

DERECHO CONSTITUCIONAL II

LORENZO COTINO HUESO 2009
Profesor titular de Derecho constitucional
Universidad de Valencia

CONTENIDO GENERAL

| | |
|--|-----|
| <i>Primero. Presentación. La asignatura y las finalidades esenciales a que responden estos materiales docentes</i> | 17 |
| <i>Segundo. Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir</i> | 25 |
| <i>Tercero. Fuentes y garantías normativas de los derechos fundamentales</i> | 63 |
| <i>Cuarto. Ámbitos particulares de eficacia de los derechos</i> | 103 |
| <i>Quinto. Titularidad de los derechos fundamentales</i> | 121 |
| <i>Sexto. Garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales</i> | 151 |
| <i>Séptimo. Derechos del artículo 15</i> | 191 |
| <i>Octavo. Los derechos del artículo 18</i> | 231 |
| <i>Noveno. Libertades informativas</i> | 291 |
| <i>Décimo. Otras libertades públicas</i> | 337 |
| <i>Undécimo. Derecho a la educación y libertades de la enseñanza</i> | 395 |
| <i>Duodécimo. Libertad personal y de circulación</i> | 423 |
| <i>Décimotercero. Garantías de los artículos 24 y 25</i> | 451 |
| <i>Décimocuarto. Igualdad</i> | 465 |
| <i>Décimoquinto. Principios rectores y su protección como derechos fundamentales</i> | 501 |
| <i>Décimosexto. Prácticas del curso</i> | 511 |
| <i>Decimoséptimo. Preguntas de examen (orientativas)</i> | 541 |
| <i>Décimooctavo. Bibliografía y recursos seleccionados</i> | 559 |

ÍNDICE DETALLADO

Primero. Presentación. La asignatura y las finalidades esenciales a que responden estos materiales docentes 17

1. *Presentación. Unos materiales adecuados a las exigencias de la innovación educativa y a la particularidad del Derecho de los derechos fundamentales.....17*
 1. 1. El alumno debe habituarse a trabajar con materiales normativos y jurisprudenciales, si bien, seleccionados y preparados17
 1. 2. La “inmersión” en la particular metodología y fuentes del Derecho de los derechos fundamentales: la habituación en el razonamiento de los “pasos”18
 1. 3. La especial importancia concedida al manejo de categorías generales y a las vías de protección de los derechos fundamentales19
 1. 4. Líneas generales de estos contenidos y especial referencia a sus lagunas . 20
2. *Objetivos generales: capacidades, destrezas y habilidades a adquirir por el alumno.....21*
 2. 1. Objetivos y capacidades a desarrollar.....21
 2. 2. Destrezas 22
 2. 3. Habilidades sociales 23
3. *Metodología del curso 23*

Segundo. Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir25

1. *Introducción 25*
 1. 1. La importancia del método y necesarias advertencias para su seguimiento 25
 1. 2. Vocación y conveniencia de un tratamiento propiamente jurídico..... 27
 1. 3. Resumen de los “pasos” de resolución de supuestos de derechos fundamentales..... 27
2. *Método general, “pasos” a seguir 30*
 2. 1. La determinación del objeto de análisis: contextualización, determinación de injerencias, sujetos y derechos afectados 30
 - A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes 30
 - a. 1. Sujetos que sufren la intervención de sus derechos 30
 - a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho 30
 - B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias31
 - C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”) 32
 - c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado 33
 - c. 2. Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional 33
 - c. 3. Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado 35
 - c. 4. El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas 35
 - c. 5. Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental..... 36
 - c. 6. Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad 36
 2. 2. Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia 37
 - A) Estos “pasos” se exigen por los tribunales e incluso por normas 37
 - B) La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal..... 38

| | |
|---|-----------|
| C) Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática | 39 |
| c. 1. Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva..... | 39 |
| c. 2. La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución | 40 |
| c. 3. Justificación “objetiva”, “necesidad” (para una sociedad democrática) de la medida. Conexión real de la razón de ser de la restricción con la finalidad constitucional esgrimida..... | 41 |
| c. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática” | 42 |
| D) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva | 43 |
| d. 1. Test de proporcionalidad | 43 |
| d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia | 44 |
| d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)..... | 44 |
| d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto | 45 |
| d. 5. La intensidad de la exigencia del cumplimiento de los parámetros y de su explicitación..... | 45 |
| 1) La importancia del origen y naturaleza de la medida restrictiva..... | 45 |
| 2) La variación del rigor del juicio según el derecho de que se trate..... | 46 |
| E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial? | 47 |
| <i>3. La ponderación en el supuesto especial de la colisión entre derechos fundamentales</i> | <i>47</i> |
| <i>4. “Pasos” específicos en los conflictos de libertades informativas</i> | <i>48</i> |
| 4. 1. Delimitación de si nos encontramos o no ante el ejercicio de las libertades informativas..... | 48 |
| 4. 2. Parámetros a seguir en la ponderación | 49 |
| A) La relevancia e interés público de lo informado o expresado..... | 50 |
| B) Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público | 50 |
| C) El contexto | 50 |
| D) La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre | 51 |
| <i>5. “Pasos” específicos a seguir con el derecho de igualdad: el juicio de igualdad</i> | <i>51</i> |
| 5. 1. Aproximación general al supuesto y los datos que revela..... | 52 |
| A) ¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva? | 52 |
| B) Los sujetos implicados en el trato diferenciado | 53 |
| b. 1. Desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado | 53 |
| b. 2. Desde la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado..... | 53 |
| 1) Tratos diferenciados por sujetos privados | 53 |
| 2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público..... | 54 |
| 3) Terrenos intermedios..... | 54 |
| C) El medio por el que se establece el trato jurídico diferente | 55 |
| b. 3. Igualdad “en” las normas..... | 55 |
| b. 4. Igualdad en los actos de aplicación de normas | 55 |
| 5. 2. Fijación y admisión concreta del objeto de análisis..... | 56 |
| A) Expresión concreta de los términos de comparación | 56 |
| B) Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación | 57 |
| C) Algunos supuestos excluidos de la protección de la igualdad (delimitación)..... | 57 |
| c. 1. La Constitución prohíbe la discriminación “ante la ley”, no fuera de la ley | 57 |
| c. 2. El derecho a la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría | 58 |
| 5. 3. Análisis de si el trato diferenciado es discriminatorio: el juicio de igualdad | 58 |

| | |
|---|----|
| 5. 4. Especificidades en las “discriminaciones” positivas y las discriminaciones indirectas o encubiertas | 60 |
| A) Algunas particularidades en las “discriminaciones” positivas | 60 |
| B) El tratamiento específico de las discriminaciones indirectas o encubiertas..... | 61 |

Tercero. Fuentes y garantías normativas de los derechos fundamentales 63

| | |
|--|----|
| 1. Fuentes supranacionales | 64 |
| 1. Consejo de Europa: CEDH y otros instrumentos | 64 |
| A) Sobre el CEDH | 65 |
| B) Breve referencia de los Protocolos | 66 |
| C) Otros instrumentos de interés..... | 66 |
| c. 1. Convenio para la Prevención de la Tortura | 66 |
| c. 2. El Convenio Marco para la Protección de las Minorías..... | 67 |
| c. 3. Carta Social Europea | 68 |
| 1. 2. Unión Europea y derechos fundamentales..... | 69 |
| A) Actual Tratado de la Unión Europea..... | 69 |
| Tratado de Lisboa, protocolos, declaraciones y derechos fundamentales..... | 70 |
| Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa..... | 71 |
| B). Articulación Carta derechos fundamentales Constitución europea y Constitución española (Dictamen Tribunal Constitucional 2004) | 72 |
| C) Sentencia 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, posibilidad de fiscalizar actos de aplicación de Derecho comunitario vs. derechos fundamentales | 75 |
| 2. Integración en el Derecho español del Derecho supranacional de derechos fundamentales..... | 76 |
| 2. 1. Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, significado del artículo 10. 2º CE (contenido del derecho en Tratado, pasa a contenido constitucional)..... | 76 |
| 2. 2. Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, distinción art. 96 y 10.2, “perfil exacto” | 77 |
| 2. 3. Sentencia 36/1984, FJ 3º, artículo 10. 2º reenvía a la interpretación del CEDH por el TEDH | 78 |
| 2. 4. Pernicioso uso del CEDH-TEDH para aumentar los límites constitucionales de los derechos | 78 |
| A) Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, Tratados internacionales en principio no podrían ampliar límites, pero se dio un caso con la “moral” | 78 |
| 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. | 79 |
| 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..... | 79 |
| 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. | 80 |
| 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 | 80 |
| 3. Algunos conceptos previos y requisitos frente a la actuación del legislador de derechos fundamentales | 80 |
| 3. 1. Expresión de la normatividad de los derechos en la LOPJ | 80 |

| | |
|---|-----|
| 3. 2. Normatividad de derechos fundamentales e interposición legislativa..... | 82 |
| A) Sentencia 15/1982, de 23 de abril | 82 |
| B) Sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa | 83 |
| 3. 3. Dimensión objetiva derechos y la acción normativa de los poderes públicos | 84 |
| 3. 4. Concepto de “contenido esencial” (sentencia 11/1981, de 11 de abril) | 88 |
| 3. 5. Concepto de “garantías institucionales” (sentencia 16/2003, fj 8) | 89 |
| 3. 6. La ley limitadora ha de respetar la seguridad jurídica y ser precisa (sentencia 292/2000, fj 15) | 90 |
| 4. <i>El papel limitador de la ley y garantías frente al establecimiento de límites por otros medios (sentencia 292/2000)</i> | 91 |
| 5. <i>Reservas de ley orgánica, ordinaria y materias conexas</i> | 93 |
| 5. 1. “Desarrollo” es la regulación de los “aspectos sustanciales” del derecho ... | 93 |
| 5. 2. Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, significado de “desarrollo” (art. 81 CE) y por qué las leyes penales son orgánicas | 93 |
| 5. 3. Sentencia 77/1985, de 27 de junio, “materias conexas” posibilidades de leyes y reglamentos (estatales o autonómicos)..... | 94 |
| 6. <i>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</i> | 95 |
| 7. <i>Otros “reguladores” de derechos fundamentales</i> | 96 |
| 7. 1. Capacidad de regulación de derechos fundamentales por las Comunidades Autónomas..... | 96 |
| 7. 2. Decreto legislativo y Decreto-Ley | 100 |
| 7. 3. Reglamento y derechos fundamentales | 101 |

Cuarto. Ámbitos particulares de eficacia de los derechos103

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares</i> | 103 |
| 1. 1. Doctrina general del Tribunal Constitucional fijada en el auto 382/1996 | 104 |
| 1. 2. La excepción en libertades informativas: arrogación de una “fuerte” e intensa facultad de revisión de la ponderación de derechos efectuada por los tribunales | 107 |
| 1. 3. El control de mínimos como regla general..... | 109 |
| 1. 4. Teórico control de mínimos en el ámbito laboral (sentencia 188/2004, de 2 de noviembre, acoso laboral y libertad sindical) | 109 |
| 1. 5. Las usuales fórmulas amplias en la regulación legal de los derechos en las relaciones particulares..... | 110 |
| 2. <i>Eficacia de los derechos en las llamadas “relaciones de especial sujeción”</i> ... | 112 |
| 2. 1. La necesidad de limitar derechos y libertades en orden al buen funcionamiento de la Administración | 112 |
| 2. 2. Restricciones por el TEDH en ámbitos especiales de lo público | 113 |
| 2. 3. La singular importancia de la categoría de las “relaciones de especial sujeción” | 114 |
| 2. 4. La introducción de la noción de las relaciones de especial sujeción en España y la evolución del Tribunal Constitucional español..... | 115 |
| 2. 5. A modo de conclusión: la necesidad de superar la categoría de las relaciones de especial sujeción | 117 |

Quinto. Titularidad de los derechos fundamentales 121

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Extranjeros</i> | 121 |
| 1. 1. Constitución | 121 |
| 1. 2. Derechos del extranjero según situación jurídica a partir de la Ley | 123 |
| 1. 3. Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, Ley orgánica de extranjería..... | 124 |
| 1. 4. Ley orgánica 4/2000 (extractos) | 132 |
| 2. <i>Menores</i> | 137 |
| 2. 1. Los menores son titulares de derechos fundamentales (sentencia 141/2000)..... | 137 |
| 2. 2. Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General De Las Naciones Unidas (extractos)..... | 138 |
| 2. 3. Legislación menor: reconocimiento de algunos derechos | 140 |
| 2. 4. Ejemplos de regulación de la capacidad del menor en el ámbito civil, penal, administrativo y laboral | 145 |
| A) Civil | 145 |
| B) Penal | 146 |
| C) Administrativa..... | 147 |
| D) Laboral..... | 147 |
| 3. <i>Personas jurídicas</i> | 147 |
| 3. 1. Texto constitucional..... | 148 |
| 3. 2. Construcción argumental de titularidad derechos fundamentales personas jurídicas privadas (sentencia 139/1995) | 148 |

Sexto. Garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales151

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Garantías nacionales</i> | 151 |
| 1. 1. Tribunal Constitucional, en especial, el recurso de amparo constitucional | 151 |
| A) Datos generales carga de trabajo y derechos alegados | 151 |
| B) Breve explicación del recurso de amparo | 154 |
| C) La actual regulación (extractos) | 155 |
| 1. 2. Incidente de nulidad de actuaciones procesales en la LOPJ | 158 |
| 1. 3. Referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil | 160 |
| 1. 4. Ámbito laboral: procedimiento especial de protección de derechos fundamentales..... | 162 |
| 1. 5. Garantías de los derechos ante la actuación administrativa | 164 |
| A) Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común | 165 |
| a. 1. Nulidad - anulabilidad..... | 167 |
| a. 2. Varios: actuación general de administración con afectación a derechos fundamentales | 168 |
| a. 3. Revisión por la propia Administración de actos que lesionen derechos | 169 |
| a. 4. Recursos y suspensión | 170 |
| a. 5. Responsabilidad Patrimonial | 172 |
| B) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa | 173 |
| b. 1. Actividad administrativa impugnabile | 175 |
| b. 2. Plazos generales | 176 |
| b. 3. Pretensiones de las partes y alegatos | 177 |
| b. 4. Medidas cautelares | 178 |
| b. 5. Costas procesales..... | 178 |

| | |
|--|------------|
| b. 6. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales... | 179 |
| b. 7. Recursos posibles | 180 |
| 2. Garantías supranacionales | 181 |
| 2. 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... | 181 |
| A) Algunas explicaciones sobre el TEDH | 182 |
| B) Elementos procesales ante el TEDH | 183 |
| C) Números de casos resueltos por el TEDH..... | 185 |
| D) Formulario de demanda ante el TEDH | 186 |
| 2. 2. Protección jurisdiccional de derechos fundamentales y Unión Europea. | 188 |
| A) Revisión jurisdiccional de decisiones y normas de la Comunidad Europea | 189 |
| a. 1. La vía del recurso directo | 189 |
| a. 2. La cuestión prejudicial | 189 |
| B) Revisión judicial en políticas de cooperación policial y en política exterior y de seguridad | 190 |
| Séptimo. Derechos del artículo 15..... | 191 |
| 1. <i>Severo escrutinio para juzgar el uso de armas contra terroristas. Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso McCann y otros contra el Reino Unido Artículo 2 (Derecho a la vida) Sentencia de 27 de septiembre de 1995.....</i> | <i>191</i> |
| 2. <i>Sentencia 120/1990, caso huelga de hambre de los GRAPO (vida, integridad, límites, etc.).....</i> | <i>193</i> |
| 3. <i>Aborto, Técnicas de Reproducción Asistida y esterilización</i> | <i>207</i> |
| 2. 1. <i>Sentencia TC 53/985, de 18 de mayo (aborto) dimensión objetiva-subjetiva</i> | <i>207</i> |
| 2. 2. <i>Sentencia 116/1999, de 17 de junio (técnicas de reproducción asistida): alcance de la reserva de Ley orgánica</i> | <i>214</i> |
| 2. 3. <i>Sentencia TC 215/1994, de 14 de julio (reproducción de los deficientes psíquicos): alternativa menos lesiva.....</i> | <i>215</i> |
| 3. <i>Registros corporales a presos (conurrencia de integridad e intimidad, con resultados diferentes). Finalidad legítima no es suficiente (sentencia 57/1994)</i> | <i>222</i> |
| Octavo. Los derechos del artículo 18..... | 231 |
| 1. <i>Texto constitucional y lectura a la vista de algunos tratados</i> | <i>231</i> |
| 2. <i>Algunas garantías específicas.....</i> | <i>232</i> |
| 2. 1. <i>Código penal, intimidad, imagen, domicilio</i> | <i>232</i> |
| 2. 2. <i>LECRIM y autorizaciones registros domiciliarios</i> | <i>233</i> |
| 2. 3. <i>Jurisprudencia inviolabilidad domicilio.....</i> | <i>235</i> |
| A) <i>Concepto de domicilio sentencia 10/2002</i> | <i>235</i> |
| B) <i>Titularidad por personas jurídicas, Sentencia 69/1999.....</i> | <i>240</i> |
| C) <i>Autorización judicial de registro domiciliario, sentencia 136/2000</i> | <i>241</i> |
| 2. 4. <i>Secreto y Autorizaciones de intervención en comunicaciones</i> | <i>246</i> |
| A) <i>El concepto de secreto de comunicaciones por el TC y el TEDH</i> | <i>246</i> |
| B) <i>Conceptos en el ámbito de las telecomunicaciones.....</i> | <i>246</i> |
| C) <i>Garantía del secreto en las comunicaciones en la LECRIM</i> | <i>247</i> |
| 3. <i>El “nuevo” derecho a la protección de datos personales, sentencia 292/2000</i> | <i>248</i> |
| 4. <i>Ley orgánica 1/1982, de protección civil de derechos del artículo 18 CE</i> | <i>253</i> |

| | |
|---|------------|
| 5. <i>Propia imagen</i> | 258 |
| 5. 1. Propia imagen, sentencia 081/2001, caso Emilio Aragón, ejemplo de delimitación de derechos | 258 |
| 5. 2. STC 072/2007, de 16 de abril, derecho a la propia imagen de un policía.261 | |
| 5. 2. Un ejemplo claro del principio de proporcionalidad en una ley: Ley orgánica 4/1997, videocámaras en lugares públicos..... | 264 |
| 6. <i>Intimidación</i> | 265 |
| 6. 1. Estatuto de los trabajadores, dignidad, derechos e intimidación | 265 |
| 6. 2. Intimidación en el trabajo, sentencia 186/2000 | 266 |
| 6. 3. Intimidación en general, sentencia 115/2000 caso Isabel Preysler..... | 269 |
| 7. <i>Honor</i> | 276 |
| 7. 1. Código penal, calumnia, injuria | 276 |
| 7. 2. Sentencia 180/1999 Articulación del Prestigio profesional y el honor | 277 |
| 7. 3. Sentencia 49/2001, caso J. M ^a . García- R. Mendoza. concepto y generalidades derecho honor, reglas de ponderación con libertades informativas | 280 |
| 7. 4. Sentencia 51/2008 de 14 abril, ofensas a través de la ficción de una novela. Libre creación artística y posible lesión del honor de un fallecido | 286 |
| Noveno. Libertades informativas | 291 |
| 1. <i>Alguna normativa relativa al artículo 20 CE</i> | 291 |
| 1. 1. Ley orgánica 2/1984, derecho de rectificación | 291 |
| 1. 2. Ley orgánica 2/1997, cláusula de conciencia..... | 294 |
| 2. <i>Recordatorio de algunos elementos atribución responsabilidad</i> | 295 |
| 2. 1. Responsabilidad solidaria y en cascada de medios de comunicación | 295 |
| 2. 2. Cartas al director e internet..... | 296 |
| 2. 3. Doctrina del reportaje neutral (remisión)..... | 297 |
| 2. 4. LSSICE, esquema general de exención de responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación..... | 297 |
| 3. <i>Jurisprudencia</i> | 298 |
| 3. 1. Sentencia 176/1995 libertad expresión, racismo, límites insalvables, censura previa | 298 |
| 3. 2. Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, caso Librería Europa, sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen delitos de genocidio, artículo 607.2 del Código penal..... | 305 |
| 3. 3. Sentencia 192/1999, libertad de información, veracidad, errores, cargos públicos | 311 |
| 3. 4. Sentencia 54/2004, de 15 de abril de 2004, Caso actual Defensor del pueblo, relevancia pública, necesidad para el discurso, veracidad-diligencia, procedencia ilícita de la información, reportaje neutral..... | 320 |
| 3. 5. Sentencia 31/1994 secuestro, medios de comunicación, derecho de creación, posición del legislador | 329 |
| Décimo. Otras libertades públicas | 337 |
| 1. <i>Derecho de reunión</i> | 337 |
| 1. 1. Legislación..... | 337 |
| A) Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, en su redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril..... | 337 |
| B) Ley de extranjería..... | 340 |

| | |
|--|-----|
| C) Código penal | 341 |
| 1. 2. Jurisprudencia | 342 |
| A) Sentencia TC 66/1995 (concepto, límites y requisitos prohibición, necesaria fundamentación) | 342 |
| B) Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, filmación de manifestantes (conurrencia de derechos en juego, claro ejemplo de seguimiento de todos los “pasos”) | 351 |
| C) Remisión: ver en tratados internacionales la referencia a STC 170/2008, de 15 de diciembre de 2008 que permite límites por motivos no señalados en el artículo 21 CE con apoyo del CEDH. Resarcimiento del derecho..... | 358 |
| 2. <i>Derecho de asociación</i> | 358 |
| 2. 1. Relación de regulación | 358 |
| 2. 2. Código penal | 359 |
| 2. 3. Ley orgánica de asociaciones (extractos)..... | 359 |
| 2. 4. Sentencia 219/2001 (el registro como posible control material de la asociación) | 374 |
| 2. 5. Obligación de formar parte de asociaciones, colegiación obligatoria..... | 375 |
| 3. <i>Partidos políticos y su procedimiento de ilegalización</i> | 376 |
| 3.1. Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos | 376 |
| 3. 2. Sentencia del TEDH Asunto Herri Batasuna y Batasuna C. España, de 30 de Junio de 2009 | 385 |
| 4. <i>Partidos políticos e imposición de candidaturas electorales equilibradas por sexos. Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008</i> | 389 |

Undécimo. Derecho a la educación y libertades de la enseñanza 395

| | |
|--|-----|
| 1. <i>Síntesis de regulación y esquema</i> | 395 |
| 1. 1. Regulación constitucional y esquema..... | 395 |
| 2. <i>Tratamiento jurisprudencial</i> | 396 |
| 2. 1. Facultades contenidas en el derecho a la educación | 396 |
| 2. 3. Sentencia TC 5/1981, de 13 de febrero..... | 398 |
| Voto particular Sentencia TC 5/1981 | 405 |
| Tribunal Supremo sobre educación para la ciudadanía | 415 |
| 3. <i>Tratamiento legislativo</i> | 416 |
| 3. 1. Extractos Ley orgánica de educación | 416 |
| 3. 2. Extractos Ley orgánica de Universidades | 419 |

