E.

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

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

- 1. Fija tu atención en la diferencia de límites o restricciones a derechos de los que habla el Tribunal (directas o al modo tiempo o lugar) y observa su relación con el tipo de norma que debe hacerlo.**

2. **Observa quién es la “única habilitada” por la Constitución para establecer límites y de dónde derivan éstos.**
3. **Señala los límites que tiene la ley para expresar y reconocer tales límites, en especial, la posibilidad que tiene la ley para “apoderar” a poderes públicos para que establezcan los límites.**

FJ 11

“el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (Sentencias 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7; 196/1987, de 11 de diciembre, F.J. 6; y respecto del art. 18, la sentencia 110/1984, F.J. 5). **Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 C.E.** La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (Sentencias 57/1994, de 28 de febrero, F.J. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F.J. 2).

Justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. **Como lo conculcará también esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.**

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

FJ 5

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

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

---

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

FJ 3

“En términos generales puede decirse que la reserva enunciada en el art. 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate. Es claro que, cuando la fuente infraconstitucional «de cabecera» sea, como aquí ocurre, la Ley Orgánica, no serán trasladables, en un todo, los criterios ordenadores de las relaciones entre Ley (ordinaria) y reglamento y ello no sólo porque las Leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos, sino, sobre todo, porque las primeras quedan constitucionalmente informadas por un principio de especialidad, de tal

modo que no podrán extender su normación más allá del ámbito que en cada caso les haya sido reservado, sin perjuicio de la eventual incorporación de normas ordenadoras de materias «conexas» (sentencia 5/1981, fundamento jurídico 21).

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

**Existen casos, cuando se trata de la reserva para el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en que, por lo demás, tal tipo de remisión será difícil de obviar. Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestacionales o de participación de este último carácter son los enunciados en el art. 27.7 de la Constitución, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley Orgánica.** En estos términos, la opción del legislador orgánico en favor de la remisión al ordinario puede ser confirmándose, así también, que la separación de círculos competenciales no puede ser absoluta una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia Ley Orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado («materias conexas»).

## **6. La posibilidad de regular derechos constitucionales en los Estatutos de autonomía. Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre: derecho al agua del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana**

**A la vista de lo afirmado en este apartado, considérese la posibilidad de regular derechos fundamentales, derechos constitucionales no fundamentales o nuevos derechos en los estatutos de autonomía.**

La Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, con relación a su artículo 17. 1º. Este precepto reconoce el derecho al abastecimiento de agua de calidad. Dicha sentenciapor

lo que aquí interesa, la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos.

Como premisa, el Alto Tribunal señala que los principios de unidad, autonomía, solidaridad e igualdad no imponen una uniformidad absoluta que excluya diferenciaciones según el tipo de derecho de que se trate y la competencia en juego<sup>8</sup>. Se afirma también “la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos”<sup>9</sup>. Ahora bien, pese a su apariencia, se requiere que haya competencia estatutaria en la materia y, además, y pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables<sup>10</sup>. Por ello, “no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos”<sup>11</sup>.

El artículo polémico que “no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución”, se trata de un derecho que se integra en el título II del Estatuto valenciano “De los derechos de los valencianos y valencianas”, si bien, “en su condición de ciudadanos españoles y europeos”. Y se admite la constitucionalidad por cuanto<sup>12</sup>:

- “se relaciona con diversas atribuciones competenciales recogidas en el propio Estatuto”;
- no “colisiona con ningún derecho o principio rector contenido en la Constitución”;
- “no establece ningún derecho subjetivo” dado que, en razón del artículo 10. 2 del Estatuto, queda condicionado a su desarrollo “mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana” Así, “no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno”.
- “constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho previsto en la Constitución (art. 1.1);

---

<sup>8</sup> El Tribunal Constitucional recuerda que en razón “la relación existente entre los principios de unidad, autonomía, solidaridad e igualdad, debemos plantearnos si el principio de igualdad, que se proyecta en la esfera de la ciudadanía, constituye un límite infranqueable para que los Estatutos de Autonomía contengan declaraciones o enunciados de derechos por conllevar la vulneración de los arts. 139.1 y 149.1.1 CE.” (FJ 13º). Y al respecto, se afirma que “el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada.” FJ 13º El “art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos” (FJ 14º).