Duodécimo. Libertad personal y de circulación..... 423

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Artículo 17 Libertad personal y seguridad. Habeas Corpus</i> | 423 |
| 1. 1. Normativa sobre art. 17..... | 424 |
| 1. 2. Jurisprudencia artículo 17 | 424 |
| A) Una recapitulación del contenido del artículo 17 | 424 |
| B) Sentencia 126/1987, “derecho a la seguridad” | 425 |
| C) Recordatorio de la sentencia 120/1990: el artículo 17 no protege la “libertad a secas” | 425 |
| D) Sentencia 341/1993 (diligencias de identificación), concepto de “privación de libertad”, determinación legal y garantías en figuras diferentes a la detención..... | 425 |
| E) Sentencia 47/2000, prisión provisional, aplicación de requisitos para límite a derecho fundamental, necesaria fundamentación concreta..... | 430 |
| F) Ley reguladora del “habeas corpus” | 439 |
| 2. <i>Artículo 19 Libertad de circulación y residencia</i> | 443 |

| | |
|--|------------|
| 2. 1. Sentencia 28/1999, libertad de residencia, interesante delimitación del derecho | 443 |
| 2. 2. Sentencia 169/2001, extranjeros y artículo 19 CE | 446 |
| 2. 3. Sentencia 024/2000, libertad de residencia y extranjeros | 448 |
| Décimotercero. Garantías de los artículos 24 y 25..... | 451 |
| 1. <i>Derechos y garantías del artículo 24</i> | 451 |
| 1. 1. Introducción..... | 451 |
| 1. 2. Sentencia TC 102/1984, de 28 de noviembre: Resumen del contenido del artículo 24. 1..... | 452 |
| 1. 3. Detalle y remisión a las garantías, facultades y derechos del artículo 24 CE | 453 |
| 2. <i>Artículo 25 CE: legalidad penal y sancionadora y “non bis in idem”</i> | 456 |
| 2. 1. Sentencia 25/2002, Legalidad sancionadora y colaboración ley-reglamento | 456 |
| 2. 2. Principio de legalidad y posibilidad de ordenanzas municipales: remisión a material de prácticas | 461 |
| 2. 3. Resumen de la jurisprudencia constitucional sobre el principio “non bis in idem” | 461 |
| Décimocuarto. Igualdad..... | 465 |
| 1. <i>¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad</i> | 465 |
| 1. 1. ¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad? | 465 |
| 1. 2. La regulación constitucional e internacional de la igualdad | 467 |
| 2. <i>Alguna legislación, en especial, la Ley 3/2007</i> | 468 |
| 2. 1. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (definiciones y algún aspecto puntual) | 469 |
| 2. 3. Valoración del impacto de género previa a la adopción de leyes y reglamentos..... | 470 |
| 2. 4. Código Penal (arts. 22, 314, 510-512, 607)..... | 470 |
| 2. 5. Ley orgánica 4/2000, de extranjería e igualdad | 472 |
| 3. <i>Criterios jurisprudenciales sobre igualdad</i> | 473 |
| 3. 1. Sentencia 200/2001, hijos adoptivos, criterios generales discriminación ante la ley | 473 |
| 3. 2. Igualdad sólo dentro de la legalidad, no fuera de ésta | 480 |
| 3. 3. Sentencia 181/2000 No discriminación por indiferenciación | 481 |
| Igualdad y diversa regulación autonómica, “posiciones jurídicas fundamentales”, Sentencia 247/2007 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana | 482 |
| 3. 5. Sentencia 240/1999, diferenciación en Administración (interinos), maternidad y género, discriminación indirecta y material..... | 483 |
| 3. 6. Sentencia 41/2006, de 13 de febrero la “orientación sexual” está especialmente prohibida por el artículo 14. Ejemplo de apoyo en el ámbito internacional | 490 |
| Sentencia 62/2008, de 26 de mayo de 2008 la salud como factor de diferenciación dentro de los especialmente prohibidos..... | 492 |

| | |
|--|-----|
| 3. 7. Sentencia 13/2001, raza y discriminaciones encubiertas, criterio censurado en 2009 por el Comité PIDCIP | 494 |
| A) La sentencia 13/2001 | 494 |
| B) Dictamen contrario del Comité de Derechos Humanos ONU interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 27 de julio de 2009 respecto de la Comunicación N° 1493/2006 | 499 |

Décimoquinto. Principios rectores y su protección como derechos fundamentales.....501

| | |
|---|-----|
| 1. Conexión del medio ambiente con derechos fundamentales (sentencia 16/2004) | 501 |
| 2. Irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre)..... | 506 |
| Una aproximación al contenido y los requisitos de los límites de los derechos sociales prestacionales | 506 |

Décimosexto. Prácticas del curso 511

| | |
|---|-----|
| Posibles prácticas a partir de materiales OCW de la Universidad de Oviedo.... | 511 |
| Práctica 1: Titularidad, capacidad y derechos fundamentales | 511 |
| Práctica 2: Derechos de la personalidad y concurrencia con otros derechos y garantías..... | 517 |
| Práctica 3. Derechos de la personalidad en concurrencia. | 519 |
| Práctica Posibles injurias, soportes diversos, relevancia | 520 |
| Práctica 4: Libertades informativas y resolución de conflicto entre derechos . | 521 |
| Práctica 5: Ejercicio de libertad de reunión y manifestación, sanción y posibilidades de defensa..... | 523 |
| Práctica 6: Partido político-asociación y eficacia entre particulares | 525 |
| Práctica 7: Artículos 17-25 CE y otros derechos | 527 |
| Práctica 8: Igualdad | 533 |
| Práctica 9: Libertades públicas en ámbito universitario e igualdad | 535 |
| Práctica 10. Eficacia de derechos entre particulares. Extranjería y diversos derechos | 537 |
| Formulario de recurso de amparo..... | 538 |

Decimoséptimo. Preguntas de examen (orientativas)..... 541

| | |
|--|-----|
| 1. Parte general..... | 541 |
| 2. Garantías y vías de recurso | 542 |
| 3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de los derechos fundamentales | 544 |
| 4. Titularidad de los derechos fundamentales: extranjeros, menores, personas jurídicas | 545 |
| 5. Vida, integridad, límites, etc. | 546 |

| | |
|--|------------|
| 6. Los derechos del artículo 18 de la Constitución | 547 |
| 7. Garantías del artículo 18..... | 548 |
| 8. Expresión-información..... | 549 |
| 9. Los derechos de los artículos 17, 19 y 25 de la Constitución..... | 552 |
| 10. Reunión-manifestación | 553 |
| 11. Asociación, partidos políticos | 553 |
| 12. Educación-Enseñanza | 555 |
| 13. Igualdad..... | 556 |
| Décimoctavo. Bibliografía y recursos seleccionados | 559 |
| 1. <i>Bibliografía y recursos en “papel”</i> | 559 |
| 1. 1. Obras básicas de referencia en el curso..... | 559 |
| 1. 2. Obras básicas de dogmática de los derechos y Teoría general | 560 |
| 1. 3. Selección de obras relativas a diversas cuestiones generales de derechos fundamentales..... | 560 |
| A) Titularidad de los derechos | 560 |
| B) Eficacia de los derechos | 561 |
| C) Categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos..... | 561 |
| D) Igualdad..... | 561 |
| E) Derechos sociales | 561 |
| F) Proporcionalidad..... | 562 |
| 1. 4. Derecho europeo de los derechos fundamentales, autonomías e integración de sistemas de derechos | 562 |
| 1. 5. Manuales de derechos fundamentales..... | 563 |
| 2. <i>Recursos básicos en internet</i> | 563 |
| 2. 1. “Derecons” | 563 |
| 2. 2. Materiales docentes de la Universidad de Valladolid | 564 |
| 2. 3. Otros recursos muy importantes..... | 564 |
| 2. 4. Fuentes jurisprudenciales | 564 |

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 2. LA “INMERSIÓN” EN LA PARTICULAR METODOLOGÍA Y FUENTES DEL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA HABITUACIÓN EN EL RAZONAMIENTO DE LOS “PASOS”

Uno de los presupuestos de la innovación educativa actual es el de “enseñar a aprender”. En este sentido, una de los objetivos más sentidos de los que parte es que el alumno acabe su periodo de aprendizaje sabiendo razonar en la particularidad de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de una metodología general en el Derecho, si es que la hay, no cabe duda de que el Derecho constitucional tiene la suya propia en razón de la particular cualidad de la norma fundamental como fuente del Derecho y la importancia de la interpretación constitucional. Aún es más, hay una particular forma de operar en el ámbito del Derecho constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido se pretende una profunda inmersión¹ del alumno en este particular saber hacer. Esta especialidad se da por muchos factores, entre los que destacar tanto la especial integración supranacional e internacional (facilitada por el artículo 10. 2º CE) cuanto por la singularidad de las fuentes (así, la particular eficacia directa de los derechos y la relativización de la posición del legislador) y relevancia de la interpretación constitucional de los derechos y la necesidad de integrar y maximizar tanto los diversos derechos cuanto los diferentes bienes constitucionales. Todo ello lleva a una metodología especial, con una casi única forma de razonar y argumentar.

A esta forma de operar jurídicamente con los derechos fundamentales según los dictados del Tribunal Constitucional y el TEDH se le ha denominado “pasos”

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

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

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

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

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

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

Para cualquier manejo de los “pasos” y de resolución de problemas, debe insistirse también en la importancia esencial de un buen manejo de las diversas categorías conceptuales, la especialidad de las fuentes normativas de los derechos, así como el correcto conocimiento y manejo de las garantías (normativas, procesales y no procesales) de los derechos.

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

En este punto, en el programa y contenidos del curso se observa cómo constituyen el inicio del curso la introducción a las nociones básicas, las garantías normativas y el sistema de fuentes, así como las garantías procesales y no procesales. Sin una correcta aprehensión de estos contenidos, el resto del curso se dificulta sobremanera. Ello no obsta para que su verdadera comprensión se dé con el paulatino análisis de los casos jurisprudenciales y las normas analizadas.

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

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

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

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

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

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

- Igualdad
- Principios rectores y su protección como derechos fundamentales

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

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

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

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

2. 1. OBJETIVOS Y CAPACIDADES A DESARROLLAR

Desarrollo de la capacidad del estudiante para

- ✓ Conocer y manejar la terminología y vocabulario jurídico-político específico de la asignatura así como técnico-jurídico

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

2. 2. DESTREZAS

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

- ✓ Manejar procedimientos y métodos básicos en el dominio de la asignatura y en el ejercicio de su aplicación práctica.
- ✓ Manejar con propiedad los conceptos fundamentales de la Teoría de la Constitución y la teoría general de los derechos fundamentales, especialmente las categorías jurídicas y conceptos del ámbito de los derechos así como las pautas interpretativas manejadas por los tribunales.
- ✓ Especial habilidad para la argumentación propia y particular en la materia, con especial atención del principio de proporcionalidad.
- ✓ Comprender el sentido normativo de los derechos fundamentales y sus implicaciones sobre el sistema de fuentes, teniendo en cuenta el especial lugar de los textos internacionales y supranacionales.
- ✓ Entender la dinámica de la interpretación de los derechos fundamentales desde tribunal constitucional, tribunales ordinarios.
- ✓ Entender la dinámica de la interpretación de los derechos fundamentales desde el los textos y órganos supranacionales y los nacionales.

- ✓ Conocer y reconocer ante casos prácticos con profundidad los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales y las vías prácticas de su defensa.
- ✓ Ser capaz de redactar textos jurídicos como demandas, recursos, resoluciones administrativas, sentencias, informes con suficiencia formal (citas normativas, jurisprudenciales, doctrinales, etc.).
- ✓ Captar la importancia jurídica y metajurídica de la dignidad y de los derechos que le son inherentes.

2. 3. HABILIDADES SOCIALES

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

3. Metodología del curso

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

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

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

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

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

1. Introducción

1. 1. LA IMPORTANCIA DEL MÉTODO Y NECESARIAS ADVERTENCIAS PARA SU SEGUIMIENTO

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

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

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

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

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

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

- hay que tener en cuenta la particularidad de la ponderación de derechos fundamentales,
- así como la concreta especialidad del tratamiento de las libertades de expresión e información.

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

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

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

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

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

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

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

1. 2. VOCACIÓN Y CONVENIENCIA DE UN TRATAMIENTO PROPIAMENTE JURÍDICO

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

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

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

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

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

1. 3. RESUMEN DE LOS “PASOS” DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

“Pasos” generales a seguir

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

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

Segundo. Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia

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

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

“Pasos” específicos en los conflictos de libertades informativas

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

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

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

2. Método general, “pasos” a seguir

2. 1. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: CONTEXTUALIZACIÓN, DETERMINACIÓN DE INJERENCIAS, SUJETOS Y DERECHOS AFECTADOS

A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho

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

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

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

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

B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias

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

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

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

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

Otro error muy típico suele ser no *discernir en un mismo supuesto diversas injerencias que deben ser analizadas separadamente y pueden merecer un juicio de*

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

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

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

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

C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”)

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

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

Un error muy común a evitar es partir del derecho afectado y no de la intervención, pues es ésta la que marca y autonomiza el análisis. Lo contrario es un sinsentido y descompone el análisis y sus posibilidades de acierto. Si en un mismo caso se localizan varias injerencias, es posible que en todas ellas esté afectado un derecho, como también es posible que en unas sí que se vulnere y en otras no. (Ej.: a una asociación se le retiran sus carteles para una manifestación y las subvenciones que tenía concedidas). Descomponga el análisis en las injerencias que se desprendan de los hechos, si luego coinciden argumentos y tratamiento jurídico, remítase a lo expuesto en cada caso.

c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado

Cabe tener en cuenta el *criterio de relevancia*. Al momento de determinar las intervenciones en derechos (dificultades, prohibiciones o reacciones o castigos), hay que descartar aquellas que sean nimias, insignificancias o minucias que no tengan la entidad suficiente con relación al derecho o derechos fundamentales afectados. Esto es, se trata de relevancia respecto al derecho fundamental, no respecto de cualesquiera intereses legítimos de la persona u otros derechos no fundamentales. Éste es un juicio de lo razonable para excluir lo que no son verdaderas incisiones en el contenido de un derecho del sujeto. Los criterios pueden ser de todo tipo sin ninguna regla fija: intensidad del daño inflingido, desde cualquier perspectiva, incluso económica o desde una percepción social, cantidad de afectados real o potencial, lesión en las finalidades que tiene el reconocimiento de un derecho, importancia por constituir un posible precedente o puerta abierta hacia el futuro, etc. Este juicio de relevancia no es el recientemente instaurado para la admisión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional³, sin perjuicio, claro está, de que lo que si tenga “trascendencia” a estos efectos, tendrá en todo caso relevancia para el análisis constitucional de la restricción objeto de estudio.

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

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

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

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

mismo, delimitándolo. En estos casos de duda de si el derecho está o no afectado, es necesaria la argumentación justificativa. Esta argumentación puede ser histórica, fáctica y normativa (Derecho supranacional, comparado, etc.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ya podemos efectuar el

2. 2. JUICIO DE ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA INJERENCIA

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

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

A) Estos “pasos” se exigen por los tribunales e incluso por normas

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

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

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

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

“el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio [...] éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de

aplicación. De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción.” (Sentencia 292/2000, FJ 15º).

En la elaboración de estos “pasos”, los requisitos del Tribunal Constitucional deben refundirse con las exigencias del TEDH, no siempre formuladas en los mismos términos⁴, cuando se trata de interpretar las restricciones establecidas en la ley y “necesarias para una sociedad democrática”.

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

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

B) La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal

En la determinación de la naturaleza de la injerencia habremos señalado si es de naturaleza normativa o por la aplicación administrativa o judicial de la norma, habremos determinado en su caso qué norma y, entre los diversos tipos de ellas, hay que radicar el origen de la limitación en una norma de rango legal, según sistema de fuentes nacional⁵. Los límites a los derechos han de estar previstos en la ley con anterioridad a su aplicación efectiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C) Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática

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

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

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

Así, la teórica justificación puede no estar señalada ni en el acto administrativo, en la medida empresarial, ni en la norma que establece la restricción, sino que hay que “descubrirla” y razonarla. El descubrimiento de la razón de ser de la medida restrictiva

por quien efectúa el análisis se ha de hacer con independencia de que personalmente se crea o no en la misma, es necesario preverla argumentativamente para un riguroso análisis.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la finalidad ha de ubicarse en la Constitución, NO en un tratado internacional. Los textos internacionales no están pensados –y en ocasiones prohíben expresamente su uso- para dotar de justificación a los límites, sino para proteger al derecho fundamental (especial cautela con la “moral” a este respecto, con la excepción de la Sentencia 62/1982). Por ello, los lugares típicos donde radicar constitucionalmente estas finalidades serán los derechos de otros o, en su caso, bienes constitucionales como: defensa y seguridad nacional (arts. 8 y 103. 1º CE); seguridad pública (art. 104 CE), orden público respecto de artículos 16 o 21 CE; eficacia administrativa art. 103. 1º), garantía de la justicia (artículo 24 y 117 CE), etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por los tribunales) y, en particular, a la motivación de los actos judiciales o administrativos de aplicación del Derecho.

En conexión con lo anterior, los motivos alegados por las autoridades para justificar la medida han de ser suficientes y pertinentes. El grado de exigencia puede variar de unos derechos a otros en razón de su función democrática (así, por ejemplo, las limitaciones a la libertad de expresión y sus garantías cuando confluye un claro interés público y en razón de su ejercicio por medios de comunicación, el escrutinio se hace más severo). En consecuencia, particular alerta respecto, por ejemplo, de las libertades públicas en determinados contextos por su importancia instrumental para la sociedad democrática.

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

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

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

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

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

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

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

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

D) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva

d. 1. Test de proporcionalidad

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

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

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

Puede incluso seguirse expresamente en qué consiste la proporcionalidad en alguna ley reguladoras de derechos fundamentales⁸.

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

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

“Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.

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

d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia

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

d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)

Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el medio que menos daño cause a los derechos fundamentales. Matar moscas a cañonazos no es, en este sentido, “necesario”. *Si hay varios fármacos útiles, hay que dar al enfermo el que menos le afecte.* Debe tenerse en cuenta que la “necesidad” (para una sociedad democrática, justificación objetiva) es un parámetro previo y, en teoría, distinto. Para evitar la confusión, hay que subrayar ahora la idea de alternatividad. Por ejemplo, para

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

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

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

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

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

evitar embarazos no deseados de discapacitadas psíquicas, cabe la esterilización, encerrar al discapacitado, vigilarle continuamente o el suministro continuo de anticonceptivos –la píldora. Puede entenderse con la sentencia 215/1994 que la esterilización es la alternativa menos gravosa.

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

d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El caso de supuestos de conflicto entre sujetos privados, la cuestión se hace singularmente compleja y relativa. En todo caso, se exige la motivación razonable y razonada más o menos intensa al acto del poder público que finalmente derive del conflicto entre los particulares (la resolución judicial).

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

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

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

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

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

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

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

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

E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial?

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

Siguiendo la sentencia 11/1981, de 11 de abril (FJ 8º), hay que preguntarse si tras el sometimiento a la restricción practicada, el derecho en cuestión sigue manteniendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que [...] sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así.” Al mismo tiempo, teniendo en mente “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho”, hay que observar si “resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Por ello, la cuestión última es si tras la restricción analizada “el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

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

3. La ponderación en el supuesto especial de la colisión entre derechos fundamentales

Según se ha señalado, el conflicto puede ser entre dos derechos fundamentales, supuestos en los que varían los “pasos” a seguir. En estos casos, la previsión legal del límite, cuanto la determinación de la finalidad que legitima el límite al derecho se solventar por el reconocimiento mismo del derecho fundamental en litigio. De este

modo, en el típico conflicto libertad de expresión -vida privada, la previsión legal procede directamente del reconocimiento de la vida privada, que es a su vez una finalidad constitucional que puede legitimar el límite a la libre expresión.

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

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

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

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

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

4. “Pasos” específicos en los conflictos de libertades informativas

Cuando se trata de la resolución de conflictos en los que quedan entrometidas las libertades informativas con otros derechos fundamentales (siendo lo más habitual el conflicto con los derechos del artículo 18 CE), no procede aplicar los “pasos” señalados. Sin perjuicio de muchas variables que requerirían un análisis más profundo, pueden apuntarse algunas líneas concretas en la resolución de estos casos. La ponderación a realizar persigue el máximo respeto, “integración y aplicación constitucionalmente adecuada de los derechos” en juego (sentencia 49/2001, FJ 4º). El Tribunal Constitucional, particularmente cuando se trata de la posible comisión de delitos por lo expresado o informado, construye estas ponderaciones bajo la pregunta de si la libertad informativa en cuestión se ejerció o no dentro del ámbito constitucionalmente protegido, puesto que si así es, no cabe la reprobación penal al no existir antijuridicidad.

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

4. 1. DELIMITACIÓN DE SI NOS ENCONTRAMOS O NO ANTE EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

Por cuanto a la delimitación de los derechos en juego (“paso” inicial general), cabe seguir lo ya afirmado (ejemplo: ¿el nudismo es ejercicio de la libre expresión? ¿y una

huelga de hambre? ¿la libre expresión ampara un presunto derecho a fijar carteles en instalaciones públicas, o en empresas?). Amén de estas cuestiones de delimitación sobre si tal acción es o no considerable el ejercicio de la libre expresión o información, cabe seguir algunos elementos particulares:

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

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

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

4. 2. PARÁMETROS A SEGUIR EN LA PONDERACIÓN

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

A) La relevancia e interés público de lo informado o expresado

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

B) Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público

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

C) El contexto

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

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

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

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

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

D) La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre

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

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

5. “Pasos” específicos a seguir con el derecho de igualdad: el juicio de igualdad

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

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

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

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

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

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

5. 1. APROXIMACIÓN GENERAL AL SUPUESTO Y LOS DATOS QUE REVELA

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

A) ¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva?

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

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

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

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

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

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

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

A riesgo de omitir alguna, de la observancia del artículo 14, los tratados internacionales y la doctrina constitucional, las discriminaciones especialmente prohibidas son sobre: “raza”, “origen racial o étnico”, “características genéticas”, “color”, “sexo”, “idioma”, “religión o convicciones”, “opinión política o de cualquier otra índole”, “origen social”, “origen nacional”, “nacionalidad”, “pertenencia a una minoría nacional”, “posición económica”, “fortuna”, “patrimonio”, “nacimiento”, “filiación”, “lengua”, “discapacidad”, “edad”, “orientación sexual”. En todo caso, no se trata de una lista cerrada quedando a expensas de la jurisprudencia y nuevos tratados internacionales. La pertenencia del sujeto que reclama la discriminación a uno de estos

colectivos puede ser una valiosa “pista” para abordar la cuestión desde esta especialidad.

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

B) Los sujetos implicados en el trato diferenciado

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

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

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

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

1) Tratos diferenciados por sujetos privados

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

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

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

2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público

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

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

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

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

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

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

3) Terrenos intermedios

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

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

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

C) El medio por el que se establece el trato jurídico diferente

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

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

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

b. 3. Igualdad “en” las normas

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

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

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

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

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

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

recordar las importantes barreras para considerar discriminatorias las resoluciones judiciales.

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

5. 2. FIJACIÓN Y ADMISIÓN CONCRETA DEL OBJETO DE ANÁLISIS

A) Expresión concreta de los términos de comparación

La igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto. Por ello, la reclamación de igualdad, por definición, es siempre “respecto de”. Según se ha dicho, el juicio de igualdad consiste en comparar situaciones jurídicas que sean comparables por cuanto que se entiende que son iguales; al serlo, les correspondería el mismo tratamiento jurídico. Al no recibir el mismo tratamiento jurídico, se da discriminación salvo que haya una justificación objetiva, razonable y proporcionada a dicho trato diferente. Como consecuencia, quienquiera que aspire a un análisis de igualdad *debe aportar los términos de comparación y demostrar que son iguales*.

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

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

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

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

B) Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación

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

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

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

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

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

C) Algunos supuestos excluidos de la protección de la igualdad (delimitación)

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

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

otras vías que ahora no corresponden (arbitrariedad –art. 9.3 CE-, desvío de poder –art. 106 CE, etc.).

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

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

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

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

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

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

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

- En el caso de las discriminaciones indirectas, como más adelante se observa, se cuestiona como discriminatorio un trato aparentemente neutro, que no hace referencia alguna al colectivo específico que se siente discriminado. Este trato aparentemente neutro será discriminatorio si de su aplicación derivaría una desventaja para dicho colectivo específico. Pues bien, visto de otra manera, la discriminación indirecta lo es por indiferenciación, puesto que el tratamiento neutro es discriminatorio por no distinguir al colectivo discriminado y prever los efectos perniciosos que generará su aplicación en la práctica. Así visto, tampoco se cumpliría que la igualdad no implique un derecho al trato desigual.

5. 3. ANÁLISIS DE SI EL TRATO DIFERENCIADO ES DISCRIMINATORIO: EL JUICIO DE IGUALDAD

Procede recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional siguiendo doctrina del TEDH⁹:

⁹ Establecida desde sus primeras sentencias, como en la sentencia de 23 de julio de 1968 (caso régimen lingüístico belga) “La igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable [primero]. La existencia de una justificación semejante debe

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

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

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

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

- *Basta con que la finalidad del trato diferente no sea contraria a la Constitución*, esto es, no hace falta radicarla en la Constitución¹¹.

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

apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas [segundo]. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 [que consagra el principio de igualdad] se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [tercero]”.

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

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

5. 4. ESPECIFICIDADES EN LAS “DISCRIMINACIONES” POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS O ENCUBIERTAS

A) Algunas particularidades en las “discriminaciones” positivas

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

“Artículo 11. Acciones positivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) El tratamiento específico de las discriminaciones indirectas o encubiertas

Como se ha adelantado, lo habitual son los tratos diferentes “directos” o “patentes”, en tanto en cuanto la norma, el acto de aplicación o el tratamiento en general, configura con cierta claridad situaciones jurídicas diferenciadas. No obstante, cabe seguir el concepto –inicialmente jurisprudencial- de las discriminaciones “indirectas”: “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”¹². El concepto se ha trasladado a algunas leyes¹³, más allá del sexo¹⁴ y en el ámbito de discriminación racial se funde con la idea de discriminación “encubierta”¹⁵.

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

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

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

¹⁵ Por ejemplo, en la sentencia 13/2001, FJ 8º: “hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o

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

En estos supuestos:

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

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

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

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

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

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

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

conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.”

TERCERO. FUENTES Y GARANTÍAS NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

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

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

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

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

A todo ello hay que añadir que no es sólo el legislador estatal el único regulador de derechos fundamentales, ni tan siquiera el legislador orgánico. A tal punto, hay que

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

1. Fuentes supranacionales

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

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

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

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

A) Sobre el CEDH

*Nota*¹⁶

Un avance decisivo

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

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

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

El Convenio garantiza, entre otros, el derecho a la vida, a la protección contra la tortura y los tratos inhumanos, a la libertad y a la seguridad, a un proceso equitativo, al respeto de la vida privada y familiar, al respeto de la correspondencia, a la libertad de expresión (incluida la libertad de prensa), de pensamiento, de conciencia y de religión, y a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Los protocolos adicionales han añadido otros derechos de los que están reconocidos en el Convenio, como la abolición de la pena de muerte (Protocolo n° 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 n° 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

¹⁶ 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

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.

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 publicación de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6. ; 189/1991, fundamento jurídico 3.) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E.

Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 9.; 254/1993, fundamento jurídico 6.). Ciertamente es que cuando se opera con la interpositio legislatoris es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de

verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8.; 254/1993, fundamento jurídico 6.), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

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

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

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

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

Sin perjuicio de esta dimensión subjetiva, los derechos fundamentales ostentan también una dimensión objetiva¹⁷.

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.

¹⁷ 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 GALLEGU 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.).

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 misma¹⁸- una dimensión, axiológica, institucional y, a veces, también prestacional de los derechos fundamentales¹⁹. 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 subjetivo²⁰. Si, en general, el derecho subjetivo cabe concebirlo como regla, esta dimensión objetiva puede considerarse como norma de principio por su más que relativo grado de exigibilidad jurídica.

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

¹⁸ 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.)

¹⁹ 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.

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

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 fundamental²¹. 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).²² 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).

²¹ 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.”

²² 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 Sustitutoria, 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).”

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

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

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

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

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 sentencia por 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 juego²³. 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

²³ 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).

sus preceptos”²⁴. 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 justiciables²⁵. 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”²⁶.

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 cuanto²⁷:

- “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);
- 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

²⁴ FJ 15º.

²⁵ 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).

²⁶ 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.”

²⁷ FJ 20º.

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”²⁸. 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.”²⁹ 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 certezas³⁰. 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 orgánica³¹. Nunca es sencillo escindir estos aspectos

²⁸ AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pág. 358.

²⁹ *Idem*.

³⁰ 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.

³¹ El “desarrollo” del derecho fundamental a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los “aspectos esenciales” sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el “desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal” (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; alcance del mismo entre privados, garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

Hasta la sentencia 173/1998 parecía claro que el Tribunal Constitucional consideraba que el artículo 81 CE no puede considerarse una norma de reparto competencial, sino que sólo el artículo 149. 1º. 1ª es una habilitación genérica para el legislador estatal. Este precepto es un título competencial para que el Estado pueda regular “el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos) lo cual, precisamente viene a coincidir con el ámbito que ha de ser regulado por ley orgánica. Tales “condiciones básicas” se han considerado como “aquellos criterios que guardan una relación

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 autonómica³².

-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 Constitucional³³. La determinación de tales condiciones básicas queda en manos del legislador estatal y del posterior control

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).

³² 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.

³³ En este sentido me remito a lo afirmado por el *Informe sobre la reforma del Estatuto del Institut de Estudis Autònomic de la Generalitat de Catalunya*.

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

puntual del Tribunal Constitucional³⁴, con una jurisprudencia también cambiante en este punto. Como un criterio general, aunque este precepto no distingue categorías de derechos, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea éste (arts. 15-30) estas condiciones básicas son más expansivas a favor del Estado y, por ende, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma³⁵.

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 españoles³⁶. Como veremos, esto ha sucedido en parte con la protección de datos.

³⁴ 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.

³⁵ 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].”

³⁶ 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

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.

la competencia atribuida en el artículo 149. 1º. 1ª al Estado, por cuanto le atribuye competencia para crear aquellas instituciones, garantías, procedimientos y normas mínimas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales destinadas a preservar aquella igualdad en el disfrute de los derechos.”

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

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

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

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

CUARTO. ÁMBITOS PARTICULARES DE EFICACIA DE LOS DERECHOS

1. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares

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

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

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

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

También en paralelo, los poderes públicos tienen limitadas sus facultades de revisión de las decisiones del ámbito privado que gozan de mayor o menor cobertura

constitucional (autonomía privada ex art. 1. 1 CE, libertad de empresa ex art. 38 CE, asociaciones ex art. 22, partidos ex arts. 22 y 6 CE, sindicatos ex arts. 28 y 6 CE, centros educativos ex art. 27 CE, colegios profesionales, etc.) Así, por ejemplo, en el ámbito asociativo y de partidos, la fiscalización de los estatutos y decisiones por los poderes públicos suelen quedar limitados simplemente a que tengan una “base razonable” (ej: sentencia 218/1988 para asociaciones y sentencia 56/1995 para partidos).

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

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

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

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

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

- 4. Fije también la atención en cuáles son los únicos errores judiciales que lesionan los derechos: los “relevantes” para fundamentar la resolución, basados en una “incorrecta concepción del derecho fundamental”.**
- 5. Por último, tenga en cuenta de la regla de que a mayor incisión en la esfera de libertad de un derecho, mayor grado de fundamentación judicial es exigible y mayor las posibilidades de revisión del Tribunal Constitucional para considerar si se ha afectado el derecho en cuestión.**

Auto 382/1996, de 18 de diciembre

Fundamento jurídico nº 3

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

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

Y aunque este deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos “impulsos y líneas directivas” encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, fundamento jurídico 4.), ha de encargarse de conformar *ab initio* todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos, no cabe infravalorar el alcance de esta

obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 C.E.). De hecho, constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el art. 53.2 C.E. explicita el deber específico de tutela de los derechos fundamentales que incumbe a los Jueces y Tribunales ordinarios. *Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional*, toda vez que la Ley Orgánica de este Tribunal exige que la lesión del derecho tenga “su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial” (art. 44.1). *En definitiva, lo que se recurre en amparo -y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control- no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas* (por todas, SSTC 47/1985, fundamento jurídico 5.; 88/1985, fundamento jurídico 4.; 6/1988, fundamento jurídico 1., y 231/1988, fundamento jurídico 1.).

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

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

A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983, fundamentos jurídicos 3. y 4., y 41/1984, fundamento jurídico 2.), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias. Por el contrario, a menudo, es posible cumplir de diversos modos con dicha obligación, todos ellos conformes a la

Constitución, sin que este Tribunal, en tales supuestos, pueda desplazar la decisión del órgano judicial por la suya propia sobre la única base de estimar que es dable una más adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Antes bien, la función revisora de este Tribunal ha de concentrarse en los errores que, habiendo sido relevantes para fundamentar la decisión impugnada, se basan en una incorrecta concepción del derecho fundamental en juego, y señaladamente en aquellos que se asientan en una equivocada delimitación de su ámbito constitucionalmente protegido. Sobre esta premisa, el concreto alcance del control que cabe efectuar en la vía de amparo dependerá de la intensidad de la afectación que ocasione en el derecho fundamental la resolución recurrida. Pues cuanto más penetrante sea su incidencia en la esfera de libertad por el derecho delimitada, un mayor grado de fundamentación resultará exigible a la decisión judicial, ampliándose, de este modo, paralelamente, las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional.”

Fundamento jurídico nº 4

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

Esta alegación no resulta lo suficientemente persuasiva.”

(...)

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

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

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

Sentencia 176/1995, caso de libre expresión

4. ... En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle» (sentencia 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC).

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

Sentencia 51/2008 de 14 abril, ofensas a través de la ficción de una novela, FJ 4º:

"Llegados a este punto, y constatado que la Sentencia recurrida tampoco es ajena a este método interpretativo, debemos recordar que este Tribunal no se limita a controlar la razonabilidad de las ponderaciones judiciales impugnadas por la vía del recurso de amparo, sino que debe verificar si los órganos judiciales han realizado una «ponderación constitucionalmente adecuada» de los derechos en conflicto (SSTC 112/2000, de 5 de mayo , F. 5; 46/2002, de 25 de febrero, F. 2; y 52/2002, de 3 de abril, F. 2). Como hemos ido desarrollando en una jurisprudencia que resulta ampliamente conocida, en este control el Tribunal Constitucional está vinculado por los hechos declarados probados por los órganos judiciales ordinarios (STC 43/2004, de 23 de marzo , F. 3), pero no por las valoraciones o criterios empleados por estos últimos al resolver las pretensiones dirigidas frente a los mismos (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre , F. 4, y 299/2006, de 23 de octubre , F. 3). Aunque no constituye una doctrina tan reiterada, también hemos señalado que no basta con que los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación o valoración de los derechos constitucionales en conflicto (SSTC 105/1990, de 6 de junio , F. 7, y 297/2000, de 11 de diciembre , F. 3), sino que a este Tribunal también le compete «verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los mismos» (STC 297/2000, de 11 de diciembre, F. 3), así como si dicha ponderación se ha efectuado «de modo que se respete la definición y valoración constitucional de esos bienes» (STC 105/1990, de 6 de junio, F. 7) o «de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos» (SSTC 136/1994, de 9 de mayo , F. 2, y 19/1996, de 12 de febrero , F. 3). En esta misma línea, y a los efectos de la resolución del presente recurso, conviene señalar que el control de la ponderación judicial que debe realizarse en amparo debe incluir, no sólo la correcta identificación de los derechos en conflicto, sino también la delimitación de su concreto ámbito de protección, puesto que, como se ha señalado anteriormente, sin la concurrencia de dos derechos en conflicto no hay ponderación posible, debiéndose reconocer eficacia inmediata al derecho fundamental que se pretende ejercer. En todo caso, teniendo en cuenta el carácter sustantivo de los derechos en conflicto y la necesidad de limitar nuestro análisis a la eventual vulneración del invocado en la demanda, el control de la ponderación judicial no puede desvincularse del resultado de la misma, respecto al fallo de la Sentencia impugnada.

Partiendo de este enfoque a continuación se analizarán los derechos fundamentales que aparentemente entran en conflicto en el presente supuesto, para, de este modo, poder determinar a continuación si la Sentencia impugnada ha realizado una ponderación constitucionalmente adecuada de los mismos."

1. 3. EL CONTROL DE MÍNIMOS COMO REGLA GENERAL

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

Auto 254/2001

FJ 3

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

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

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

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

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

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

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

(el empresario es el que ha de probar que no se ha vulnerado el derecho, no el demandante). Para que se aplique dicha inversión resulta necesario por el demandante la prueba de mínimos indiciarios: “acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato; ahora bien, una vez producida esta prueba indiciaria, el demandado asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales”.

Véase el caso resuelto por la sentencia 186/2000 en la sección dedicada a la intimidad en estos materiales.

1. 5. LAS USUALES FÓRMULAS AMPLIAS EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS EN LAS RELACIONES PARTICULARES

- **Observe la amplitud de la regulación referible a los derechos fundamentales en estos ejemplos de Derecho privado. Medite las posibilidades de considerar nulos negocios jurídicos que afecten a los derechos, a la dignidad de la persona, etc. así como la negación de la autonomía de la voluntad que podría implicar negar un poder de disposición al sujeto.**
- **Piense un supuesto de aplicación de cada uno de estos preceptos.**

Artículo 7

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

- **Observe los siguientes preceptos del Código Civil desde la perspectiva de los derechos fundamentales y la posibilidad de disposición de los mismos.**

Artículo 6. 2º: La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

Artículo 1255: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Artículo 1328: Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. (con relación a capitulaciones matrimoniales)

- Como ejemplo, recuerde la redacción de la Ley 1/1982 sobre los derechos del artículo 18. 1 CE.

Artículo 1. 3º ...

La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

Artículo 2. [...] 2º No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso

3º. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

-En el ámbito de asociaciones, por ejemplo, obsérvese lo que dispone en general la ley

Artículo 2. 5º [...] La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

(sobre el tema, en la sentencia 218/1988, de 22 de noviembre, la fiscalización de la actividad asociativa en sede judicial se limita a considerar si existió “una *base razonable* para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión.” Por contra, se excluyó de la actividad judicial revisora el juicio de valor que la asociación hiciera de tal base razonable.

Ya en el seno de partidos políticos, el Tribunal Constitucional acudió a este criterio mínimo de la “base razonable” de la decisión del partido en la sentencia 56/1995, de 6 de marzo, sobre la expulsión de diversos miembros del PNV en 1986).

- En el ámbito laboral, la remisión general a los derechos es del siguiente tenor:

Artículo 4. Derechos laborales ...2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ...

Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

2. Eficacia de los derechos en las llamadas “relaciones de especial sujeción”

Si la regla general en las relaciones generales de sujeción de los ciudadanos con el Estado es que éste queda plena y directamente vinculado por los derechos fundamentales (art. 53 CE), existen numerosas parcelas en las que media una especial sujeción de determinados ciudadanos con la Administración, relaciones llamadas de especial sujeción o de supremacía especial. En estas típicas relaciones (funcionarios civiles, policiales y militares, alumnos, presos) se da una limitación general en el estatuto de derechos fundamentales de estos colectivos, con especial significación respecto del principio de legalidad penal y sancionadora, el principio ne bis in idem, libertad personal, etc.

Sobre estas situaciones me permito remitir a los extractos reelaborados –a efectos pedagógicos– de

COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), número 55, 1999 (III), págs. 291-324.

1. **Tenga presentes los ámbitos típicos donde rige esta categoría.**
2. **Fije las finalidades constitucionales típicas a las que se hará mención para justificar los límites a los derechos en estos ámbitos.**
3. **¿Se ha vinculado el TEDH a alguna construcción típica de estas limitaciones o más bien se ha apoyado en el texto del CEDH?**
4. **¿Cómo pueden definirse las relaciones de especial sujeción (RES)?**
5. **¿De dónde se “importó” la categoría de las RES? ¿Qué fenómeno curioso parece haberse dado?**
6. **¿Desde cuándo cree que el Tribunal Constitucional español cambió su doctrina al respecto de las RES y en qué consistió el cambio?**
7. **¿Qué paso especialmente a partir de la sentencia del caso huelga de hambre de los GRAPO?**
8. **¿Negar las RES implica negar que haya especiales limitaciones en ámbitos particulares de relación con la Administración?**
9. **¿Para qué pueden resultar –en su caso– útil la referencia a una RES?**

2. 1. LA NECESIDAD DE LIMITAR DERECHOS Y LIBERTADES EN ORDEN AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

Para la buena marcha de la vida social siempre existen unas motivaciones que exigen la limitación de los derechos y libertades. Una causa universal limitativa de los

derechos y libertades es, en palabras de López Benítez, “la buena marcha de las cosas administrativas”³⁷.

La Administración, (entendida ésta en sentido amplio, es decir, Administración civil y militar -y por ende, Fuerzas Armadas-, ámbito educativo, prisiones, sanidad pública, etc.) para cumplir sus objetivos, es decir, para ser eficaz, precisa de *una cierta libertad de actuación*³⁸. Para poder acometer los concretos intereses a tutelar por la Administración, ésta requiere modular su organización misma, que debe adaptarse a los fines que sirve, al servicio que tiene encomendado. Afirmaba Jellinek que “(s)in la existencia de un poder disciplinario, por ligero que sea, no puede ninguna asociación ni ninguna reunión ordenada, ejercer su actividad so pena de sufrir por ello menoscabo”³⁹. Y es que, para alcanzar la imprescindible eficacia, el poder de dirección y disposición resultan indispensables.

En virtud de esta discrecionalidad que requiere el Estado, de su necesidad de adaptar su organización y funcionamiento en favor de su eficacia, así como de su imprescindible poder de dirección y disposición no resulta en modo alguno extraño que se produzca un menoscabo de los derechos fundamentales de aquellos individuos relacionados particularmente con la Administración. En consecuencia, no puede eludirse la realidad que supone que *la eficacia de la Administración requiere de la limitación de los derechos y libertades de los directamente vinculados con ella*.

Ahora bien, cabe ya subrayar que estas necesidades que conllevan tales limitaciones se subordinan plenamente a la idea de una finalidad. Esta finalidad, no hay que olvidar, supone, a la postre, un mejor servicio a la sociedad.

Del mismo modo, a la vez de perseguirse la mayor eficacia de la Administración, otros bienes constitucionales dignos de protección exigen la limitación de los derechos políticos y de determinadas libertades públicas. Tal es el caso de la neutralidad política exigida a diversas categorías de funcionarios y, en particular, al funcionario militar.

2. 2. RESTRICCIONES POR EL TEDH EN ÁMBITOS ESPECIALES DE LO PÚBLICO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, no se ha aferrado a ninguna de las diversas teorías para justificar este tipo de límites: “por su propia naturaleza”, por mediar relación de especial sujeción, existencia de una “institución” y de un “ordenamiento jurídico” diferente y separado, teoría de la “comunidad separada” (EEUU), etc. Antes de particulares problemas, se vincula más a lo dispuesto en el propio Convenio Europeo (particularmente, en el artículo 11 CEDH): “que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”. Asimismo, en general, no se impide el establecimiento de limitaciones específicas para los singularmente vinculados con la Administración bajo las cláusulas de la “seguridad nacional, seguridad, orden,

³⁷ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 158.

³⁸ Cfr. GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 86. En esta misma página el autor afirma la necesidad de una “libertad de movimientos”.

³⁹ Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, págs. 278-279.

salud o moral públicos” (cfr. artículos 8, 9, 10 y 11). Así, el Tribunal ha admitido de forma constante la posibilidad de que los Estados firmantes puedan establecer “restricciones legítimas” en el supuesto de los miembros de las fuerzas armadas, policía y Administración (funcionarios, presos, escolares, docentes, internados, etc.)⁴⁰

El citado Tribunal no se ha inclinado por asentar categorizaciones dogmáticas para abordar este tipo de relaciones. A ello a dado pie, de un lado, el expreso tenor de los preceptos del Convenio Europeo; de otro lado, cabe no olvidar que la proximidad de estos ámbitos a la soberanía, en cierta medida impulsa a reconocer mayores esferas de libertad a los Estados parte.

Sin perjuicio de las anteriores técnicas o teorías hasta ahora mencionadas, hay que hacer singular mención a las llamadas “relaciones de especial sujeción” (también denominadas en España relaciones de supremacía especial).

2. 3. LA SINGULAR IMPORTANCIA DE LA CATEGORÍA DE LAS “RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN”

Se ha definido a las relaciones de sujeción especial como “las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”⁴¹.

El propio Tribunal Constitucional español las ha definido como “esas peculiares relaciones y asimilables en las que entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas” (sentencia 61/1990, FJ 6º.)

⁴⁰ Se ha reconocido en no pocas ocasiones la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos que afectan particularmente a estos sujetos vinculados con la Administración. Así, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes sentencias:

Asunto *Golder* contra Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975 (ámbito penitenciario); asunto *Sindicato Nacional de Policía Belga* contra Bélgica, de 27 de octubre de 1975 (ámbito policial); asunto *Schmidt y Dahlström* contra Suecia, sentencia de 6 de febrero de 1976 (compañía nacional ferroviaria); asunto *Engel y otros* contra Países Bajos, sentencia de 8 de junio de 1976 (funcionarios militares) ; asunto *Winterwerp* contra Países Bajos, sentencia de 24 de octubre de 1979 (internado en hospital psiquiátrico); asunto *Eckle*, sentencia de 27 de febrero de 1980; asunto *Young, James, y Webster* contra el Reino Unido, sentencia de 13 de agosto de 1981 (miembros de una compañía nacional ferroviaria); asunto *Östürk* contra la RFA, sentencia de 21 de febrero de 1984 (funcionarios militares); asunto de *Jong, Baljet, y Van Der Brink* contra Países Bajos, sentencia de 22 de abril de 1984 (funcionarios militares); asunto *Campbell y Fell* contra Reino Unido, sentencia de 28 de junio de 1984 (ámbito penitenciario); asuntos *Kosiek y Glasenapp*, ambos contra la RFA, sentencias de 28 de agosto de 1986 (ámbito educativo); asunto *Herczegfalvi* contra Austria, sentencia de 24 de septiembre de 1992 (internado en psiquiátrico); asunto *VDSÖ y Gubi* contra Austria, sentencia de 19 de diciembre de 1994 (ámbito militar) y el asunto *Vögt* contra Alemania, sentencia 26 de septiembre (ámbito educativo).

⁴¹ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 161-162.

...

2. 4. LA INTRODUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN EN ESPAÑA Y LA EVOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Esta categoría jurídica fue importada desde Alemania a España a finales del anterior régimen político, sobre los años 70, especialmente a través de un estudio de Gallego Anabitarte⁴². En aquel momento se empleó de forma expansiva⁴³, sirviendo para legitimar diversos abusos de aquel poder no democrático. Las relaciones de supremacía especial tuvieron su particular aplicación restrictiva de derechos respecto de estudiantes y funcionarios. Como se ha afirmado con acierto “fue muy cómodo para la jurisprudencia tapar los déficits de legalidad utilizando ese *ungüento mágico* de las relaciones de especial sujeción”⁴⁴.

Resulta ciertamente curioso, y este es uno de los motivos del presente estudio, que esta categoría de las relaciones de sujeción especial haya seguido vigente en España tras el avenimiento del actual sistema constitucional. Ello puede sorprender si, además, se tiene en cuenta su práctico abandono en su país de origen, tal y como se ha apreciado.

La primera época de nuestro Tribunal Constitucional, la asunción y aplicación de la categoría

Pueden percibirse claramente dos épocas por lo que refiere a la aplicación y al alcance de las relaciones de especial sujeción para nuestro Tribunal Constitucional. El punto de inflexión de esta evolución parece encontrarse en la sentencia 61/1990, de 29 de marzo.

...

La constitucionalización de las relaciones de especial sujeción en la década de los años noventa

Lo que puede calificarse como la *constitucionalización de las relaciones de especial sujeción* por parte del Tribunal Constitucional se dio en la presente década. La sentencia 61/1990, de 29 de marzo, supuso un paso fundamental. En la misma se consideró que “la revocación de una licencia de detective privado sin otra cobertura que una Orden Ministerial constituía, a pesar de la relación de sujeción especial, en que se produjo, una vulneración del principio de legalidad del artículo 25 CE.

En esta resolución se asentaron ya los fundamentos de una línea aperturista que ha ido vaciando el contenido material de esta categoría. En el texto de la sentencia podían encontrarse argumentos que habían escaseado hasta aquél momento. Así, se afirmaba que la existencia de una relación de supremacía especial no podía suponer la

⁴² Especialmente en virtud de la obra de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Las relaciones especiales de sujeción... cit.

⁴³ Cfr. GARCÍA MACHO, ob. cit. págs. 162 y ss. refiere al poder expansivo del concepto en tiempos del dictador, y lo peor, recuerda este autor que esta hipertrofia en el empleo de las relaciones de especial sujeción se mantiene tras Franco, desvirtuando el propio concepto en origen. Así, de la jurisprudencia que ha sido analizada se desprende que la categoría ha sido de aplicación a promotores de viviendas, espectáculos taurinos, detectives privados, hogares de pensionistas, colegios profesionales, etc.

⁴⁴ Cfr. GARCÍA MACHO, ob. cit., pág. 169

relativización y “supresión” de los principios constitucionales. Asimismo, se subrayaba la “imprecisión” de la propia noción. Se advertía también que su existencia bien podía suponer una “adaptación” del ejercicio de los derechos del administrado, pero “nunca su supresión”; en todo caso, se señalaba -aún vagamente- que la afeción a los derechos debería ser proporcional y adecuada a necesidad limitativa⁴⁵.

A este paso decisivo siguió la importante sentencia 120/1990 (huelga de hambre de los GRAPO⁴⁶). En ésta se afirmó que la noción de la relación de sujeción especial “*debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales*”⁴⁷. Lo más importante de aquella resolución, a mi juicio, es que se *diluyó* en muy buena medida el contenido jurídico que hasta entonces tenían las relaciones de especial sujeción.