<sup>9</sup> FJ 15º.

<sup>10</sup> En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE).” (FJ 15º).

<sup>11</sup> FJ 15º : “En conclusión, los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.”

<sup>12</sup> FJ 20º.

- de dicho precepto, “no se desprende que haya de producirse ningún privilegio económico o social para la Comunidad Valenciana”.

## 7.. Otros “reguladores” de derechos fundamentales

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

---

Las Comunidades Autónomas sí pueden “afectar” y “regular el ejercicio” de derechos fundamentales (art. 53. 1º CE) siempre que sea dentro del ámbito de las competencias asumidas. Y es que, como señala Aguado, el ejercicio de numerosos derechos tiene como espacio inmediato el ámbito territorial que ocupa la Comunidad Autónoma<sup>13</sup>. Ello es así, por un lado, porque el ejercicio de los derechos se conecta en no pocas ocasiones, de modo indefectible, con las competencias que asume la Comunidad Autónoma de que se trate. De otro lado, “resultaría hoy difícil que un ente como la Comunidad Autónoma no incidiese en el ejercicio de los derechos, dadas las características intrínsecas de los propios derechos en un sistema socio-político como el actual.”<sup>14</sup> Esta posibilidad de afectación y regulación del ejercicio de derechos fundamentales, y aquí vienen los problemas básicos, siempre sin perjuicio de dos condicionantes fundamentales, uno formal y otro competencial.

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

-La difícil sustanciación de hasta dónde llegan los “aspectos sustanciales” que sólo pueden ser regulados por ley orgánica<sup>16</sup>. Nunca es sencillo escindir estos aspectos

---

<sup>13</sup> AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pág. 358.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Sobre el tema, por todos, cabe remitir a CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, con su monografía dedicada sobre el particular. De igual modo, entre otros cabe estar a obras como las referidas en las citas anteriores.

<sup>16</sup> El “desarrollo” del derecho fundamental a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los “aspectos esenciales” sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el “desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal” (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; alcance del mismo entre privados, garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

sustanciales con el espacio de regulación del ejercicio del derecho fundamental y de afectación de éste que puede ser regulado por ley no orgánica, tanto estatal cuanto autonómica<sup>17</sup>.

-Asimismo, los problemas derivan de la determinación de cuáles son las condiciones básicas para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos, esto es, el ámbito de competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149. 1º. 1ª CE. Este precepto establece un título competencial autónomo, al parecer, cada día con más fuerza, para el Tribunal Constitucional<sup>18</sup>. La determinación de tales condiciones básicas queda en

---

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

<sup>17</sup> Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1981, FJ 2º, entre otras, sí queda vedada al legislador autonómico la regulación del derecho fundamental en cuanto se afecte a las condiciones básicas del ejercicio del derecho y/o las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho. Sin embargo, las Comunidades Autónomas pueden legislar afectando a los derechos fundamentales si cuentan con competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente una regulación del ejercicio del derecho fundamental en cuestión. Sobre el tema, entre otras, sentencias 152/1992, 127/1994, 61/1997 o 173/1998).

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

<sup>18</sup> En este sentido me remito a lo afirmado por el *Informe sobre la reforma del Estatuto* del Institut de Estudis Autònomicos de la Generalitat de Catalunya.