Desde esta sentencia, *esta categoría ya no sirve para excusar el análisis de la admisibilidad de las limitaciones a los derechos*. Lo que es más, tras esta resolución hay que hacer este juicio de admisibilidad de los límites siguiendo los asentados criterios generales (finalidad, necesidad, idoneidad, proporcionalidad, respeto del contenido esencial). Precisamente, en esta resolución (120/1990) se encuentra una de las citas generalmente aducidas respecto de los límites a los derechos y libertades⁴⁸.

⁴⁵ En su FJ 8º se afirmaba que:

“Una cosa es, en efecto, que pan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo” ... “la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, *ya en sí misma imprecisa*, pueda desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado” ... “Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -*nunca supresión*- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción.”

⁴⁶ Cuya argumentación jurídica se reitera en las sentencias 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero.

⁴⁷ En este FJ 4º proseguía “[la existencia de una relación de sujeción especial...] origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el especial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, *valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales* de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas. “

⁴⁸ “A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia CE expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se inferan al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, FJ 7º; 2/1982, FJ 5º; 110/1984, FJ 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, FJ 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/1982, FJ 5º; 13/1985, FJ 2º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone» (STC 37/1989, FJ 7º) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC

Así pues, la jurisprudencia constitucional española ha señalado con claridad que se debe partir de la existencia de un conflicto de derechos (los del individuo vinculado con la Administración) frente a otros bienes o valores constitucionalmente reconocidos (en general, la eficacia o el buen funcionamiento de la Administración). Tal colisión, de este modo perfilada, debe resolverse aplicando los consolidados criterios generales.

La alusión a las relaciones de especial sujeción ha dejado de ser aquel útil instrumento que justificaba con relativa facilidad las limitaciones a los derechos y libertades, por lo cual, parece que ya no interesa su empleo en algunos ámbitos específicos.

Así, materias como el principio de legalidad, usualmente abordadas teniendo en cuenta la noción de la supremacía especial, han dejado de afrontarse desde esta perspectiva, a la vez que se han dado importantes avances sobre las mismas. Lo mismo puede afirmarse de la relación funcionarial.

...

2. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE SUPERAR LA CATEGORÍA DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN

Hasta el momento, se ha advertido el significado de la noción de las relaciones de supremacía especial, así como su evolución en Alemania, donde parece una cuestión cerrada. Se ha apreciado ahora su desarrollo en España, donde, como se ha visto, la categoría de las relaciones de sujeción especial ha resultado -valga la expresión- *herida* por la vigencia efectiva de la Constitución. Lo que no parece muy claro es que tal *herida* sea de *muerte*. Las relaciones de especial sujeción se resisten aún a formar parte de la historia jurídica española; esta historia, no hay que olvidar, está relacionada con limitaciones de los derechos fundamentales no siempre justificadas y, lo que es peor, no siempre justificables.

Ahora bien, postular la desaparición de las relaciones de supremacía especial en modo alguno supone negar la necesidad de que se limite el ejercicio de los derechos fundamentales de los individuos cercanos a la órbita de la Administración. Como se afirmaba desde el inicio del presente estudio, resulta incuestionable la necesidad de proteger bienes constitucionales como la jerarquía administrativa, la disciplina en los cuarteles o en las escuelas, el orden en los hospitales o en las cárceles, etc. No puede tampoco dudarse que la Administración, en su sentido amplio, precisa de esa *cierta libertad* en su ordenación, organización y funcionamiento. Esta libertad bien puede justificar un “particular entendimiento” de principios como el de legalidad⁴⁹.

Ahora bien, para que las limitaciones de los derechos y libertades y el particular alcance de aquellos principios básicos del Estado de Derecho sean constitucionalmente asumibles, de nada sirve acudir a la idea de las relaciones de especial sujeción.

Y es que el reconocimiento de la existencia de una relación de sujeción especial no excluye la necesidad de motivar y fundamentar adecuadamente aquellos límites, al igual que si de otra limitación a un derecho o libertad se tratase. Como subraya Blanquer, “de nada sirve la referencia a tal categoría si las consolidadas técnicas de limitación y

11/1981, FJ 10; 196/1987, FJ 4º, 5º, 6º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse. “ (FJ 8º)

⁴⁹ En sus conclusiones sobre el principio de legalidad LÓPEZ BENÍTEZ (ob. cit. págs. 358 y 359) afirma que “no hay derogación de la reserva de ley para las RES, sino un *particular entendimiento* de aquella *adecuado a los fines típicos* de dichas relaciones. “

delimitación de derechos no fundamentan la constrictión de un específico derecho fundamental”⁵⁰

Así, la concreta limitación no quedará en modo alguno exenta de tener una finalidad constitucional; a la vez, habrá de ser necesaria. Del mismo modo, por cuanto a la proporcionalidad, la limitación que se postule, aun en el marco de una de estas especiales relaciones, también deberá resultar idónea o congruente respecto de la finalidad y necesidad argüidas. Al mismo tiempo, la existencia de una relación de especial sujeción no excluye que se deba seguir la mínima restricción del derecho o libertad en juego, o la menos lesiva entre las posibles (principio *pro libertate*). Igualmente, la limitación de que se trate, pese a ubicarse en el marco de una relación de especial sujeción, deberá respetar la proporcionalidad en sentido estricto. Además, en modo alguno podrá desconocerse el contenido esencial del derecho o libertad. Por último, en virtud del artículo 10. 2º CE, las limitaciones de los derechos de los sometidos a especial sujeción deben superar el tamiz internacional que supone su consideración de “necesarias en una sociedad democrática”

Estas exigencias, si bien no constituyen un marco ajeno al decisionismo judicial, implican unas garantías jurídicas a la hora de legitimar constitucionalmente la limitación de un derecho o libertad. En la actualidad, estas técnicas constitucionales son, a la postre, la mejor garantía que el Estado de Derecho ofrece respecto de los derechos fundamentales.

En relación con tales requisitos, cabe afirmar que *la existencia de una relación de sujeción especial, a lo sumo, puede ayudar a poner de manifiesto la finalidad perseguida y el bien constitucional que pretende protegerse* (la eficacia de la Administración, el mantenimiento del orden, etc.) *Sin embargo, con la alegación de la supremacía especial, el juicio para cada caso concreto sobre la necesidad y la proporcionalidad de la limitación no podrá eludirse*. De ahí que, a la postre, resulte del todo vacía la alusión argumentativa de esta noción.

...Además, ante esta compleja diversidad de relaciones con la Administración que exigen de un diferente tratamiento, la alusión de la especial sujeción no resulta un “descriptor” adecuado, ni siquiera un término explicativo o “pedagógico”⁵¹, sino que puede llevar a la confusión⁵².

⁵⁰ BLANQUER, David, *Ciudadano y soldado...* cit. págs. 218 y ss. Añade este autor que “el resultado al que conducen las relaciones de sujeción especial al interpretar un derecho fundamental se logra de la misma forma acudiendo a la teoría de las limitaciones de los derechos fundamentales. Es decir, que no es precisa la utilización de esa categoría para llegar al resultado que se persigue”.

⁵¹ Afirma LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, en *Las relaciones...* cit. pág. 425-426 que “Se opte por el nombre que se opte, la categoría jurídica no se utiliza como un “concepto”, sino como un “descriptor”. En este sentido, y a pesar de que la doctrina alemana no lo haga, al menos la generalidad, hay que dudar de la *utilidad* hermenéutica, quizá no *pedagógica*, de la categoría de la RSE”. Desde aquí no puede menos que compartirse este planteamiento general, si bien, no parece conveniente el uso de esta noción ni como descriptor, como tampoco resulta valorable su contenido pedagógico por la confusión que comporta.

⁵² Por contra, LÓPEZ BENÍTEZ sigue sosteniendo la conveniencia del empleo de esta categoría. Así, en la pág. 350 de su citada obra, afirma que las relaciones de especial sujeción son un modo satisfactorio de explicar dogmáticamente determinados fenómenos que acaecen en el seno del ordenamiento.

Pese a su postulación también contraria a la pervivencia de esta noción LASAGABASTER HERRARTE afirma que tal categoría es válida como *denominación* de estas situaciones

La noción de especial sujeción resulta, pues, inútil y confusa y por lo tanto, descartable. Pero además, hay que tener en cuenta que es ya imborrable la propia historia y evolución que ha tenido esta categoría. Al nombrar una relación de sujeción especial no puede evitarse pensar en la voluntad estatal de distanciarse del Derecho; tras este concepto subyacen antiguas limitaciones de derechos y libertades no justificadas constitucionalmente. En consecuencia, los efectos jurídicos del empleo de esta categoría difícilmente podrían distanciarse de forma radical del peso del pasado. Por todo ello, cabe ya pasar esta página de la historia.

pertenecientes a la esfera organizativa de la Administración (Así, *Las relaciones de sujeción especial*, cit. págs. 423).

QUINTO. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales plantea numerosas cuestiones, que se van a centralizar en los clásicos interrogantes sobre los extranjeros, los menores y las personas jurídicas.

El alumno, desde la primera práctica tiene en cuenta la materia y ha de saber dar una respuesta y contextualizar cualquier supuesto en el que intervengan cualquiera de estos sujetos.

Como se verá, en el caso de los extranjeros los interrogantes son múltiples, en principio resueltos por la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, bastante mejorable, a mi juicio. La clave se centra en particular por cuanto a las libertades públicas de los extranjeros y la posibilidad de que una ley prive completamente del ejercicio a quienes no estén en condición de regularidad en España.

Por cuanto los menores, y ante la falta de respuestas del texto constitucional, es un buen primer ejemplo de manejo de normativa internacional para luego acudir al desarrollo legislativo nacional. En todo caso, el alumno ha de captar la esencialidad del concepto de capacidad y madurez para el ejercicio de derechos, la diferencia entre la titularidad del derecho y la capacidad de su ejercicio o, en su caso, del ejercicio de las acciones en su protección. También, resulta de interés que el alumno observe los posibles conflictos de derechos del niño con los derechos del padre, así como el carácter de facultades, no de derechos subjetivos, de los poderes que confiere la patria potestad de padres o tutores, siempre en interés del menor.

Finalmente, respecto de las personas jurídicas, cabe estar caso por caso, si bien la sentencia elegida fundamenta la atribución de un derecho tan personalísimo y unido a la dignidad humana como lo es el honor. En este punto, es de interés que el alumno valore la diferencia entre la protección del honor como derecho fundamental (art. 18 CE) que como interés legal o constitucional en la forma de dignidad y prestigio de una institución o empresa, bienes dignos de protección, pero no de carácter de derecho subjetivo fundamental.

1. Extranjeros

1.1. CONSTITUCIÓN

- 1. ¿Crees que tiene alguna consecuencia que la Constitución reconozca los derechos a todos o a los “españoles”?**
- 2. Observa los derechos reconocidos a los “ciudadanos” o a los “españoles”. ¿Crees que tiene alguna relevancia jurídica este reconocimiento? ¿Detectas que se trata de ámbitos especialmente significativos?**

Artículo 13

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Artículo 14 Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 15 Todos

Artículo 16 1. Se garantiza

Artículo 17 1. Toda persona

Artículo 18 1. Se garantiza

Artículo 19 Los españoles

Artículo 20 1. Se reconocen y protegen los derechos...

Artículo 21 1. Se reconoce

Artículo 22 1. Se reconoce

Artículo 23 1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos,

Artículo 24 1. Todas las personas

Artículo 25 1. Nadie puede ser condenado o sancionado

Artículo 26 Se prohíben

Artículo 27 1. Todos tienen el derecho a la educación.

Artículo 28 1. Todos

Artículo 29 1. Todos los españoles

Artículo 30 1. Los españoles tienen el derecho y el deber

Artículo 31 1. Todos

Artículo 32 1. El hombre y la mujer

Artículo 34 1. Se reconoce

Artículo 35 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo

Artículo 37 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral

Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa

1. 2. DERECHOS DEL EXTRANJERO SEGÚN SITUACIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LA LEY

En virtud de la LOE 4/2000, en algunos apartados declarada inconstitucional por la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre

Todo extranjero (regular/irregular) tiene reconocido:

- derecho a la documentación (art. 4),
- derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (art. 12),
- derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 12).
- derecho a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país, o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables (art. 15).
- derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20)
- derecho a la asistencia jurídica gratuita s (art. 22) según STC 236/2007
- derecho a la educación en todos los niveles y acceso al sistema de becas según STC 236/2007 (art. 9)
- libertades de asociación, sindicación y reunión, aunque con efectos limitados según STC 236/2007.

Igualmente, si es menor de 18 años:

- derecho y deber educación básica con acceso a becas y ayudas (inconstitucional según STC 236/2007)
- derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12)

Bajo el único requisito del empadronamiento, se reconocen a todos:

- los derechos de participación política que se les reconozca en la legislación de régimen local (art. 6) y fundamentalmente,
- derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12).

➤ Derechos sólo reconocidos a los “legales” o “regulares”:

A todo extranjero en situación regular se le reconoce

- libertad de circulación (art. 5), con restricciones particulares respecto de los españoles.

A los que sean residentes legales, se les reconoce:

- derecho de sufragio en las elecciones municipales a condición de que se reconozca por ley o tratado (art. 6)
- libertad de reunión, (art. 7) inconstitucional con efectos limitados según STC 236/2007.

- libertad de asociación, (art. 8), id.
- libertad de sindicación, (art. 11) id.
- derecho y deber educación básica con acceso a becas y ayudas y educación universitaria (art. 9)
 - derecho a las actividades docentes (art. 9)
 - derecho de acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10).
 - derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles (art. 13)
 - derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles (art. 14).
 - derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (art. 14)
 - derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16)
 - derecho a reagrupar con ellos a los familiares determinados en el art. 17 (art. 16).
 - derecho a la asistencia jurídica gratuita si reúnen los requisitos generales con relación a todos los procedimientos (art. 22)

Quienes cuentan con autorización de estancia

- libertad de reunión, artículo 7
- libertad de asociación, artículo 8
- libertad de sindicación, artículo 11

Sólo a quienes reúnan requisitos legales para acceso al trabajo se les reconoce el

- derecho al trabajo y acceso al sistema de Seguridad Social (art. 10) y la
- libertad de huelga (art. 11).

1. 3. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE, LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA

1. Fija tu atención en el FJ 3º por cuanto a la interpretación del artículo 13 CE. (alcance de libertades públicas, de “extranjeros”, de la remisión a la ley y a los tratados)
2. Qué libertad tiene el legislador a la hora de delimitar y limitar los derechos de los extranjeros (FJ 3º), de qué depende.
3. Observa que hay un grupo de derechos en plena identidad con los españoles por inherentes a la dignidad. ¿Qué ejemplos de estos derechos señala el Tribunal? FJ 3º.
- 4.Cuál es el criterio y mecanismos para determinar ante qué tipo de derechos nos encontramos (FJ 3º).

5. Respecto de qué derechos el tribunal ha admitido la posibilidad de restricciones particulares (FJ 4º) y los condicionamientos a la residencia legal del extranjero FJ 5º.
6. Observa el resumen al final del FJ 4º. De lo dicho hasta el momento, ¿crees que hay un criterio claro para señalar qué derechos son para todo tipo de personas? ¿has visto alguna referencia a la noción de contenido esencial del derecho fundamental? ¿Es significativa? ¿Crees que sería oportuna esta referencia al contenido esencial para el análisis?
7. Observa la fórmula de restricción del derecho de reunión. ¿Afirma el tribunal que caben particulares restricciones del derecho de reunión de los extranjeros? Se emplea la noción “contenido esencial”? FJ 6º
8. Qué señala el tribunal respecto del derecho de asociación y la ley de extranjería (FJ 7º).
9. Respecto del derecho a la educación (FJ 8º) ¿cuál era la restricción a los no residentes fijada por la ley? Considera el tribunal que el sistema de becas y ayudas es elemento directamente vinculado con la dignidad a partir del derecho a la educación? De otra parte, ¿considera el tribunal que la dimensión prestacional del derecho a la educación se limita a la enseñanza obligatoria y gratuita?
10. ¿Podría ser expulsado un extranjero irregular cursando estudios superiores a los que tiene derecho en razón de su derecho fundamental a la educación?
11. Los artículos 16 y ss. de la Ley sobre reagrupación familiar (bajo el título “derecho a la intimidad familiar” del extranjero) se impugnan por constituir una remisión en blanco al desarrollo reglamentario. Para que se diese tal inconstitucionalidad debe partirse si se trata del desarrollo o la regulación de un derecho fundamental, en concreto, del derecho a la intimidad del artículo 18 CE. (FJ 11º).
12. ¿Considera el tribunal afectado el derecho a la intimidad del artículo 18. 1º CE por la regulación de estos preceptos? (FJ 11º)
13. ¿Que vinculación hay entre la reagrupación familiar y el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH? (FJ 11º)
14. ¿Se considera que en nuestra Constitución hay un derecho a la vida familiar? Qué anclaje constitucional tiene la reagrupación?
15. En consecuencia, ¿qué reserva o garantía pesa respecto de la reagrupación familiar?
16. Finalmente, señala los efectos que tiene esta sentencia en virtud de su FJ 17º. ¿Sería posible sancionar a un irregular por asociarse o sindicarse en España? ¿Consideras que es posible convocar una beca de investigación sólo para españoles, europeos y residentes ilegales, bajo qué circunstancias? De

considerarla inconstitucional, qué vías de impugnación tendrías?

3. En relación con la primera cuestión [libertad que el art. 13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas], debemos partir del dato de que nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir en primer lugar a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho Título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio “depende del derecho afectado” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4). Y en segundo lugar, a la regla contenida en el art. 13 CE, cuyo primer apartado dispone: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, mientras el segundo apartado establece que: “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

El art. 13 CE se refiere a los derechos y libertades del Título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros en España. De una parte, como señalamos en la Sentencia citada, la expresión “libertades públicas” utilizada en el precepto no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán “no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución”. Por otra parte, como se deduce de su dicción y de su ubicación en el Capítulo Primero (“De los españoles y los extranjeros”) del Título I, este precepto constitucional se refiere a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas. La remisión a la ley que contiene el art. 13.1 no supone pues una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aún disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los “términos” en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10 CE en los términos que seguidamente se expondrán.

En efecto, el legislador al que remite el art. 13.1 CE no goza de la igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado. Como ha quedado dicho, una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no. Por otra parte, existen en ese Título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros.

En cuanto a lo primero, nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del Título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que “pertenecen

a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos “inherentes a la dignidad de la persona humana” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva. [...]

A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”. [...]

En esa misma resolución, el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución “proyecta universalmente”, señalando que “hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos.” (FJ 7). [...]

De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE.

4. [...] Efectivamente, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español”, ni “adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España” (STC 242/1994, FJ 4). De nuestra jurisprudencia se deduce que éste sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho al trabajo (STC 107/1984, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, FJ 3; 242/1994, FJ 4; 24/2000, de 31 de

A lo anterior debería aún añadirse que la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los

derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

De todo ello no se concluye que el legislador no esté facultado ex art. 13.1 CE para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por parte de los extranjeros, teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles, como ha hecho la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en relación con los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (añadiendo un nuevo apartado al art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000). En concreto, como ya se ha avanzado, el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal. Así, en la repetida STC 107/1984 admitimos que “una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución” (FJ 4). Y en la STC 242/1994 consideramos que la expulsión podía llegar a ser “una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España” (FJ 4). Por otra parte, la STC 94/1993 señaló que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación “a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio” (FJ 4), invocando los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Finalmente, en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición exigida a los extranjeros por el art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a saber, “que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, sin discutir la constitucionalidad de tal requisito. [...]

Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. [...]

6. Los criterios generales expuestos en los anteriores fundamentos deben utilizarse para enjuiciar los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 impugnados en este recurso y dar ya respuesta a los concretos motivos de inconstitucionalidad alegados por la entidad recurrente frente a cada uno de ellos.

Como ha quedado reflejado en los Antecedentes, el primer precepto recurrido es el contenido en el punto 5 del artículo primero, que da una nueva redacción al apartado 1 del art. 7 de la Ley Orgánica 4/2000, según el cual:

“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. [...]

Ciertamente, el precepto enjuiciado establece una equiparación entre españoles y extranjeros en cuanto a la titularidad y el ejercicio del derecho de reunión, exigiendo sin embargo un requisito para los segundos, a saber, que éstos hayan obtenido la autorización de estancia o residencia en España. Podría entenderse pues que se trata de uno de los “condicionamientos adicionales” que, como se ha dicho, el legislador puede legítimamente establecer al ejercicio de un derecho que “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros”. Pero el precepto debatido no se limita a condicionar el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros en situación irregular sino que impide radicalmente cualquier ejercicio del mismo a las personas que se encuentren en España en aquella situación. [...]

En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre.

El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. [...]

7. El Parlamento de Navarra impugna la redacción del art. 8 de la Ley Orgánica 4/2000, dada por el punto 6 del artículo primero de la Ley aquí impugnada, que dispone:

“Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes, que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. [...]

En consecuencia, aunque el derecho de asociación está directamente reconocido a los extranjeros por la Constitución, el legislador se encuentra habilitado ex art. 13.1 CE para establecer “condicionamientos adicionales” a su ejercicio, pero respetando siempre las prescripciones constitucionales, que limitan su poder de libre configuración de su contenido. Como hemos señalado, el legislador orgánico podría pues, en principio, fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. [...]

El derecho de asociación se encuentra, pues, vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo “proyectan universalmente” y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado. [...]

8. El Parlamento de Navarra impugna el punto 7 del artículo primero de la Ley recurrida en este proceso, que da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000. El precepto dispone:

“Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas” [...]

De las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución. [...]

“De la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de ‘Estado social y democrático de derecho’ que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales.” (STC 212/2005, de 21 de julio FJ 4). [...]

Nuestra jurisprudencia, no limita, por tanto, la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE). [...]

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. [...] La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquéllos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso “residentes” del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. [...]

10. [...intimidad familiar y al reagrupamiento familia]

ha de precisarse que la denunciada inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias sólo puede apreciarse si previamente se comprueba que los preceptos recurridos versan sobre el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los arts. 81.1 y 53.1 CE, presuntamente infringidos. Y ello porque los preceptos recurridos sólo podrían reputarse contrarios a la Constitución si realizaran efectivamente una remisión reglamentaria en blanco para desarrollar las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), tal como sostiene el Parlamento de Navarra en su recurso. [...] Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. [...]

El art. 8.1 CEDH establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del TEDH, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52). Sin embargo, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH (SSTEDH caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, § 68; caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67; caso Gül, de 19 de febrero de 1996, § 39-43), que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico (SSTEDH caso Sen, de 21 de diciembre de 2001, § 28-40; caso Boultif, de 2 de agosto de 2001, § 53-56). Por otra parte, el TEDH ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988, § 39-45, 52-54). [...]

Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE. Sostiene la representación del Estado que la reagrupación familiar, regulada en los preceptos impugnados, constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 CE. Sin embargo, ésta es una cuestión sobre la que no es preciso que nos pronunciemos, pues a los efectos de nuestra fundamentación lo decisivo es que los “derechos fundamentales y libertades públicas” cuyo desarrollo exige ser regulado mediante Ley Orgánica, de acuerdo con el art. 81.1 CE, son exclusivamente los comprendidos en la sección primera, capítulo segundo, título I de la Constitución (arts. 15 a 29) [SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2; 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2].

A la vista de todo ello resulta claro que los preceptos impugnados (arts. 16.2 y 17.1 de la Ley Orgánica 4/2000, así como el nuevo art. 18.1, en la redacción dada por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE), ni a la reserva de ley establecida para los “derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II” (art. 53.1 CE), sin que ello nos obligue a llevar al Fallo un pronunciamiento en tal sentido dados los términos en los que se plantea este proceso. En consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas

en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales, por lo que debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad.

[...]

17. No cabe concluir esta Sentencia sin precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Ha de declarar este fallo la inconstitucionalidad de los preceptos que así se han considerado después de su enjuiciamiento en el correspondiente Fundamento Jurídico. Sin embargo, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando "la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión" (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6).

En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso "y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España", que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquélla que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional.

Distinto debe ser el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso "residentes", que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes Fundamentos Jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

1. 4. LEY ORGÁNICA 4/2000 (EXTRACTOS)

- 1. Observe el criterio de equiparación contenido en el artículo 3.**
- 2. Observe la fórmula de imposición de límites particulares a los extranjeros en un derecho, como el caso del artículo 5**
- 3. Al momento de leer el artículo 6, pregúntese primero si estamos haciendo referencia al contenido de un derecho fundamental.**

¿Nos encontramos ante la regulación de derechos fundamentales?

- 4. Fije atención en la fórmula de regulación establecida en los artículos 7, 8 y 11., que ha sido declarada inconstitucional según STC 236/2007.**
- 5. Respecto del derecho a la educación, medite si el legislador está obligado por la Constitución a reconocer así el derecho a los extranjeros, regulares o no regulares. Tenga en cuenta la STC 236/2007**
- 6. Por cuanto al artículo 10, ¿considera que se cumplen las reglas de los límites a los derechos? De otra parte, ¿estima que el artículo 10. 2 es la regulación del ejercicio o el desarrollo de un derecho fundamental?**
- 7. Respecto del artículo 12, ¿estamos ante la regulación de derechos fundamentales? Medite si el legislador está obligado por la Constitución a reconocer así el derecho a los extranjeros, regulares o no regulares.**
- 8. Con relación al artículo 16, ¿considera que se está regulando la “intimidad familiar”? Piense en las posibilidades de regular este tipo de derechos de la personalidad. Siga STC 236/2007**

TÍTULO PRELIMINAR / TÍTULO I / Derechos y libertades de los extranjeros / CAPÍTULO I

Derechos y libertades de los extranjeros

Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

1. *Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Artículo 4. Derecho a la documentación.

Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación.

1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

2. *Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la

declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Artículo 6. Participación pública. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

1. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos.

2. Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga los reglamentos de aplicación.

3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio.

4. Los poderes públicos facilitarán el ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en los procesos electorales democráticos del país de origen.

Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación. (ver declaración de inconstitucionalidad STC 236/2007)

1. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

Artículo 8. Libertad de asociación. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (ver declaración de inconstitucionalidad STC 236/2007)

Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

Artículo 9. Derecho a la educación. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (ver declaración de inconstitucionalidad STC 236/2007)

1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

3. Los extranjeros ~~residentes~~ tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.

5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.

Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

1. Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

2. Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas.

Artículo 11. Libertad de sindicación y de huelga. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (ver declaración de inconstitucionalidad STC 236/2007)

1. Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.

Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria.

1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Artículo 13. Derecho a ayudas en materia de vivienda. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.

Artículo 14. Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales.

1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Artículo 15. Sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles.

CAPÍTULO II

Reagrupación familiar

Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar.

1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

...

CAPÍTULO IV

De las medidas antidiscriminatorias

Artículo 23. Actos discriminatorios. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

2. Menores

2. 1. LOS MENORES SON TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES (SENTENCIA 141/2000)

Observa el posible conflicto de derechos del menor con derechos del padre

5. Desde la perspectiva del art. 16 C.E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 C.C. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (Sentencias 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 C.E. en relación con el art. 39 C.E.).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico

indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 C.E., y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión». Añadiendo en sus apartados 2 y 3 que «los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades» y «la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (apartados 25 y 27 del ° 8 de la Resolución relativa a la Carta Europea).

2. 2. CONVENCION DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989 SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ADOPTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (EXTRACTOS)

- 1. Tenga en cuenta el valor de este tratado por la vía del art. 10. 2º CE (así como la del art. 96 CE).**
- 2. Observe el tenor de artículos como el 12. 1º, 14. 2º e intente conformar un concepto de capacidad o madurez para el ejercicio de derechos**
- 3. Siga garantías concretas como las de los artículos 12. 2.**
- 4. ¿Considera que este Tratado tiene particular relevancia jurídica?**

PARTE I.

Artículo 1.

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 4.

Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la Cooperación Internacional.

Artículo 5.

Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades,

dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6.

1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 12.

1. Los Estados partes garantizarán al niño, que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional.

Artículo 13.

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la Ley prevea y sean necesarias:

Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14.

1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15.

1. Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16.

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.

2. 3. LEGISLACIÓN MENOR: RECONOCIMIENTO DE ALGUNOS DERECHOS

Se sigue ahora una selección de diversa normativa que afecta al estatus de derechos fundamentales del menor. Es sólo una selección, asimismo ha de tenerse en cuenta abundante normativa, como por ejemplo, la educativa.

- 1. Observa el reconocimiento general de titularidad de derechos y su observación como una corriente internacional.**
- 2. Fija tu atención en la afirmación sobre las limitaciones a los derechos a los menores.**
- 3. ¿Crees que la no regulación de algunos derechos fundamentales en la ley implica una exclusión de los mismos?**
- 4. Fija la atención a la regulación de los derechos de honor, intimidad y propia imagen.**
- 5. Fija la atención a la regulación de los derechos participativos.**
- 6. ¿Qué naturaleza jurídica crees que tiene el derecho a ser oído? (sigue la Convención de derechos del niño.**
- 7. Lo regulado en los artículos 10 y ss. En qué dimensión de los derechos del menor crees que hay que ubicarlos y que alcance y eficacia crees que tienen.**

LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Extractos exposición de motivos

...

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto “ser escuchado si tuviere suficiente juicio” se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección.

El Título I comienza enunciando un reconocimiento general de derechos contenidos en los Tratados Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación a las personas menores de edad.

Por otra parte, del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen.

Así, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa al Ministerio Fiscal.

El derecho a la participación de los menores también se ha recogido expresamente en el articulado, con referencia al derecho a formar parte de asociaciones y a promover asociaciones infantiles y juveniles, con ciertos requisitos, que se completa con el derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, estableciéndose el requisito de la autorización de los padres, tutores o guardadores.

CAPÍTULO II

Derechos del menor

Artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional.

Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Artículo 5. Derecho a la información

1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

Artículo 6. Libertad ideológica

1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.
2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.
3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

Artículo 7. Derecho de participación, asociación y reunión

1. Los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.

Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia.

2. Los menores tienen el derecho de asociación que, en especial, comprende:

- a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.
- b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones.

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

3. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley.

En iguales términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

Artículo 8. Derecho a la libertad de expresión

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta Ley.

2. En especial el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

- a) A la publicación y difusión de sus opiniones.
- b) A la edición y producción de medios de difusión.
- c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

Artículo 9. Derecho a ser oído

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

CAPÍTULO III

Medidas y principios rectores de la acción administrativa

Artículo 10. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos

1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto.

2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede:

a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente.

b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.

c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores.

d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.

3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.

4. Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Artículo 11. Principios rectores de la acción administrativa

1. Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.

Las Administraciones públicas, en los ámbitos que les son propios articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia por medio de los medios oportunos, de modo muy especial, cuanto se refiera a los derechos enumerados en esta Ley. Los menores tienen derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones en posición equivalente, quienes a su vez, tienen el deber de utilizarlos en beneficio de los menores.

Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.

Las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes y espacios libres en las ciudades.

Las Administraciones públicas tendrán particularmente en cuenta la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias y de recursos humanos y a sus proyectos educativos, participación de los menores y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:

- a) La supremacía del interés del menor.
- b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- c) Su integración familiar y social.
- d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.
- e) Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor.
- f) Promover la participación y la solidaridad social.
- g) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas.

2. 4. EJEMPLOS DE REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN EL ÁMBITO CIVIL, PENAL, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

- 1. Recuerde que la patria potestad es una facultad –no un derecho– que se ejerce finalísticamente, esto es, en beneficio no de quien la ejerce, si no del menor.**
- 2. Observe lo regulado en el artículo 162 respecto de las excepciones y la capacidad real del menor.**
- 3. Del extracto de regulación penal, siga la exención de responsabilidad en menores de 14 años.**
- 4. Del ámbito administrativo, siga las facultades de actuación de los menores.**

A) Civil

Artículo 154.

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Artículo 162.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

Los relativos a bienes que están excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

B) Penal

Código penal

Artículo 19.

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Artículo 3. Régimen de los menores de catorce años.

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

C) Administrativa

Ley 30/1992

Artículo 30. Capacidad de obrar.

Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

D) Laboral

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Artículo 6. Trabajo de los menores.

1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.

2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana.

3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.

4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

Artículo 7. Capacidad para contratar.

Podrán contratar la prestación de su trabajo:

Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

3. Personas jurídicas

A lo largo de los materiales, se harán referencias puntuales al estatuto de derechos fundamentales de las personas jurídicas. Se trata de un terreno incierto en el que no valen respuestas muy generales, sino concretas y relativas a cada tipo de derechos fundamentales y, más en particular, respecto de cada derecho en particular.

Es importante discernir las personas jurídico públicas de las privadas. Las primeras están más excluidas de derechos que las segundas. Entre los tipos de derechos, presentan más dificultades los derechos de la personalidad, como los del artículo 18 CE, tan vinculados a la dignidad humana (véanse más adelante referencias

sobre la inviolabilidad del domicilio, por ejemplo). Las libertades públicas en ocasiones tienen un reconocimiento forzoso para las personas jurídico privadas: confesiones religiosas, empresas de comunicación, centros educativos, asociaciones, sindicatos, etc. Ello no obsta para la modulación posible del alcance y, sobre todo, forma de ejercicio de las libertades públicas por parte de las personas jurídicas de que se trate. Reconocer libertades públicas a las personas jurídico públicas no está excluido, pero presenta problemas conceptuales. En el marco de las garantías, se presentan determinadas particularidades también respecto de las personas públicas (por ejemplo, el Ministerio Fiscal y el artículo 24 CE), sin perjuicio de que el reconocimiento de derechos sea en general una obviedad para el caso de la tutela efectiva, la legalidad penal o sancionadora (art. 25. 2 CE), o haya que adecuarse a la naturaleza de las cosas por cuanto a las garantías del artículo 24. 2 CE o sea un absurdo en el caso del artículo 17 CE, por ejemplo.

3. 1. TEXTO CONSTITUCIONAL

Observa el reconocimiento de derechos como art. 16, 20, 22, 26, 28 bajo la perspectiva de si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales que ahí se reconocen.

3. 2. CONSTRUCCIÓN ARGUMENTAL DE TITULARIDAD DERECHOS FUNDAMENTALES PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS (SENTENCIA 139/1995)

Fija la atención en la construcción argumental para afirmar el derecho al honor de las personas jurídicas

SENTENCIA: 139/1995 Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
TEXTO DEL DICTAMEN Extracto:

1. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la sentencia 52/1995 por la que se reconoce a una empresa dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el art. 20.1 a) C.E.

2. Si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la

titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

3. Puede sostenerse en consecuencia que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no solo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta. En el presente caso, el derecho del que se discute esta posibilidad es el derecho al honor, con lo cual el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental.

4. De forma paralela a un concepto objetivista de «honor», este Tribunal ha acuñado un concepto personalista del mismo, por lo que a la titularidad de este derecho se refiere. En la sentencia 107/1988 se afirmó que «el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública». Aunque el honor «es un valor referible a personas individualmente consideradas», el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. Recuérdese, en este sentido, la sentencia 214/1991, en la que expresamente se ha extendido la protección del derecho al honor a colectivos más amplios, en este caso los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo. Por tanto, según dijimos en la misma, «el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados “ad personam”, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa». En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E.

Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando

desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982).

5. Los límites que la Constitución impone al ejercicio de determinados derechos fundamentales sólo actúan si, al mismo tiempo, estos derechos se están ejerciendo dentro del ámbito que la Constitución les reconoce, pero no cuando éstos se ejercen fuera del mismo. En el presente amparo, es indiferente que el derecho al honor de la mencionada mercantil se constituya en límite externo al ejercicio de la libertad de información de los recurrentes, porque éstos han ejercido el derecho a la libertad de información veraz más allá de su ámbito de protección constitucional.

6. Este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del art. 20.1 d) C.E. consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz (entre muchas otras, Sentencias 6/1988, 20/1990, 105/1990). Por ello, determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo. A este respecto, el Tribunal ha precisado que lo que el requisito constitucional de veracidad supone es que «el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente» (sentencia 105/1990). Pero, como señaló la sentencia 6/1988, «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la “verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Información veraz en el sentido del art. 20. 1 d), significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. La aplicación de esta doctrina al recurso que examinamos nos lleva a proclamar que el artículo periodístico de autos no constituye una manifestación constitucionalmente protegida por el derecho a la libertad de información veraz alegado por los recurrentes.

SEXTO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Garantías nacionales

1. 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN ESPECIAL, EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

No es menester acudir a conocimientos previos del alumno sobre la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional en los diversos procesos constitucionales (recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, etc.). Es por ello por lo que se concentra ahora la atención en el recurso de amparo constitucional, incorporando la reforma de la ley habida en 2007.

En todo caso cabe recordar alguna novedad general y particular respecto de las cuestiones de constitucionalidad. En general, la reforma intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión. También se les permite la posibilidad de personarse en el proceso ante el Tribunal Constitucional para su admisión a trámite.

En particular, es también novedad que si un recurso de amparo trae causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas, la Sala está obligada a elevar la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia de amparo, como sucede con los órganos jurisdiccionales ordinarios. Por cuanto a los recursos de amparo es significativo el requisito de relevancia exigido para su admisión y el hecho de que las Secciones no se limiten a la admisión o no del recurso, sino que pueden incluso llegar a emitir la sentencia definitiva al respecto del mismo.

Del mismo modo, se considera de interés pedagógico recordar algunos datos de la real actividad del Tribunal Constitucional.

Cabe recordar el gran interés y valor de las memorias del Tribunal Constitucional, disponibles en su sitio de internet con relación a los recursos de amparo. En las mismas puede seguirse con sencillez las aportaciones más importantes en la doctrina jurisprudencial respecto de cada derecho. Es una fuente muy recomendable.

A) Datos generales carga de trabajo y derechos alegados

| Asuntos ingresados | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|----------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Recursos de inconstitucionalidad | 26 | 61 | 36 | 45 | 16 |

| | | | | | |
|-------------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Cuestiones de inconstitucionalidad | 105 | 99 | 96 | 70 | 206 |
| Recursos de amparo | 6786 | 7285 | 7721 | 7814 | 9476 |
| Conflictos positivos de competencia | 13 | 10 | 22 | 17 | 8 |
| TOTAL | 6934 | 7456 | 7878 | 7951 | 9708 |

Datos de estimación de un año (2005):

Durante el año, las dos Salas del Tribunal han pronunciado 300 Sentencias, que resuelven 309 recursos de amparo (ya que nueve habían sido acumulados en virtud del art. 83 LOTC).

No todas otorgan el amparo: así lo hacen 214, frente a 86 que desestiman o inadmiten el recurso (las Sentencias de amparo dictadas por el Pleno estimaron un recurso y desestimaron dos).

Inadmisión superior al 95%

Sólo por providencia, se admiten 314 y se inadmiten 5293

| Derecho fundamental invocado | Total | Porcentaje de invocación |
|--|--------------|---------------------------------|
| Igualdad (art. 14 CE) | 1579 | 16,66 |
| Tutela judicial (art. 24 CE) | 8283 | 87,41 |
| Otros derechos y libertades: | 1972 | 20,31 |
| - Legalidad penal (art. 25 CE) | 704 | |
| - Libertad y seguridad (art. 17 CE) | 319 | |
| - Honor, intimidad e imagen (art. 18 CE) | 278 | |
| - Vida e integridad (art. 15 CE) | 172 | |
| - Participación en los asuntos públicos (art. 23 CE) | 163 | |
| - Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) | 84 | |
| - Libertades de expresión (art. 20 CE) | 62 | |
| - Asociación (art. 22 CE) | 33 | |
| - Libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) | 26 | |
| - Educación (art. 27 CE) | 16 | |
| - Petición (art. 29 CE) | 11 | |
| - Reunión (art. 21 CE) | 6 | |
| - Objeción de conciencia (art. 30.2 CE) | - | |

| |
|--|
| Recursos de amparo: frecuencia de la invocación de los derechos fundamentales del art. 24 CE |
|--|

| Derechos invocados | Procedencia jurisdiccional | | | | | | Total |
|---|----------------------------|-------------|---------------|------------|------------------------------|-----------|-------------|
| | Civil | Penal | Penitenciario | Social | Contencioso - administrativo | Militar | |
| ART. 24.1 | | | | | | | |
| Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión | 1211 | 2085 | 327 | 435 | 3420 | 21 | 7499 |
| ART. 24.2 | | | | | | | |
| Derecho a la presunción de inocencia | 8 | 1112 | 17 | 3 | 102 | 8 | 1250 |
| Derecho a un proceso con todas las garantías | 75 | 446 | 7 | 6 | 50 | 2 | 586 |
| Derecho a la prueba pertinente para la defensa | 48 | 173 | 4 | 4 | 49 | 2 | 280 |
| Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas | 15 | 67 | 0 | 1 | 12 | 0 | 95 |
| Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley | 7 | 32 | 0 | 0 | 11 | 0 | 50 |
| Derecho a la defensa y a la asistencia letrada | 4 | 32 | 1 | 0 | 12 | 0 | 49 |
| Derecho a ser informado de la acusación | 1 | 39 | 0 | 0 | 2 | 0 | 42 |
| Derecho a un proceso público | 1 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable | 0 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| TOTAL | 1370 | 3989 | 356 | 449 | 3658 | 33 | 9855 |

B) Breve explicación del recurso de amparo

Nuestra Constitución declara en su art. 53.2 que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”.

La garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas está encomendada, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, a través de las vías y remedios que ofrecen las leyes procesales. Subsidiariamente, la Constitución ha establecido un sistema específico y último de tutela de varios de tales derechos, mediante el recurso de amparo constitucional, que ha residenciado en el Tribunal Constitucional. De esta manera, el Tribunal se configura como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y, por ende, último garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

Únicamente cabe interponer el recurso de amparo frente a vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los arts. 14 al 29 CE, más el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, que se contiene en el art. 30 CE. Este recurso no es, por tanto, un medio impugnatorio en defensa de cuestiones de simple legalidad.

Las vulneraciones alegadas han de tener su origen en disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos, así como de sus funcionarios y agentes. Pueden impugnarse tanto actuaciones administrativas (art. 43 LOTC) como judiciales (art. 44 LOTC), así como aquellos actos parlamentarios que no tengan “valor de ley” (art. 42 LOTC).

La legitimación para recurrir en amparo es muy amplia, ya que esta vía queda abierta a toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo. Igualmente están legitimados para interponer este recurso el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Este último, además, interviene en todos los procesos de amparo para defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley.

La tramitación del recurso de amparo constitucional está recogida, en lo fundamental, en los arts. 48 a 58 LOTC.

El proceso se inicia mediante demanda del interesado, el cual ha de acudir al Tribunal representado por Procurador y asistido por Abogado. La demanda ha de exponer con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los derechos fundamentales que se estimen infringidos y fijará con precisión el amparo que se solicita [asimismo, hay que argumentar sobre la relevancia constitucional del supuesto para que el Tribunal lo admita]. El art. 49 LOTC enumera la documentación que se precisa aportar con la demanda.

El demandante de amparo cuenta con un plazo de veinte días hábiles para presentar su queja. Este plazo corre a partir de la notificación de la última resolución judicial recaída. Los recursos de amparo contra actos parlamentarios sin valor de ley deben interponerse dentro de los tres meses siguientes a su firmeza.

Cabe destacar, por su trascendencia, lo que dispone el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal con respecto a la posible inadmisión del recurso (más del 95% de los recursos son inadmitidos). Frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma de 2007 introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación pretende agilizar el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso. Así, se da un nuevo requisito de admisión (art. 49. 1 LOTC) que exige la justificación de “la especial trascendencia constitucional del recurso” y la admisión del recurso (art. 50. 1 b), que señala que esta trascendencia “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.”

Si el recurso de amparo es admitido a trámite, se asigna a un Magistrado Ponente. La Sala requerirá con carácter urgente, en su caso, al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento previo para que, en plazo de diez días, remita las actuaciones, emplazando a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente.

Una vez recibidas las actuaciones se dará vista de las mismas al promotor del amparo, a los personados en el proceso, al Ministerio Fiscal y, si estuviera interesada la Administración pública, al Abogado del Estado. Cumplido este trámite, el proceso queda pendiente de señalamiento para Sentencia.

Desde la reforma de 2007 el recurso de amparo puede ser resuelto por sentencia por las Secciones, las Salas o en su caso por el Pleno.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional se notifican a las partes del correspondiente procedimiento y se publican en el “Boletín Oficial del Estado” dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. Contra dichas sentencias no cabe recurso alguno.

El procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito. No obstante, el Tribunal podrá imponer el pago de las costas o sanciones pecuniarias si apreciare temeridad, mala fe o abuso de derecho en la formulación de los recursos.

C) La actual regulación (extractos)

- 1. Recuerde respecto de qué derechos procede un recurso de amparo.**
- 2. A la vista de qué puede ser objeto de recurso, ¿qué sucede respecto de las vulneraciones de derechos por parte de sujetos privados?**
- 3. ¿Cuál es el plazo general de un recurso de amparo, desde cuándo?**
- 4. Siga los requisitos para el recurso de amparo a decisiones judiciales.**
- 5. Respecto del requisito del artículo 44. 1º c), tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 241 de la LOPJ.**

- 6. Fije la atención en los criterios de admisión de demandas y, en especial, lo relativo a la “especial trascendencia constitucional”**
- 7. A la vista de la regulación, tenga en cuenta qué se puede solicitar al Tribunal y cuáles son los márgenes de actuación del tribunal (arts. 41 y ss., 54 y 55).**

Ley Orgánica 2/1979, Del Tribunal Constitucional (recurso de amparo, actualizada a reforma de 2007)

Artículo cuarenta y uno

Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

Artículo cuarenta y dos

Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.

Artículo cuarenta y tres

Uno. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Tres. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo.

Artículo cuarenta y cuatro

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo **será de 30 días**, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Artículo cuarenta y nueve

Uno. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

Dos. Con la demanda se acompañarán:

a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.

b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.

Tres. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

Cuatro. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso

Artículo cincuenta.

1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Artículo cincuenta y cuatro

Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Artículo cincuenta y cinco

Uno. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Dos. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

1. 2. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES EN LA LOPJ

Cabe tener en cuenta la panoplia de recursos ordinarios o extraordinarios que pueden caber respecto de cada acto procesal en el procedimiento de que se trate. En los mismos se habrán de hacer valer, en su caso, las alegaciones de vulneración de derechos en el proceso que muy posiblemente tengan que ver con las garantías del artículo 24 CE.

Además de tales vías de recurso, cabe tener en cuenta el incidente de nulidad de pleno derecho, recientemente modificado en 2007.

- 1. Especialmente desde la perspectiva del artículo 24 CE, tenga en cuenta las causas de nulidad de pleno derecho de los actos procesales, ya por falta de jurisdicción, ya por normas esenciales del procedimiento que supongan indefensión.**
- 2. A la vista de lo anterior y la lectura del artículo 241 LOPJ ¿respecto de qué derechos considera que se suscitarán las causas de nulidad?**
- 3. ¿Es posible la declaración de nulidad de oficio, en qué supuestos?**
- 4. ¿Quiénes pueden suscitar un incidente de nulidad?**
- 5. ¿Si cabe recurso ordinario o extraordinario, es posible incitar la nulidad del artículo 241 LOPJ?**

Artículo 238

Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.

En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

Artículo 240. 1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales.

2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

La reforma de 2007 (a través de la reforma de la LOTC) introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

No debe olvidarse que la formulación de los recursos procesales oportunos – incluido éste en su caso- resulta indispensable para la posterior admisión del recurso de amparo por vulneraciones de derechos en el procedimiento (ex art. 44. 1 c) LOTC).

La redacción actual del artículo 241 queda como sigue:

“1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.» (reforma de 2007)

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.

1. 3. REFERENCIA A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. **¿Qué distinción básica opera la LEC respecto de las vulneraciones de los derechos?**
2. **¿Si se trata de derechos fundamentales producidas en la realidad extraprocesal, cuál es el procedimiento que debe seguirse como “preferente”?**
3. **Si la posible vulneración se produce en el ámbito del proceso ¿que cauce de procedimental se entiende oportuno? ¿Por qué lo considera el legislador?**
4. **¿Qué ejemplos de recursos frente a vulneraciones procesales se te ocurren?**
5. **¿A la vista de lo anterior, en principio, qué recurso procedería si considero que un contrato vulnera derechos fundamentales, o unas capitulaciones matrimoniales, o un testamento con condiciones contrarias a la dignidad?**
6. **¿Y si la alegación de vulneración de derechos es sólo una de mis posibles alegaciones, qué recurso procede?**
7. **Y una demanda por vulneración de la Ley 1/1982, bajo qué procedimiento habría que sustanciarla.**

Exposición de Motivos

X

“El Libro II de la presente Ley, dedicado a los procesos declarativos comprende, dentro del Capítulo referente a las disposiciones comunes, las reglas para determinar el proceso que se ha de seguir. ... Es éste un momento oportuno para dar razón del tratamiento que, con la mirada puesta en el artículo 53.2 de la Constitución, esta Ley otorga, en el ámbito procesal civil, a una materia plural, pero susceptible de consideración unitaria: los derechos fundamentales.