Después de un período bastante largo en el que no se había utilizado el artículo 149.1.1 CE como título competencial autónomo, este criterio cambió con la aprobación por parte del Estado de una nueva legislación urbanística en el año 1992. Esta ley dio lugar a una importante decisión del Tribunal Constitucional (sentencia 61/1997), en la que, a pesar de las importantes cautelas que se realizan sobre el potencial de dicha regla competencial, se abre la puerta a una regulación básica que, aunque muy condicionada y de baja intensidad, se convierte “de facto” en un verdadero título competencial que puede afectar a cualquier competencia autonómica que tenga relación directa con un derecho o deber constitucional. Las cautelas establecidas en esta Sentencia no se han confirmado posteriormente, sino que se han relativizado cuando en la sentencia 164/2001 parece apreciarse una simplificación de la doctrina inicial y ya no quedan tan claros los límites específicos que tendría la competencia del artículo 149.1.1 CE.

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

manos del legislador estatal y del posterior control puntual del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, con una jurisprudencia también cambiante en este punto. Como un criterio general, aunque este precepto no distinga categorías de derechos, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea éste (arts. 15-30) estas condiciones básicas son más expansivas a favor del Estado y, por ende, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma<sup>20</sup>.

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

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

Igualmente, y por cuanto a la dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales, cabe tener en cuenta unas consideraciones. De un lado, como por definición la dimensión objetiva es un *añadido* a la dimensión subjetiva del derecho, lo es a la configuración sustancial del derecho que ha de regularse por ley orgánica. En consecuencia, la configuración de esta dimensión objetiva no es materia limitada formalmente a la Comunidad Autónoma. Es por ello que, como se adelantó, el margen de actuación autonómico –en concurrencia o no con el Estado– sobre la dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales es más amplio. Ahora bien, y de otro lado, la dimensión objetiva con sus diferentes facetas (prestacional, institucional, etc.), bien puede considerarse una condición básica para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149. 1º 1ª CE), o lo que es lo mismo, el legislador estatal bien puede hacer de su exclusiva competencia una proyección prestacional del derecho a la protección de datos personales o una institución para su garantía, por considerar que es necesario para mantener la igualdad de este derecho fundamental entre los españoles<sup>21</sup>. Como veremos, esto ha sucedido en parte con la protección de datos.

---

<sup>19</sup> Como Cabellos afirma “el art. 149. 1. 1 posee una característica esencial: permite al Estado establecer los márgenes en que se ejercerán las competencias estatal y autonómica sobre derechos y deberes, a modo de título previo y primero; ámbito que es, como se dijo, un campo de juego inicial en que queda definido aquello que permite identificar como tal al derecho y sus límites fundamentales, y de lo que la normativa subsiguiente, estatal (basada en otros títulos ) o autonómica, debe partir.” CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, cit. pág. 197.

<sup>20</sup> En este sentido, con claridad, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, cit. pág. 202 y 206: “la incidencia que el artículo 149. 1. 1 va a permitir al Estado realizar sobre los derechos fundamentales [hace referencia a los arts. 15-29] va a ser mayor que la que le va a posibilidad en relación con los derechos de la sección segunda del capítulo segundo [arts. 30-38].”

<sup>21</sup> Ignacio Villaverde de forma muy inteligente ha considerado que lo propio de la reserva competencial del art. 149. 1º. 1ª CE es, precisamente esta dimensión objetiva, pues se trata, al fin y al cabo, del establecimiento de condiciones para la eficacia del derecho:

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

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

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

## 7. 2. DECRETO LEGISLATIVO Y DECRETO-LEY

---

El Decreto legislativo no puede regular materia de Ley orgánica, ello está expresamente vedado por la Constitución, por ello, por ejemplo, sería imposible que el Código penal viniese regulado por Decreto legislativo. Ahora bien, recuerde que no toda regulación de un derecho fundamental es “desarrollo”, obligado por ley orgánica, según se ha visto con las materias conexas.

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

## 7. 3. REGLAMENTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

---

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

---

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

*sufragio, etc. el desarrollo de estos aspectos prestacionales, organizativos y de la institución se puede hacer más evidente.*

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

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