Además de entender, conforme a unánime interpretación, que la **sumariedad** a que se refiere el citado precepto de la Constitución no ha de entenderse en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba, resulta imprescindible, para un adecuado enfoque del tema, la **distinción entre los derechos fundamentales** cuya **violación se produce en la realidad extraprocesal** y aquellos que, por su sustancia y contenido, sólo pueden ser **violados o infringidos en el seno de un proceso**.

En cuanto a los primeros, pueden y deben ser llevados a un proceso para su rápida protección, que se tramite con preferencia: el hecho o comportamiento, externo al proceso, generador de la pretendida violación del derecho fundamental, se residencia después jurisdiccionalmente. Y lo que quiere el concreto precepto constitucional citado es, sin duda alguna, una tutela judicial singularmente rápida. En cambio, respecto de los derechos fundamentales que, en sí mismos, consisten en derechos y garantías procesales, sería del todo ilógico que a su eventual violación respondiera el Derecho previendo, en el marco de la jurisdicción ordinaria, tanto uno o varios procedimientos paralelos como un proceso posterior a aquél en que tal violación se produzca y no sea reparada. Es patente que con lo primero se entraría de lleno en el territorio de lo absurdo. Y lo segundo supondría duplicar los procesos jurisdiccionales. Y aún cabría hablar de duplicación -del todo ineficaz y paradójicamente contraria a lo pretendido como mínimo, pues en ese segundo proceso, contemplado como hipótesis, también podría producirse o pensarse que se había producido una nueva violación de derechos fundamentales, de contenido procesal.

Por todo esto, para los derechos fundamentales del **primer bloque** aludido, aquellos que se refieren a bienes jurídicos del ámbito vital extrajudicial, la presente Ley establece que los procesos correspondientes se sustancien por un **cauce procedimental, de tramitación preferente**, más rápido que el establecido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, de 1978: el de los **juicios ordinarios**, con demanda y contestación por escrito, seguidas de vista y sentencia.

En cambio, **respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal**, cuya infracción puede producirse a lo largo y lo ancho de cualquier litigio, **esta Ley descarta un ilógico procedimiento especial** ante las denuncias de infracción y considera que las posibles violaciones **han de remediarse en el seno del proceso en que se han producido**. A tal fin responden, respecto de muy diferentes puntos y cuestiones, múltiples disposiciones de esta Ley, encaminadas a una rápida tutela de las garantías procesales constitucionalizadas. La mayoría de esas disposiciones tienen carácter general pues aquello que regulan es susceptible siempre de originar la necesidad de tutelar derechos fundamentales de índole procesal, sin que tenga sentido por tanto, establecer una tramitación preferente. En cambio, y a título de meros ejemplos de reglas singulares, cabe señalar la tramitación preferente de todos los recursos de queja y de los recursos de apelación contra ciertos autos que inadmitan demandas. Conforme a la experiencia, también se ocupa la Ley de modo especial, según se verá, de los casos de indefensión, con nulidad radical, que, por el momento en que

pueden darse, no es posible afrontar mediante recursos o con actuación del tribunal, de oficio.”

1. 4. ÁMBITO LABORAL: PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Sin entrar en mayores conocimientos, se pretende subrayar ahora dos elementos: de un lado, que la tutela de los derechos fundamentales se instrumenta tradicionalmente bajo el procedimiento especial relativo a la libertad sindical. Asimismo, cabe tener en cuenta también que incluso tratándose de supuestos de derechos fundamentales, habrá que seguir los procedimientos particulares que hay reservados a ciertas materias.

Por último, es de interés señalar ahora que los despidos con vulneración de los derechos fundamentales implican la elección por el trabajador de la posible readmisión.

1. Este procedimiento especial ¿es sólo para cuando se estima lesionada la libertad sindical? ¿Es posible seguir este procedimiento especial si únicamente considero lesionada, por ejemplo, la libre expresión en mi trabajo? (art. 181).
2. Considero lesionada la libre expresión en mi trabajo ¿es obligatorio seguir esta vía de protección especial? (art. 175).
3. He optado por este procedimiento especial, no es una cuestión sindical, ¿es posible solicitar una medida cautelar? (art. 178)
4. En juicio, se considera que hay indicios de que se me ha lesionado un derecho fundamental ¿Quién debe probar que no se ha lesionado? (Art. 179).
5. Me considero discriminado en un despido, o en el disfrute de vacaciones, o en el convenio colectivo ¿es posible acudir a este procedimiento especial de libertad sindical? (art. 182).

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de procedimiento laboral

CAPITULO XI

De la tutela de los derechos de libertad sindical

Artículo 175.

1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social.

2. En aquellos casos en los que corresponda al trabajador como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, el sindicato al que éste pertenezca, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, podrán personarse como coadyuvantes. Estos no podrán recurrir ni continuar el proceso con independencia de las partes principales.

3. El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas.

Artículo 176.

El objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad.

Artículo 177.

1. La tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia.

2. La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión a la libertad sindical.

3. La demanda, además de los requisitos generales establecidos en la presente Ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81.1 de esta Ley, el Juez o la Sala rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este capítulo, advirtiéndolo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el Juez o la Sala podrá dar a demanda la tramitación ordinaria o especial si para una u otra fuese competente y dicha demanda reuniese los requisitos exigidos por la Ley.

Artículo 178.

1. En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la **suspensión** de los efectos del acto impugnado. Sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

2. Dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el Juzgado o Tribunal citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada.

3. El órgano judicial resolverá en el acto mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación.

Artículo 179.

1. Admitida a trámite la demanda, el Juez o Tribunal citará a las partes para los actos de conciliación y juicio, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos.

2. En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

3. El Juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes.

Artículo 180.

1. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.

2. De estimarse que no concurren en la conducta del demandado las circunstancias antedichas, el Juez o la Sala resolverá en la propia sentencia el levantamiento de la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haber acordado.

Artículo 181.

Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.

Artículo 182.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente.

Artículo 189. Son recurribles en suplicación:

Contra las sentencias dictadas en materias de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas.

1. 5. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS ANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Se concentra ahora la atención en la legislación propiamente administrativa y la contencioso administrativa. Tras su examen, el alumno puede tener una idea cabal de las vías de reacción frente a las actuaciones administrativas. De especial interés resulta que tenga en cuenta las amplias posibilidades de elección de protección que se brindan al analizar conjuntamente la vía administrativa y la contenciosa. En este punto, es de todo interés conocer la vía especial de protección de derechos en la jurisdicción contenciosa, pero no es menos importante seguir las vías ordinarias de reacción, puesto que éstas son las más habituales al fin y al cabo y queda como elección del interesado u operador jurídico la elección de una u otra vía.

No se puede detener en este curso el análisis en ámbitos claramente vinculados con derechos fundamentales como lo es del Derecho sancionador. También, por su especialidad, se deja al margen lo relativo al Derecho electoral.

Asimismo, no debe olvidarse que muchas actuaciones públicas contrarias al ejercicio de los derechos fundamentales puede ser constitutivas de delito. En este punto, entre otros, cabe recordar “los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas “ (arts. 510 y ss.), entre otros muchos delitos cabe prestar atención a los recogidos en los artículos 404 y ss., como entre otros, los de prevaricación. Obviamente, no sólo el Código penal concentra toda la atención, sino también la legislación penal electoral –con especial incidencia- así como el Código penal militar. En este ámbito concreto, no se incluye en los materiales la específica normativa disciplinaria militar, de gran incidencia en derechos fundamentales.

A) Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

- 1. ¿Toda actuación administrativa que lesione derechos fundamentales es nula de pleno derecho?**
- 2. ¿Debe ser motivada cualquier resolución administrativa que afecte a derechos fundamentales?**
- 3. Si una resolución administrativa se separa del criterio seguido hasta entonces ¿se afecta algún derecho fundamental? ¿Es necesaria la motivación?**
- 4. Tenga en cuenta que toda actuación material de ejecución ha de tener una resolución que le sirva de fundamento jurídico (art. 93). Ello puede ser relevante para la comprensión de la vía de hecho y su recurribilidad contenciosa.**
- 5. ¿Antes de una ejecución forzosa, qué es necesario que haga la Administración (art. 95)?**
- 6. ¿Observe los medios de ejecución forzosa posibles con relación a una potencial lesión de derechos fundamentales?**
- 7. Fije su atención en la obligación de seguir el principio de proporcionalidad en la ejecución forzosa, así como de afectar lo menos posible a la libertad individual (art. 96).**
- 8. ¿Si se ha resuelto que el aire acondicionado de mi domicilio en la fachada incumple la normativa urbanística, puede la administración entrar en mi casa para retirarlo, una vez yo haya hecho caso omiso a sus mandamientos?**
- 9. ¿Qué requisito hay para que sea posible la compulsión directa sobre las personas (art. 100)? ¿Se te ocurre algún ejemplo de este tipo de actuación?**
- 10. Si la Administración misma considera que ha lesionado un derecho fundamental, ¿puede revisar su actuación? ¿Cómo? ¿Tiene algún plazo máximo para hacerlo?**
- 11. ¿Crees que un particular puede incitar a la Administración a que revise de oficio una actuación por ser lesiva de derechos fundamentales? ¿Tiene la Administración obligación de una**

respuesta motivada? (Art. 102. 3º). ¿Cabría una indemnización si la Administración revisa de oficio finalmente su actuación? (art. 102. 4º).

12. ¿Qué límites generales tiene la Administración para revisar sus propios actos? Piensa en algún ejemplo de ello vinculado a derechos fundamentales (art. 106).
13. El Ayuntamiento resuelve una convocatoria de subvenciones, concediendo una a mi Asociación, a los cinco años un gobierno municipal de signo diferente inicia un procedimiento de revisión de oficio de la misma, puesto que considera que se discriminó a otra asociación. ¿Puede hacerlo? ¿con qué requisitos y condicionantes y consecuencias, en su caso?
14. En general, qué recursos caben contra las resoluciones administrativas por lesionar derechos fundamentales (art. 107. 1º).
15. Si estamos ante un acto de trámite que afecte a un derecho fundamental, ¿cuándo procede recurrir? (art. 107. 1º)
16. La Consellería de Administración publica el listado provisional de admitidos a un concurso. No he sido admitido al mismo puesto que la convocatoria sólo permitía el acceso a menores de 25 años y mujeres. ¿Es posible recurrir dicho acto, con qué condicionantes, en su caso?
17. La Ordenanza municipal prohíbe hablar de política en voz alta en la calle y blasfemar, considero que lesiona derechos fundamentales ¿puedo impugnarla directamente en vía administrativa? (art. 107. 3º).
18. Dicha Ordenanza municipal se me ha aplicado, he sido sancionado tras proferir diversas blasfemias a la vez de hablar en voz alta de la política municipal. Considero que la resolución sancionadora lesiona mi derecho fundamental. ¿Puedo fundar mi recurso administrativo única y exclusivamente en que dicha Ordenanza es inconstitucional por lesionar mi derecho fundamental?
19. Tenga en cuenta cuándo se pone fin a la vía administrativa a los posibles efectos de recursos jurisdiccionales (Art. 109).
20. Recorro una actuación administrativa por lesionar un derecho fundamental, ¿puedo obtener la suspensión de dicha actuación? (art. 111). ¿Considera que la afectación a un derecho fundamental puede facilitar la misma?
21. Recorro la resolución de un concurso de servicio de limpiezas, puesto consideraba discriminada a mi empresa por ser sobrino del líder de la oposición del Ayuntamiento. ¿Qué condicionantes determinan la posibilidad de suspender la concesión del servicio de limpiezas al otro concursante?
22. ¿Observe los requisitos de la resolución que resuelve el recurso? (art. 113) Recorro la resolución del referido servicio de limpiezas, el Ayuntamiento lo desestima sin responder a cada una de mis alegaciones. ¿Ello afecta a algún derecho fundamental? ¿Hay alguna vía útil de remover este problema?

23. ¿Qué plazos generales hay para el recurso de alzada? ¿y para el de reposición? (art. 115)

24. ¿Considera posible que la lesión de un derecho fundamental pueda suscitar una reclamación de responsabilidad patrimonial (art. 139)? ¿Qué plazos hay para esta reclamación?

a. 1. Nulidad - anulabilidad

Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. **(Artículo redactado según Ley 4/1999, de 13 de enero)**

Artículo 63. Anulabilidad.

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo

a. 2. Varios: actuación general de administración con afectación a derechos fundamentales

Artículo 54. **Motivación.**(Modificado por Ley 4/1999)

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.

c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.

e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Artículo 93. Título.

1. *Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.*

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

Artículo 95. Ejecución forzosa.

Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.

Artículo 96. Medios de ejecución forzosa.

1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

a) Apremio sobre el patrimonio.

b) Ejecución subsidiaria.

c) Multa coercitiva.

d) Compulsión sobre las personas.

2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

Artículo 100. Compulsión sobre las personas.

1. *Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.*

2. Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.

a. 3. Revisión por la propia Administración de actos que lesionen derechos

Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos.(Modificado por Ley 4/1999)

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, *en los supuestos previstos en el artículo 62.1.*

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones Públicas al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

Artículo 106. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

a. 4. Recursos y suspensión

Artículo 107. Objeto y clases.(Modificado por Ley 4/1999)

1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, **podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.**

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

...

3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

4. Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

Artículo 108. Recurso extraordinario de revisión.(Modificado por Ley 4/1999)

Contra los actos firmes en vía administrativa, sólo procederá el recurso extraordinario de revisión, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 118.1.

Artículo 109. Fin de la vía administrativa.(Modificado por Ley 4/1999)

Ponen fin a la vía administrativa:

- a) Las resoluciones de los recursos de alzada.
- b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.
- e) Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

Artículo 110. Interposición del recurso. (Modificado por Ley 29/1998 y Ley 4/1999)

1. La interposición del recurso deberá expresar:
 - a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación del mismo.
 - b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
 - c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

- d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.
 - e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.
2. El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.
 3. Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado.

Artículo 111. Suspensión de la ejecución.(Modificado por Ley 4/1999)

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
 - b) *Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.*
3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 42.4, segundo párrafo de esta Ley.
4. Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

...

Artículo 113. Resolución.

1. La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.
2. Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67.
3. El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, **la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente**, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.

Artículo 115. Plazos.(Modificado por Ley 4/1999)

1. El plazo para la interposición del recurso de **alzada** será de un mes, si el acto fuera expreso.

Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.2, segundo párrafo.

3. Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recursos extraordinario de revisión en los casos establecidos en el artículo 118.1.

Artículo 117. Plazos.(Modificado por Ley 4/1999)

1. El plazo para la interposición del recurso de **reposición** será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

a. 5. Responsabilidad Patrimonial

Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

4. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 142. Procedimientos de responsabilidad patrimonial.

...

5. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

B) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Una vez conocida la regulación administrativa general y las vías generales de reacción frente a la actuación administrativa, procede ahora conocer la vía jurisdiccional contenciosa, desde la perspectiva, también, de los derechos fundamentales . Resulta obligada la referencia al recurso especial preferente y sumario por lesión de derechos fundamentales. Ahora bien, el alumno no ha de olvidar que la elección de esta vía no es obligatoria, ni mucho menos, cuando se estima la lesión de un derecho fundamental. De hecho, es bien posible que haya iniciado la revisión de la actuación en la vía administrativa. Una vez más, cabe recordar que no se trata de alcanzar un conocimiento procesal profundo, sino un acercamiento básico a las vías de reacción frente a las actuaciones administrativas que pueden afectar a derechos fundamentales.

1. Observa lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley y ss. como objeto posiblemente impugnable. Sobre esta base, califica qué tipo de actuación de las ahí mencionadas sería, y si es impugnable en vía contenciosa y en qué plazo (en razón del artículo 46):

- A. Una Orden del Ministerio de Interior que prohíbe la difusión de prensa de humor en las cárceles.**
- B. Un Plan General de Ordenación Urbana de un municipio que prohíbe poner banderas en los balcones de los domicilios.**
- C. La denegación de una subvención a una Asociación de estudiantes.**
- D. La denegación del recurso de alzada que culmina la vía administrativa frente a la denegación de una subvención a una Asociación de estudiantes.**
- E. La denegación del recurso de reposición frente a la denegación de una subvención a una Asociación de estudiantes.**
- F. La denegación de mi reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.**
- G. La imposición de una multa por haber blasfemado en la calle en contra de la Ordenanza de convivencia del Ayuntamiento.**
- H. La inadmisión como aspirante a una plaza de funcionario del Ayuntamiento de las convocadas.**
- I. La denegación de mi recurso de alzada frente a la inadmisión como aspirante a una plaza de funcionario del Ayuntamiento de las convocadas.**
- J. La resolución por la que se excluye del concurso de servicios de limpieza a mi empresa.**
- K. La denegación del último recurso administrativo procedente frente a dicha resolución.**
- L. El recurso frente a la imposición de una multa por blasfemia, un recurso basado únicamente en que la**

Ordenanza municipal es inconstitucional por contraria a mis derechos fundamentales. La denegación del último recurso administrativo procedente frente a dicha resolución.

M. Dicha Ordenanza municipal, una vez aprobada.

- 2. No recurrí la Ordenanza de convivencia del Ayuntamiento cuando se aprobó ¿puedo recurrirla ahora un año después, que he sido sancionado sobre su base? Un Tribunal Contencioso-Administrativo estima mi recurso considerando que el precepto que se me ha aplicado de dicha Ordenanza es nulo por contrario a los derechos fundamentales. Puede anular dicho precepto este tribunal, ¿qué ha de suceder para que se anule para que no se aplique a nadie más?**
- 3. No recurrí el Plan General de Ordenación Urbana cuando se aprobó ¿puedo recurrirlo ahora que se me ha aplicado en un Proyecto de Reparcelación? Siendo competente el Tribunal Superior de Justicia de mi Comunidad, que ha considerado que el precepto que se me ha aplicado de dicho PGOU es nulo por contrario a los derechos fundamentales. Puede anular dicho precepto este tribunal?**
- 4. Mi recurso alegato contra la Ordenanza de convivencia que me han aplicado al sancionarme, desestimado por los otros tribunales, llega al Tribunal Supremo y lo estima. ¿Puede anular dicha Ordenanza?**
- 5. La Agrupación de Asociaciones de Estudiantes de la Universidad “X” ha firmado un Convenio con la Universidad de Valencia, en virtud del cual la Universidad se obliga a encargarse de la limpieza de las instalaciones cuyo uso de cede a tales asociaciones. El equipo rectoral tiene una severa discrepancia con parte del movimiento asociativo y no procede a la limpieza de muchos locales de asociaciones. Qué recursos cabe contra esta situación, con qué requisitos, plazos y condicionantes.**
- 6. Observe, en razón del artículo 31, qué es lo que puede pretenderse en la vía administrativa. Piense en lo que se pretendería en hipótesis anteriores.**
- 7. Sobre la base del artículo 33. En un recurso frente a la sanción municipal por haber hablado de política en la calle, no alegué lesión de la libertad ideológica y de expresión. ¿Crees posible que el tribunal estimase mi demanda en razón de estos derechos, bajo qué condicionantes? ¿es posible que considerase nulos algunos preceptos de la Ordenanza que yo no impugné?**
- 8. He estudiado la cuestión y veo que puedo alegar más y mejores motivos que los que empleé en mis recursos en la vía administrativa, ¿puedo variar los motivos que allí empleé, o variar mi fundamentación?**
- 9. Recorro directamente la mencionada Ordenanza municipal, ¿puedo solicitar su suspensión?**
- 10. Recorro la sanción en aplicación de dicha Ordenanza ¿puedo solicitar la suspensión de la Ordenanza? ¿y de la sanción? ¿cuándo puedo solicitarlo? (art. 130).**

11. A la vista del artículo 130, ¿consideras que la posible lesión de un derecho fundamental por el acto que recorro puede ser un motivo decisorio para la suspensión?

12. ***Procedimiento especial (arts. 114 y ss.)***

13. Piense en todos los actos o actuaciones arriba mencionados y considere ahora si procedería este recurso especial y con qué plazos.

14. He iniciado la vía de recursos administrativa y ordinaria ¿puedo acudir a la protección especial contenciosa? En su caso, ¿bajo qué requisitos?

15. Observe la particularidad de lo relativo al derecho de reunión (art. 122).

16. He acudido a la vía especial de protección de los derechos fundamentales, en aplicación del artículo 81. 2º a), ¿tengo segura la posibilidad de los recursos de apelación y de casación? ¿Y si mi recurso no ha sido el especial, pero ha estado basado única y exclusivamente en la lesión de derechos fundamentales?

b. 1. Actividad administrativa impugnabile

Artículo 25

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

Artículo 26

1. Además de la impugnación directa de las **disposiciones de carácter general**, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Artículo 27

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer

del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

Artículo 28

No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Artículo 29

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una **prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas**, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración **no ejecute sus actos firmes** podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

Artículo 30

En caso de **vía de hecho**, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

b. 2. Plazos generales

Artículo 46

1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

2. En los supuestos previstos en el artículo 29, los dos meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo.

3. Si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

4. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que éste deba entenderse presuntamente desestimado.

5. El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

6. En los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.

b. 3. Pretensiones de las partes y alegatos

Artículo 31

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente.

2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Artículo 32

1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2.

Artículo 33

1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.

2. Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndoles que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno.

3. Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos.

Artículo 56

1. En los **escritos de demanda y de contestación** se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración.

b. 4. Medidas cautelares

Artículo 129

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

b. 5. Costas procesales

Artículo 139

1. En primera o única instancia el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad.

2. En las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

2.bis. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima.

3. Para la exacción de las costas impuestas a particulares, la Administración acreedora utilizará el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario.

4. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal.

5. Las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b. 6. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales

Referencia a esta vía especial en la Exposición de motivos de la ley

4. De los recursos ... Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la Sentencia-- de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico.

La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos.

Artículo 114

1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este Capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley.

2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado.

3. A todos los efectos la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.

Artículo 115

1. El plazo para interponer este recurso será de diez días que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente.

2. En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

...

Artículo 119

Formalizada la demanda, se dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presenten sus alegaciones en el plazo común e improrrogable de ocho días y acompañen los documentos que estimen oportunos.

Artículo 120

Evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, con arreglo a las normas generales establecidas en la presente Ley, y sin perjuicio de lo

dispuesto en el artículo 57. El período probatorio no será en ningún caso superior a veinte días comunes para su proposición y práctica.

Artículo 121

1. Concluidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días.

2. La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

3. *Contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo procederá siempre la apelación en un solo efecto.*

Artículo 122

1. En el caso de prohibición o de propuesta de modificación de **reuniones previstas en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Reunión** que no sean aceptadas por los promotores, éstos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal competente. **El recurso se interpondrá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación**, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, con el objeto de que ésta remita inmediatamente el expediente.

2. El Tribunal, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que éstos designen como representante a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso.

3. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas.

b. 7. Recursos posibles

SECCION 2.^a

Recurso ordinario de apelación

Artículo 81

1. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a) Aquellos cuya cuantía no exceda de tres millones de pesetas.
- b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8.4.

2. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:

a) Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.

b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones Públicas.

d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

SECCION 3.^a

Recurso de casación

Artículo 86

1. Las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior:

a) Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de veinticinco millones de pesetas, excepto cuando se trate del **procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales**, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.

c) Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de **reunión** a que se refiere el artículo 122.

d) Las dictadas en materia electoral.

3. Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general.

2. Garantías supranacionales

2. 1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. **¿Cuántos jueces componen el TEDH? ¿Quién los nombra? ¿Son independientes?**
2. **¿En general, qué órgano admite o no una demanda ante el TEDH? ¿Es un órgano judicial?**
3. **¿Quién controla la ejecución de las sentencias del TEDH? ¿Crees que el sistema asegura la correcta ejecución? (ver también art. 46)**
4. **¿Puede acudir al TEDH porque se le ha vulnerado el artículo 14 de la Constitución, esto es, el derecho de igualdad?**
5. **¿Si consigues una sentencia estimatoria del TEDH, se anula la última sentencia española en la que no te dieron la razón?**
6. **¿Resulta necesario acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional antes de acudir al TEDH?**
7. **El Tribunal Constitucional me inadmitió del recurso de amparo por falta de contenido constitucional de la demanda, o por falta de trascendencia del supuesto ¿puedo acudir luego al TEDH?**

8. El Tribunal Constitucional me inadmitió del recurso de amparo por no haber agotado la vía previa ¿puedo acudir luego al TEDH?
9. ¿Puedo formular la demanda por correo postal? ¿y por e-mail? ¿hace falta ir a Estrasburgo?
10. ¿Es necesario abogado para acudir al TEDH? ¿Qué idiomas pueden exigirme?
11. Quiénes pueden formular una demanda individual contra un Estado (Art. 34). ¿Hace falta ser ciudadano del Estado, o de uno de los Estados miembros del CEDH?
12. ¿A la vista del artículo 34 CEDH, crees que es necesario que el incumplimiento del Convenio por el Estado sea necesariamente en su territorio?
13. ¿Crees posible una demanda frente a una presunta lesión de derechos del Convenio en un acto o norma procedente de la Unión Europea?
14. ¿Cuándo puedo demandar a un Estado parte por vulneración de los derechos del Convenio? ¿con qué plazos? ¿desde cuándo?
15. ¿Crees posible que se admita una demanda ante el TEDH si he presentado un supuesto similar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, o ante el Defensor del Pueblo Europeo?
16. Observas algo llamativo respecto del número de casos resueltos por el TEDH.
17. Del formulario de demanda ante el TEDH, fije en especial su atención en lo relativo a la exposición de las violaciones del Convenio...

A) Algunas explicaciones sobre el TEDH

Un único Tribunal Europeo de Derechos Humanos...⁵³

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es ahora directamente accesible a los individuos y su competencia es vinculante para todos los Estados contratantes. Funciona permanentemente, se ocupa de todas las fases preliminares y emite sentencias.

El Tribunal se compone de un número de jueces igual al de los Estados contratantes. Los gobiernos proponen una terna de candidatos a la Asamblea Parlamentaria que elige por mayoría absoluta entre éstos (habitualmente al primero de los propuestos). Tienen garantizado el estatuto de independencia.

⁵³ 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

1. Los Jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante.

Los asuntos que no tienen ninguna posibilidad de éxito, tras ser filtrados, son retirados del sistema en una fase inicial por decisión unánime del Tribunal reunido en comité de tres jueces. En la mayoría de los casos, el Tribunal se reúne en cámara de siete jueces. Si a continuación las demandas son admitidas, la cámara se pone a disposición de las partes para llegar a un arreglo amistoso. Si no es posible, la cámara emite un dictamen.

En casos excepcionales, por ejemplo una demanda que plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio, el asunto puede ser enviado a una gran cámara de diecisiete jueces, bien sea por una cámara antes de la decisión, o por una de las partes dentro de los tres meses siguientes a la sentencia emitida por una de las cámaras. Las sentencias de las cámaras son definitivas al cabo de tres meses y las de la gran cámara lo son inmediatamente. Las sentencias del Tribunal son vinculantes para los Estados.

El Comité de Ministros controla la ejecución de las sentencias del Tribunal en caso de violación. Asegura que los Estados adopten las medidas generales (modificación de la legislación, de la jurisprudencia, de reglamentos o de prácticas) necesarias para evitar nuevas violaciones. También se asegura del pago de la indemnización equitativa concedida por el Tribunal al demandante y en ciertos casos, el establecimiento de medidas concretas que garantizan una indemnización completa (reabrir un procedimiento, levantar una orden de exclusión o de confiscación, borrar antecedentes penales, conceder un permiso de residencia, etc.).

B) Elementos procesales ante el TEDH

REGLAS PROCEDENTES DE LOS DOCUMENTOS “NOTA EXPLICATIVA” ELABORADOS POR EL TRIBUNAL

El Tribunal solamente tiene competencia para examinar reclamaciones relativas a los derechos enumerados en el Convenio y Protocolos. No es un tribunal de apelación de tribunales nacionales y no puede anular ni modificar sus decisiones. El Tribunal tampoco puede intervenir a favor de Ud. ante la autoridad contra la que reclama los derechos enumerados en el Convenio y Protocolos. No es un tribunal de apelación de tribunales nacionales y no puede anular ni modificar sus decisiones. El Tribunal tampoco puede intervenir a favor de Ud. ante la autoridad contra la que reclama

... Antes de dirigirse al Tribunal, Ud. debe haber agotado en el Estado contra el que recurre todos los recursos internos, incluida la última instancia, que hubieran permitido reparar el agravio causado; si no, deberá demostrar que esos recursos no podían ser eficaces. Ud. deberá, por tanto, haber acudido primero ante la jurisdicción interna, incluida la jurisdicción superior competente, ante la cual deberá haber sometido, al menos sustancialmente, los agravios que ahora desea Ud. someter al Tribunal.

8. En el ejercicio de los recursos internos, Ud. deberá haber respetado las normas de procedimiento nacionales, especialmente en lo referente a los plazos. Si, por ejemplo, su recurso ha sido rechazado por haberlo interpuesto fuera de plazo o por defecto de forma, el Tribunal no podrá examinar el asunto.

13. El Tribunal no puede recibir demandas por teléfono o vía e-mail si no va seguido de una confirmación por vía postal; es inútil desplazarse a Estrasburgo para exponer su caso personalmente de forma verbal.

21 ... Para el depósito de la queja inicial, su representante eventual no debe ser necesariamente un abogado. Pero, para las posteriores fases del proceso, el representante del demandante sí deberá ser, excepto que medie una dispensa especial, un abogado habilitado para ejercer como tal en un Estado que haya ratificado el Convenio. Además, este abogado deberá tener conocimiento, al menos de forma pasiva, de alguno de los idiomas oficiales del Tribunal (inglés y francés).

La instrucción de su caso es gratuita.

¿Cómo dirigirse al Tribunal? 12. Los idiomas oficiales del Tribunal son el inglés y el francés. No obstante, Ud. puede dirigirse igualmente en uno de los idiomas oficiales de alguno de los Estados que hayan ratificado el Convenio En la medida de lo posible, escriba a máquina. De lo contrario, se ruega una escritura legible.

CEDH:

Artículo 32. Competencia del Tribunal.

1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47.

2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma.

Artículo 33. Asuntos entre Estados.

Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante.

Artículo 34. Demandas individuales

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Artículo 35. Condiciones de admisibilidad.

1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.

2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del artículo 34, cuando:

Sea anónima, o

Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.

3. El Tribunal considerará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en aplicaci3n del art3culo 34 cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

4. El Tribunal rechazar3 cualquier demanda que considere inadmisibile en aplicaci3n del presente art3culo. Podr3 decidirlo as3 en cualquier fase del procedimiento.

Art3culo 46. Fuerza obligatoria y ejecuci3n de las sentencias.

1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2. La sentencia definitiva del Tribunal ser3 transmitida al Comit3 de Ministros, que velar3 por su ejecuci3n,

C) N3meros de casos resueltos por el TEDH

(elaboraci3n propia a partir de datos de HUDOC)

| | |
|------------------------------|------------------|
| Desde creaci3n hasta 1970 | 9 casos |
| Desde 1971 hasta 1980 | 29 casos |
| Desde 1980 hasta 1990 | 169 casos |
| <i>Desde 1981 hasta 1985</i> | <i>58 casos</i> |
| <i>Desde 1986 hasta 1990</i> | <i>111 casos</i> |
| Desde 1990 hasta 2000 | 809 casos |
| 1990 | 30 casos |
| 1991 | 72 casos |
| 1992 | 81 casos |
| 1993 | 60 casos |
| 1994 | 50 casos |
| 1995 | 56 casos |
| 1996 | 72 casos |
| 1997 | 105 casos |
| 1998 | 106 casos |
| 1999 | 177 casos |
| Desde 2000 | |
| 2000 ⁵⁴ | 695 |
| 2001 | 888 |
| 2002 | 844 |
| ... | |
| A3o 2003 media a3o | 641 casos |
| 2003 enero | 56 |

⁵⁴ Seg3n memoria anual SUBJECT-MATTER OF JUDGMENTS DELIVERED BY THE COURT IN 2000, igual en 2001, 2002.

| | | |
|------|------------|----|
| 2003 | febrero | 53 |
| 2003 | marzo | 23 |
| 2003 | abril | 88 |
| 2003 | mayo | 41 |
| 2003 | junio | 65 |
| 2003 | julio | 86 |
| 2003 | septiembre | 29 |
| 2003 | octubre* | 84 |

| | |
|--|-------------|
| Número total de casos resueltos hasta el año 1990 | 207 |
| Número total de casos resueltos hasta el año 2000 | 1016 |
| Número de casos resueltos hasta octubre de 2003 | 3931 |
| (Casos en los que España era parte, 38, +/- 1%) | |

Base de datos de Jurisprudencia del TEDH: hudoc Sólo en inglés o francés, pero muy buena base de datos con muchos sistemas de búsqueda para reducir y optimizar resultados.

<http://www.echr.coe.int/Hudoc.htm>

guía muy útil en

http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/hudoc-en/Help/ECHR_Portal_User_Manual.pdf

D) Formulario de demanda ante el TEDH

(extraída de formulario original y complementada con algunos datos de los documentos “Nota explicativa” elaborados por el propio tribunal)

Es obligatorio según el reglamento, seguir el formulario de demanda.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Conseil de l'Europe – Council of Europe - Consejo de Europa

Strasbourg, France - Estrasburgo, Francia

REQUÊTE

APPLICATION

DEMANDA

Presentada en aplicación del artículo 34 del Convenio europeo de Derechos Humanos y de los artículos 45 y 47 del Reglamento del Tribunal

I. LAS PARTES

A. EL DEMANDANTE / LA DEMANDANTE

(Informaciones sobre el / la demandante y su representante si procede)

1. Surname / Apellido(s) First name (s) / Nombre(s)

Sexo: Hombre / mujer

3. Nacionalidad / Profesión
5. Fecha y lugar de nacimiento
6. Domicilio
7. Tel.
8. Domicilio actual (si diferente de 6.)
9. Nom et prénom du / de la représentant(e)*
Apellido(s) y nombre(s) del / de la representante*
10. Profesión del / de la representante
11. Domicilio del / de la representante
12. Tel. N° Fax
N°

B.

LA ALTA PARTE CONTRATANTE

(Indicar el nombre del (o de los) Estado(s) contra el cual (o los cuales) se presenta la demanda)

II. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

III. EXPOSICIÓN DE LA(S) VIOLACIÓN(ES) DEL CONVENIO Y / O DE SUS PROTOCOLOS ALEGADAS, ASÍ COMO DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASE

ATENCIÓN SEGÚN “NOTA EXPLICATIVA”:

En esta sección, se ruega que explique con la mayor precisión posible, cuáles son sus quejas en relación con el Convenio. Indique asimismo los artículos del Convenio en los que usted se basa y explique por qué considera que los hechos descritos en la sección II constituyen una violación de dichos artículos. Como habrá advertido, determinados artículos del Convenio permiten, bajo ciertas condiciones, algunas ingerencias en el ejercicio de los derechos que garantizan (véase, por ejemplo, los apartados (a) a (f) del artículo 5 párrafo 1, así como el párrafo segundo de los artículos 8 a 11). Si usted invoca alguno de estos artículos, explique por qué razón estima que la ingerencia de que se queja no estaba justificada.

IV. EXPOSICIÓN RELATIVA A LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 35 § 1 DEL CONVENIO

(Ver capítulo IV de la nota explicativa. Facilitar para cada agravio, mediante hoja separada si necesario, las informaciones solicitadas en los apartados 16 a 18 que siguen)

16. Decisión interna definitiva (fecha y naturaleza de la decisión, órgano judicial u otro que la ha dictado)

17. Otras decisiones (citadas por orden cronológico indicando, para cada una, su fecha, su naturaleza y el órgano judicial u otro que la ha dictado)

18. Disponía el / la demandante de un recurso que no ha ejercitado ? En caso afirmativo, qué recurso y por qué no lo ha ejercitado ?

V. EXPOSICIÓN DEL OBJETO DE LA DEMANDA

VI. DECLARACIÓN EN RELACIÓN CON OTRAS INSTANCIAS INTERNACIONALES QUE ESTÉN CONOCIENDO O HAYAN CONOCIDO DEL CASO

Sírvase indicar si el / la demandante ha sometido ante otra instancia internacional de investigación o de resolución los agravios alegados en la presente demanda. En caso afirmativo, se ruega facilitar toda información pertinente al respecto.

VII. LISTA DE DOCUMENTOS APORTADOS (APORTAR SÓLO FOTOCOPIAS,NO DOCUMENTOS ORIGINALES,

VIII. DECLARACIÓN Y FIRMA

Declaro en conciencia y con lealtad que las informaciones que constan en el presente formulario de demanda son exactas.

Lugar

Fecha.....

(Firma del / de la demandante o de su representante)

2. 2. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y UNIÓN EUROPEA

- 1. Eres constructor de cabinas de camiones. Crees posible impugnar un reglamento de la Comunidad Europea que te obliga a dejar de construir tu modelo si crees que este reglamento vulnera un derecho fundamental. Por qué vía y ante quién.**
- 2. Eres mujer, consideras discriminatorio un convenio colectivo recién aprobado y publicado que se te ha aplicado. Acudes a los tribunales. Consideras posible plantear una cuestión prejudicial? ¿Ante quién? ¿Qué factores consideras oportunos para valorar si es conveniente? ¿Podrías plantear una cuestión de constitucionalidad? ¿Ante quién?**
- 3. En aplicación de las políticas de cooperación policial y judicial, sabes que existe una base de datos policiales que comparten diversos estados de la Unión. Crees que pueden estar manejando datos tuyos, quieres saberlo ejerciendo tu derecho de acceso. Te es denegado. ¿En general, puedes acceder al Tribunal de Justicia frente a tal denegación?**
- 4. Consideras contraria a los derechos fundamentales una decisión del Consejo de la Unión en el marco de la política exterior y de seguridad común que prima la colaboración con la dictadura cubana. ¿Cabe algún recurso jurisdiccional?**

No puede ser objeto de atención concreta lo relativo a la protección jurisdiccional en el ámbito de la Unión Europea. A los conocimientos exigibles en el ámbito del Derecho comunitario y el acceso a los tribunales comunitarios hay que proyectar la hipótesis de lesión de un derecho fundamental, principio general del Derecho comunitario.

No hay que dejar de olvidar el activismo histórico del TJCE para la protección de los derechos fundamentales, pues de hecho, ha sido el detonante de su reconocimiento expreso en los tratados.

A) Revisión jurisdiccional de decisiones y normas de la Comunidad Europea

Por cuanto a las posibilidades de alegación de derechos fundamentales en recursos directos frente a decisiones y normas de la Comunidad Europea (Primer Pilar), se puede dar, obviamente en todos sus tipos (incumplimiento, omisión, indemnización, casación, etc.).

a. 1. La vía del recurso directo

No obstante, el interés suele concentrarse en la posibilidad de que un individuo pueda plantear un recurso directo si se considera lesionado –en sus derechos fundamentales- por una decisión o norma general. En este punto, el artículo 230 TJCE dispone que “Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida o otra persona, le afecten directa e individualmente..” Así las cosas, la atención se centra en la consideración de ser destinatario a quien afecta directa e individualmente la medida de que se trate. La situación jurisprudencial y doctrinal es muy conflictiva, al punto de que la sentencia de 25 de agosto de 2002 del TJCE recordó la necesidad de regulación específica en razón de la tutela efectiva. No obstante, el Tratado Constitucional no dio solución al respecto (pese a la mención de la tutela efectiva en el artículo I-29, la regulación en el artículo III-365 no es del todo concluyente al hablar de “posible recurso frente a los actos reglamentarios que le afecten directamente y no incluyan medidas de ejecución.”).

Dicho recurso directo se plantearía, en principio, ante el Tribunal de Primera Instancia (ex art. 225 TCE) en el plazo de dos meses desde la decisión o norma lesiva de un derecho fundamental (ex art. 230).

a. 2. La cuestión prejudicial

El otro gran foco de atención cuando se trata de derechos fundamentales en el Derecho de la Comunidad Europea ha sido la vía de la cuestión prejudicial. De hecho, la cuestión prejudicial ha sido un instrumento básico para el reconocimiento de los principios generales del Derecho comunitario y en especial de los derechos fundamentales.

Como es sabido, en virtud del artículo 234 del TCE “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.” Y si se trata de un tribunal “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno” es obligatorio su planteamiento al Tribunal de Justicia.

Se trata de una vía nada desdeñable de protección de derechos fundamentales en determinadas áreas y de posible interés de invocar para los actuantes, según el caso. Así, puede ser una vía útil ante la posibilidad muy incierta de éxito si se sigue el Derecho nacional, frente al Derecho comunitario, o ante la duda de que el Derecho comunitario que se ha de aplicar –y que los tribunales nacionales en principio no controlan- sea contrario a los derechos fundamentales. Debe tenerse, obviamente, en cuenta, el retraso que provocaría en el proceso al haber de esperar la resolución por el TJCE.

Lo anterior tiene su sentido cuando se hace referencia a la Comunidad Europea. Es precisa una mera aproximación a los otros dos pilares.

B) Revisión judicial en políticas de cooperación policial y en política exterior y de seguridad

La revisión judicial de la lesión de derechos fundamentales en el marco de la Política exterior y de seguridad común será prácticamente inviable en vía jurisdiccional (con alguna excepción por ejemplo en el ámbito del derecho de acceso a la documentación o en el ámbito de la responsabilidad patrimonial).

En el marco de la política de cooperación policial y judicial en materia penal (tercer pilar), las posibilidades de fiscalización jurisdiccional están aún muy limitadas por el Tratado de la Unión (art. 35 TUE). Los Estados miembros pueden permitir cuestiones prejudiciales en esta materia con determinados requisitos, si bien, y en todo caso, el TJCE “no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.”

Por cuanto al acceso a la jurisprudencia comunitaria, la posterior a 1997 es muy sencilla de localizar en la base de datos del TJCE

EN <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>
(acceda fácilmente por “derecons”)

SÉPTIMO. DERECHOS DEL ARTÍCULO 15

En el artículo 15 se reconocen diversos derechos de esencial interés: vida, integridad, no sufrir torturas. Mediante las sentencias siguientes se puede observar la concurrencia de estos derechos entre sí y con otros (como el artículo 18, por ejemplo), así como el interés que tiene percibir que el único derecho que no puede quedar sometido a ningún tipo de límite es el derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes. Es importante que el alumno perciba el diferente tratamiento jurídico de este derecho respecto de los demás (los “pasos” son diferentes).

La sentencia caso GRAPO es un buen ejemplo de cómo seguir un mismo hecho cuestionado bajo muy diferentes derechos.

De otra parte, la sentencia del aborto, bien compleja, resulta especialmente útil para captar la diferente protección constitucional que es un derecho subjetivo y la dimensión objetiva de éste, y el “juego” que ello da a la hora de abordar problemas jurídicos de envergadura.

Ya iniciado en materia y en la lectura de sentencias, las 215/1994 (esterilización deficientes) y la 57/1994 (registros carcelarios), en especial ésta última, son un buen ejemplo de cómo aplicar los pasos, con especial incidencia de unos y otros parámetros (alternativa menos gravosa, finalidad de la medida admisible pero no proporcional, etc.)

1. Severo escrutinio para juzgar el uso de armas contra terroristas. Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso McCann y otros contra el Reino Unido Artículo 2 (Derecho a la vida) Sentencia de 27 de septiembre de 1995

Fija los hechos y previamente a la lectura del extracto del resumen de la sentencia, efectúa un juicio de constitucionalidad del supuesto. ¿Cómo consideras el análisis de la actuación de los cuerpos de seguridad a la vista del TEDH?

Tres ciudadanos británicos e irlandeses el 6 de marzo de 1988 fueron abatidos por balas en Gibraltar por miembros del Special Air Service (las «SAS»), regimiento de la armada británica. Dos días antes las autoridades británicas, españolas y gibraltareñas ya tenían conocimiento de que el IRA provisional planeaba perpetrar un atentado terrorista en Gibraltar con coche-bomba, accionado probablemente por control remoto. Se pretendía arrestar a los miembros de la unidad una vez que hubiesen introducido el coche en Gibraltar, lo que permitiría reunir las pruebas para el juicio subsiguiente. No obstante, se consideraba a los miembros de la unidad como peligrosos terroristas que estarían con toda probabilidad armados y que, si se enfrentaban a la fuerzas de seguridad, estarían dispuestos a utilizar las armas o hacer explotar la bomba. Observando el lugar donde el coche se encontraba aparcado se decidió arrestar a los tres sospechosos. Cuando el señor McCann se dio la vuelta, uno de los agentes desenfundó

su arma y le dio orden de detenerse. El señor MacCann se llevó la mano a un lado; la señorita Farrell hizo un brusco movimiento hacia su bolso. Los militares dispararon varias veces a quemarropa, matando a estos dos sospechosos. Otros dos militares siguieron al tercero, que se dio la vuelta bruscamente para hacer frente a sus dos perseguidores. Uno de ellos le ordenó detenerse y desenfundó su arma. El señor Savage avanzó la mano hacia la cadera. Temiendo que estuviera buscando el mando a distancia, los militares le dispararon varias veces a quemarropa, fue abatido.

No se encontraron en los cuerpos de los tres sospechosos ni armas ni detonadores. El coche que el señor Savage había aparcado reveló no contener ningún artefacto explosivo ni bomba. No obstante, otro vehículo alquilado por uno de ellos, descubierto posteriormente por la policía española en Marbella, contenía un artefacto explosivo consistente en 64 kg. de Semtex, entre 200 cartuchos con dos minuterros.

1. Aproximación general

[...] El recurso a la fuerza debe ser considerado como «absolutamente necesario» para alcanzar uno de los objetivos mencionados en los apartados a), b) y c).

El Tribunal declara que debe examinar de forma extremadamente atenta los casos en los que se provoca la muerte, si se hace un uso deliberado de la fuerza mortífera, tomando en consideración no solamente los actos de los agentes del Estado sino también las circunstancias del caso, sobre todo la preparación y el control de los actos en cuestión. [...]

El Tribunal pone de manifiesto que, en su examen a la luz del artículo 2 del Convenio, debe recordar que la información transmitida a las autoridades británicas situaba a éstas ante un cruel dilema. Por un lado, tenían el deber de proteger la vida de los habitantes de Gibraltar, incluida la de los militares británicos que se encontraban allí, y de otra parte, en virtud de sus obligaciones derivadas del Derecho interno e internacional, debían también reducir al mínimo el recurso a la fuerza mortífera contra los sospechosos. [...]

El Tribunal admite que los militares pensaron de buena fe, teniendo en cuenta las informaciones que habían recibido, que era necesario disparar a los sospechosos para impedir que accionasen la bomba y que causasen así importantes pérdidas de vidas humanas. Por tanto, acometieron sus actos, obedeciendo de esta forma a las órdenes dictadas por sus superiores, considerándolas como absolutamente necesarias para proteger unas vidas inocentes.

El Tribunal considera que el recurso a la fuerza por parte de los agentes del Estado para alcanzar uno de los objetivos señalados en el apartado 2 del artículo 2 puede justificarse a la luz de dicha disposición cuando se fundamenta en una convicción considerada de buena fe, atendiendo a buenas razones, válida en la época en que se sucedieron los acontecimientos pero que posteriormente se ha revelado errónea.

Teniendo en cuenta el dilema al que se enfrentan las autoridades en este caso concreto, las acciones de los militares en sí mismas no son suficientes para dar lugar a una violación del artículo 2. [...]

Según el Tribunal, parece que no se tuvieron en cuenta suficientemente otras hipótesis. Por ejemplo, al prever el atentado solamente para el día 8 de marzo, en el momento de la ceremonia del cambio de guardia, era igualmente posible que los tres terroristas se encontraran en misión de reconocimiento. Por otro lado, se podría haber considerado como poco probable que los sospechosos estuvieran dispuestos a hacer estallar la bomba, y provocar de esta manera la muerte de numerosos civiles, en tanto que dos de ellos se dirigieran hacia la zona fronteriza, ya que por ese lugar aumentaban las posibilidades de ser reconocidos y capturados. Igualmente podía haberse percibido como poco verosímil que hubieran puesto en marcha en ese momento la emisora de

radio, para de esta manera poder hacer explotar la supuesta bomba inmediatamente, como medida de precaución en caso de choque con la policía. [...]

Asimismo, a este respecto, resulta inquietante pensar que el indicio por el que se sospechaba de la presencia de una bomba haya sido presentado como una certeza ante los militares. [...]

Según el Tribunal, es necesario tener en cuenta, relacionándolos, esta ausencia de un margen de error y el entrenamiento de los propios militares para que una vez el fuego abierto continuasen disparando hasta la muerte. [...]

...para cumplir con su obligación de respetar el derecho a la vida de los sospechosos, las autoridades deberían haber evaluado con la mayor prudencia las informaciones que tuvieran en su poder antes de transmitir las a los militares que, en el momento que utilizan armas de fuego, tiran automáticamente a matar.

El acto reflejo de los militares en este punto vital no fue acometido tomando todas las precauciones posibles en lo relativo al manejo de las armas que por derecho podemos esperar de los responsables en la aplicación de las leyes en una sociedad democrática, incluso cuando nos encontramos ante peligrosos terroristas.

Esta negligencia por parte de las autoridades indica igualmente una falta de precauciones en la organización y el control de la operación de arresto.

En resumidas cuentas, en atención a la decisión de no impedir a los sospechosos la entrada en Gibraltar, a la insuficiente posición de las autoridades ante la posibilidad de error en sus apreciaciones en materia de informaciones, al menos en algunos aspectos, y al recurso automático a la fuerza mortífera cuando los militares abrieron fuego, el Tribunal no está convencido de que la muerte de los tres terroristas haya sido el resultado de un recurso a la fuerza considerado absolutamente necesario para garantizar la defensa de los demás contra la violencia ilegal, en el sentido del artículo 2.2.a) del Convenio.

Por tanto, ha habido violación del artículo 2 del Convenio.

2. Sentencia 120/1990, caso huelga de hambre de los GRAPO (vida, integridad, límites, etc.)

Resulta de interés que a la hora de seguir la sentencia conforme las preguntas que se hacen, tenga en mente los “pasos” y estime si la sentencia los sigue.

- 1. Fije el acto recurrido, según se expone en el FJ 2º (Auto de 15 de febrero).**
- 2. ¿Desglose qué derechos (fundamentales) son los que invocan? (FJ 2) ¿Cuáles de tales derechos son los que proceden en el marco de un recurso de amparo? (art. 53. 2 CE). (FJ 5º)**
- 3. Observa si el tribunal considera o no que la dignidad de la persona es un derecho fundamental (FJ 4º in fine)**
- 4. Observa cómo el tribunal señala que la cuestión trasciende lo jurídico, pero que lo van a resolver sólo “jurídicamente” (FJ 5)**

5. **Observa dónde el tribunal fija cuál es el objeto procedente del recurso. (FJ 6º, inicio).**
6. **Con carácter previo, fija tu atención en qué se dice de las “relaciones de especial sujeción” y cómo afectan al presente caso (FJ 6º).**
7. **Lee y subraya el párrafo contenido en el FJ 8º que comienza por “A tal fin...” Intenta tenerlo presente respecto de todos y cada uno de los derechos que se analizan en la sentencia.**
8. **Respecto del derecho a la vida: ¿cómo afecta el hecho de que se trate de una cárcel? ¿Hay derecho a morir para el TC? ¿Es lo mismo que uno pueda suicidarse a tener un derecho a morir? (FJ 7 y 8º). Observe lo que se dice en los votos particulares al respecto, en particular en el segundo de ellos.**
9. **¿Según lo dicho por el tribunal, si el que hace huelga de hambre no estuviera en la cárcel, qué crees que sucedería?**
10. **¿Qué se dice desde la perspectiva del derecho a la integridad física y moral (FJ 8)? Observa el seguimiento de los “pasos” al respecto del análisis desde este derecho.**
11. **Desde la perspectiva del derecho a no sufrir torturas: ¿Qué normativa tiene en cuenta el tribunal? (Ff 9º) Crees que en este derecho el tribunal hace un análisis de la proporcionalidad de la medida y los “pasos” para analizar si el límite es admisible ¿por qué?**
12. **¿Qué se dice desde la perspectiva de la libertad ideológica? En este caso, cómo crees que aplica los “pasos” el tribunal, consideras que llega a analizar la proporcionalidad de la medida, ¿por qué? (FJ 10º).**
13. **¿Qué se dice desde la perspectiva de la libertad personal, en particular, qué dice de la “libertad a secas”? (FJ 11º). Tenga muy presente lo dicho a este respecto al igual que respecto del artículo 10.1º**
14. **¿Qué se dice desde la perspectiva de la intimidad personal? ¿se llega a analizar la proporcionalidad? Por qué (FJ 12º).**

II. Fundamentos jurídicos

2. Resuelta esta cuestión, procede, a continuación, centrar el objeto de la presente demanda. De lo alegado en la demanda y de lo que consta en las actuaciones remitidas se desprende que los recurrentes que cumplen condena en el Centro Penitenciario de Preventivos Madrid-2, se encuentran actualmente ingresados en Centros Hospitalarios de esta capital, a resultas de su negativa a ingerir alimentos adoptada con el fin de obtener de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que disponga la concentración en un único establecimiento de los reclusos que, como los demandantes, pertenezcan a los autodenominados «Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre» («GRAPO»).

La resolución judicial frente a la que se impetra el amparo constitucional es el Auto de 15 de febrero de 1990, por el que la Audiencia Provincial de Madrid revoca lo acordado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de la misma capital en el expediente 40/90, que no fue impugnado por los recurrentes de amparo, declarando «el derecho-deber de la Administración penitenciaria de suministrar asistencia médica,

conforme a criterios de la ciencia médica, a aquellos reclusos en “huelga de hambre” una vez que la vida de éstos corra peligro, lo que se determinará, previos los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente determine, y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto persiste su estado de determinarse libre y conscientemente».

En la demanda de amparo se pide al Tribunal Constitucional que «declare las infracciones de los arts. 1, 16.1, 17.1, 18.1, 9.2, 24.1, 25.2, 10.1 y 15 de la Constitución, y art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales de Roma, y art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cometidos en el mencionado Auto, determinando la nulidad del mismo, y ordene a la Administración penitenciaria a que cese de alimentar a los presos del PCE(r) y GRAPO de forma forzosa, y que les restablezcan los derechos violados, reunificándolos junto con sus compañeros en una misma prisión y en las mismas condiciones de vida digna que tenían antes de ser dispersados».

3. A la vista de estos datos y para fijar con precisión lo que aquí se ha de resolver, se imponen con carácter previo algunas precisiones iniciales sobre el objeto de este proceso.

Conviene así advertir, en primer término, que, aun cuando en la demanda se interese que de forma autónoma se declare la violación de los arts. 10.1 PIDCP, 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y 3 CEDH, no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, per se, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 C.E. y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 C.E. deban tales preceptos ser interpretados «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Igualmente, debe señalarse que, ante la súplica de que este Tribunal, declarando la nulidad del Auto impugnado, ordene a la Administración penitenciaria que restablezca a los recurrentes en los derechos violados reunificándoles junto con sus compañeros en una misma prisión en las mismas condiciones de vida digna que tenían antes de ser dispersados, ha de delimitarse y, por consiguiente, ceñirse de nuevo el objeto del recurso de amparo. Desde la perspectiva del debate procesal previo, sustrato lógico de toda demanda de garantías constitucionales, el Auto recurrido tan sólo decide sobre el tratamiento médico forzoso de los actores, cuando corra peligro la vida de éstos, pero nada resuelve sobre su eventual concentración en un Centro penitenciario, de modo que, ni aun de anularse conforme a lo solicitado, la resolución judicial atacada habría razón alguna para que, per saltum, este Tribunal se pronunciase en una cuestión que no se ha ventilado previamente en la vía judicial de la que el recurso de amparo trae causa.

Por último, ha de repararse en que si bien se pide de este Tribunal que «ordene a la Administración penitenciaria a que cese de alimentar a los presos del PCE(r) y GRAPO de forma forzosa», ello se deduce frente a una resolución judicial que no se ciñe a autorizar a la Dirección del Centro penitenciario en el que los recurrentes cumplen condena a disponer el recurso de alimentación forzosa como única medida a aplicar en la situación creada por la huelga de hambre, sino que, antes al contrario, tiene un contenido más amplio, pues establece el «derecho-deber» de prestar asistencia médica a los internos, y, para el caso de que dicha asistencia conlleve la alimentación por vía bucal, el respeto a la voluntad mientras permanezcan en «estado de determinarse libre y conscientemente».

En suma, el objeto del presente recurso de amparo queda circunscrito a la compatibilidad con los arts. 1.1, 9,2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 C.E. de la resolución judicial que, ante la negativa a ingerir alimentos, manifestada por los internos recurrentes en reivindicación de la concentración en un mismo establecimiento penitenciario de los reclusos pertenecientes a los GRAPO, autoriza y obliga a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto ello implique la alimentación de los internos en contra de su voluntad.

4. De acuerdo con los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, el recurso de amparo se ha configurado para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 C.E., además de la objeción de conciencia a que se refiere el art. 30, pero no para «la preservación de principios o normas constitucionales» (ATC 651/1985, fundamento jurídico 6.º). Esta limitación objetiva del proceso de amparo permite a limine segregar, por ser ajenas al mismo, al menos tres de las nueve supuestas infracciones constitucionales que se denuncian en la demanda.

Es el caso, en primer lugar, de la presunta vulneración del art. 1.1 C.E., en cuanto consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Es indudable que muchos de los derechos fundamentales y libertades públicas tutelables en amparo son proyecciones del valor libertad, pero sólo estas proyecciones concretas crean derechos amparables en esta vía procesal.

Tampoco procede examinar, por parecidas razones, si la resolución judicial recurrida -como se asegura en la demanda, aunque en nada se argumente- es contraria o se aviene a lo dispuesto en el art. 9.2 C.E. Este precepto, al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, refleja la dimensión social del Estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo.

Y, finalmente, otro tanto cabe decir en relación con la supuesta infracción, por violación de la dignidad de la persona, del art. 10.1 C.E. En efecto, que de acuerdo con este precepto, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, «fundamento del orden político y de la paz social», no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad. de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad.

Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (sentencia 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP; 3.1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP]-, constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en

consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.

5. Descartada, por las razones expuestas, la contrastación aislada de la resolución judicial que se impugna con lo dispuesto en los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 C.E., conviene señalar además, con el objetivo de centrar nuestro enjuiciamiento, que el examen de las presuntas infracciones de los arts. 24.1 y 25.2 C.E. queda condicionado a la previa apreciación de alguna, o todas, de las otras cuatro violaciones constitucionales que se denuncian en la demanda, respecto de las que la de los arts. 24.1 y 25.2 serían, dados los términos -apenas si esbozados- de la queja de los actores, claramente ancilares.

En efecto, de seguir a los demandantes, parece que el art. 24.1 C.E. habría sido vulnerado al no haberse protegido en la resolución impugnada los derechos fundamentales a cuyo ejercicio anudan los recurrentes la facultad de oponerse, en tanto mantengan su negativa a alimentarse o ser alimentados, a una intervención médica practicada con el empleo de medios coercitivos y, asimismo, el art. 25.2 habría sido transgredido al haberse limitado de modo exorbitante tales derechos. De este modo, sin esfuerzo se comprende que sólo si alguno, o todos, de esos derechos se estima menoscabado, tendrá algún sentido determinar si ello redundaría en la vulneración de los arts. 24.1 y 25.2 C.E.

Procede, pues, verificar si la resolución judicial recurrida ha causado vulneración de alguno o algunos de los derechos garantizados por los arts. 15, 16.1, 17.1 y 18.1 de la Constitución; verificación que debe realizarse, pues nos hallamos frente a un recurso de amparo, de manera ceñida al concreto contenido de dicha resolución judicial y a las peculiares circunstancias que singularizan la situación vital y jurídica en la que ésta se ha producido, cuidando, por tanto, de limitar nuestras consideraciones de alcance genérico o aquellas que se evidencien necesarias para la decisión del concreto problema que aquí se plantea con el fin de evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos del presente, que quizás requieran diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquéllos se susciten.

Por otro lado, debemos destacar de manera expresa que la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana. En tan vasto campo del pensamiento, nuestro enjuiciamiento, teniendo siempre en cuenta esa trascendencia axiológica del problema, no puede estar dirigido más que por aquellos criterios jurídicos constitucionales que nos lleven a encontrar si la resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución, ateniéndonos, según dejamos dicho, al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden y siendo plenamente conscientes de los límites intrínsecos del Derecho.

6. La cuestión consiste en determinar, desde la perspectiva de los referidos derechos fundamentales, la licitud constitucional de una resolución judicial que ordena a la Administración penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y en especial alimentar incluso contra su voluntad a los recurrentes cuando, como consecuencia de la huelga de hambre que siguen, se vea en peligro su vida, aunque excluyendo en todo caso la alimentación por vía bucal mientras se mantengan conscientes. Como la providencia dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que fue aceptada por los recurrentes, disponía la licitud de la alimentación forzada a partir del momento en que los huelguistas perdieran la conciencia, el objeto del recurso es, en concreto, el Auto de la Audiencia en cuanto que ordena la alimentación forzosa por vía parenteral, cuando de

acuerdo con los conocimientos médicos, esa alimentación sea necesaria para impedir el riesgo de muerte. Es, por tanto, la licitud constitucional de esta decisión judicial la que hemos de examinar.

Con esa huelga de hambre reivindicativa y su oposición a recibir asistencia médica, los miembros del grupo en cuestión colocan a la Administración ante la alternativa de revocar la medida administrativa contra la cual dirigen su protesta o presenciar pasivamente su muerte, planteando así un conflicto que esencialmente se produce entre el supuesto derecho de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el derecho-deber de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia, que le impone el art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria -en adelante, LOGP-, conflicto que se proyecta no sólo en relación con el derecho a la vida, sino también sobre los otros derechos fundamentales más arriba acotados.

Esta influencia -plural sobre varios derechos fundamentales que los recurrentes atribuyen a su asistencia médica obligatoria, nos obliga a una previa consideración global, que consiste en determinar cuál es la naturaleza de las relaciones jurídicas que con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en el mismo.

Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (sentencia 61/1990), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza, según ha declarado la sentencia 2/1987, y así se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2, en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, las que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.

Sentado lo que antecede, procede entrar en el examen de las vulneraciones denunciadas, comenzando por la del derecho a la vida que reconoce el art. 15 de la Constitución.

7. El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (sentencia 53/1985).

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la

persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.

Además, aunque se admitiese la tesis de los recurrentes, tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida.

Puede ser, por tanto, la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte, ni, por consiguiente, que este supuesto derecho puede haber sido vulnerado por la coacción terapéutica.

Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.

Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege.

8. Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia

médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (sentencia 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (Sentencias 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (sentencia 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

En aplicación de esta doctrina, procede examinar si la asistencia médica que autoriza la resolución recurrida viene justificada en la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquellos a los que se impone.

Y aquí debemos recordar que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida.

Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (sentencia 53/1985).

Por otro lado, la necesidad de cohonestar el derecho a la integridad física y moral de los internos en un Centro penitenciario y la obligación de la Administración de defender su vida y salud, como bienes también constitucionalmente protegidos, encuentra en la resolución judicial recurrida una realización equilibrada y proporcionada que no merece el más mínimo reproche, puesto que se limita a autorizar la intervención médica mínima indispensable para conseguir el fin constitucional que la

justifica, permitiéndola tan sólo en el momento en que, según la ciencia médica, corra «riesgo serio» la vida del recluso y en la forma que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determine, prohibiendo que se suministre alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno.

9. El propio art. 15 de la Constitución prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; pero esta prohibición no puede estimarse que haya sido quebrantada por la asistencia médica cuya autorización judicial se recurre.

«Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente.

En este sentido, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de Nueva York, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 19 de octubre de 1987 y en vigor en general desde el 26 de junio de 1987, y para España desde el 20 de noviembre siguiente), define la tortura como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1.1). Esta Convención extiende, además, sus garantías a «otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1».

Asimismo, en relación con el art. 3 CEDH, que establece una interdicción similar a la del art. 15 C.E., el TEDH, partiendo de su propia doctrina acerca de las penas degradantes (SS de 18 de enero y 25 de abril de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido- y -caso Tyrer-, respectivamente) ha señalado que «para que el trato sea “degradante” debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo(...) una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (igualmente, STEDH de 25 de febrero de 1982, -caso Campbell y Cosans- y de 7 de julio de 1989 -caso Soering).

No otra es, por lo demás, la acepción que, en el concreto ámbito penitenciario, cabe dar a los términos «cruel, inhumano o degradante» que utiliza, para prohibir sanciones disciplinarias a los internos que tengan ese carácter, el art. 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, e invocadas por los recurrentes, ni otro es tampoco el alcance que, respecto de los tratos inhumanos o degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos que el art. 6 de la LOGP establece.

Por ello, y también con referencia al medio carcelario, este Tribunal tiene dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que «éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena» (Sentencias 65/1986, fundamento jurídico 4.º; 89/1987, fundamento jurídico 2.º), daño implícito en la misma que está excluido del concepto de tortura (art. 1.1, in fine, de la Convención contra la tortura cit., de 1984).

De acuerdo con estos criterios, en modo alguno puede calificarse de «tortura» o «tratos inhumanos o degradantes», con el sentido que esos términos revisten en el art.

15 C.E., la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad. Que para efectuar dicha intervención se permita el empleo de medios coercitivos no es aquí determinante, pues, según se ha visto, no es la coercitividad de trato más allá de lo proporcionado, sino su desmedida severidad, su innecesario rigor y su carácter vejatorio lo que a los efectos de la prohibición constitucional resulta relevante.

El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte. Ambos hipotéticos reproches han de ser, sin embargo, también desechados, el primero de ellos, porque ya la resolución impugnada excluye expresamente el recurso a la alimentación por vía oral, que es la única cuyo empleo podría ser entendido como una humillación para quien hubiera de sufrirla y el segundo, porque el propósito de la medida no es el de provocar el sufrimiento, sino el de prolongar la vida.

10. Tampoco puede apreciarse vulneración de la libertad ideológica que garantiza el art. 16.1 de la Constitución.

Ciertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.

El art. 16.1 C.E. garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (sentencia 20/1990, fundamento jurídico 3.º). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión -ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal-, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 C.E. le corresponde «el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)» (sentencia 20/1990, fundamento jurídico 5.º), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse «simplemente absorbido» por las libertades del art. 20 (sentencia 20/1990, fundamento jurídico 3.º), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1.

Ahora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 C.E. es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios -por más que ello pueda tener relevancia ex art. 20.1 C.E.-. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad suficiente para articular la imputación del ilícito constitucional.

En el presente caso, los recurrentes aducen la libertad ideológica para dar cobertura constitucional a su comportamiento como forma de protesta y reivindicación, y formalizan a su amparo la queja frente a la interferencia coactiva de la Administración penitenciaria «en su actitud frente a su propia vida».

Tal alegación no es aceptable porque, aun reconociendo el trasfondo ideológico que late en la huelga de hambre de los recurrentes, es innegable que la asistencia médica obligatoria a los presos en huelga que se encuentren en peligro de perder la vida no tiene por objeto impedir o poner obstáculos a la realización y mantenimiento de la huelga -sin que conste en los autos que no haya sido respetada en todo momento por la Administración penitenciaria, ni que haya ésta adoptado oposición alguna a la misma con medidas represoras o disciplinarias-, sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa.

11. No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del art. 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según reiterada doctrina de este Tribunal (Sentencias 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física». La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la sentencia 89/1987 distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero que «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo».

Conforme, pues, con dicha doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución.

Es claro sin embargo que la aplicación de tratamiento médico y alimentario forzoso implica el uso de medidas coercitivas que inevitablemente han de comportar concretas restricciones a la libertad de movimiento o a la libertad física en alguna de sus manifestaciones. Pero tales restricciones, en cuanto inherentes a la intervención médica que acabamos de considerar no violadora de derechos fundamentales, no constituyen lesión de aquellos mismos derechos a la integridad física, ni a los ahora examinados, sin olvidar que el art. 45.1 b) de la LOGP permite esas mismas medidas y es en este sentido la ley a la que se remite genéricamente el art. 17.2 de la Constitución.

12. Igualmente inconsistente es la denuncia de la supuesta violación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 C.E. y 5.2 RP).

Es cierto que este Tribunal ha reconocido que en la noción de «intimidad personal» se integra la «intimidad corporal (sentencia 37/1989, fundamento jurídico 4.º). Pero la ha identificado únicamente como «inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona» y, en virtud de ello, puede afirmarse que en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada,

puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal.

En síntesis de todo lo expuesto, debemos finalizar con la conclusión de que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada, constituyendo tan sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la Constitución, y unida ineludiblemente a ella una restricción a la libertad física, que vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Sebastián Rodríguez Veloso, don Leoncio Calcerrada Forniellas y don Luis Cabeza Mato.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de junio de mil novecientos noventa.

Voto particular que formula el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en el recurso de amparo, abogado al Pleno, núm. 443/1990

1. No participo de la opinión mayoritaria del Pleno y disiento de parte de la fundamentación, aunque reconozco el notable esfuerzo realizado y la calidad y seriedad de la argumentación contenida en la Sentencia.

El fondo del asunto que plantea el presente recurso de amparo es un caso límite por tratarse de un tema «en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales» (sentencia 53/1985), y en el que la diversidad y la contraposición de posturas en la doctrina se corresponden con la evolución vacilante y acelerada de la deontología médica en relación con la voluntariedad de los tratamientos terapéuticos y los derechos fundamentales del enfermo. El enjuiciamiento estrictamente jurídico del tema, que es el que a este Tribunal corresponde, resulta además dificultado porque la Constitución no ha tomado postura de forma directa sobre el particular, ni tampoco existe en nuestro ordenamiento una regulación legal del supuesto, lo que ha obligado a los órganos judiciales a una importante labor creativa de ponderación de los valores y derechos constitucionales en juego, que es la que también ha tenido que realizar el Tribunal llegando a una solución razonada, que, sin embargo, no comparto.

2. La razón principal de mi discrepancia es la que, según la opinión mayoritaria del Pleno, la relación de sujeción especial del penado y, más genéricamente del interno, frente a la Administración Penitenciaria justificaría la imposición, que habría de calificar de «especial», de una limitación a derechos fundamentales como la que supone la alimentación forzosa, limitación que se reconoce que no sería lícita «si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas». A mi juicio, la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un

límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano. y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria.

El art. 25.2 C.E. se remite a la Ley Penitenciaria, habilitándola para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, pero esa remisión ni de por sí justifica una limitación de derechos, que ha de ser razonable y proporcionada para ser constitucionalmente legítima, ni, en el caso concreto de la huelga de hambre, ha dado lugar, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, a una regulación específica. El silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del art. 25.2 C.E., como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad.

3. Además, no me parece convincente el argumento adicional utilizado para negar la «libertad» de los recurrentes de oponerse a la asistencia médica obligatoria durante el ejercicio de su huelga de hambre, y consistente en contraponer la «libertad para conseguir fines lícitos» respecto del uso de esa libertad en relación con «objetivos no amparados por la ley» que se daría en quienes se hallan en el seno de una relación especial penitenciaria donde la negativa a recibir asistencia médica situaría al Estado ante el injusto de modificar una decisión. legítima por no estar judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas bajo su custodia y obligación de protección. Esta afirmación puede ser entendida en el sentido de que esa negativa a recibir asistencia médica sería legítima si el huelguista persiguiera objetivos amparados por la ley, pero no en el caso contrario, y tal sería tratar de imponer la modificación de una decisión no impugnada de la Administración Penitenciaria. Ello significaría condicionar la decisión de imponer la alimentación forzosa a la propia legitimidad del fin perseguido por la huelga de hambre. Por su propia lógica. La huelga de hambre persigue objetivos que no pueden obtenerse normalmente a través de las vías judiciales. Por otro lado, aparte de la dificultad de la valoración de la legitimidad del objetivo perseguido, el que esa legitimidad haya de ser tenida en cuenta en la decisión judicial supone traspasar la cuestión del plano de la ponderación de la vida y la salud como bienes constitucionales protegidos frente a otros derechos y bienes constitucionales, al plano de la reivindicación misma perseguida por los recurrentes, e interferirse en el medio de presión utilizado.

4. Finalmente, aunque la alimentación forzosa persiga evidentemente un objetivo humanitario, de salvaguardia de la vida y la salud, tal objetivo sólo puede realizarse si se trata de una medida transitoria, puesto que si se prorroga indefinidamente, en la medida en que permanezca la situación de huelga de hambre, no garantiza la realización de ese objetivo y provoca un alargamiento innecesario de la degradación física y psíquica de la persona implicada, mantenida artificialmente en vida en condiciones tan precarias que pueden llegar a ser inhumanas. Por ello, la solución adoptada por la resolución judicial impugnada, no puede mantenerse indefinidamente sin colocar a la persona en una situación degradante y contraria a su dignidad humana.

Por todo ello, opino que aunque ninguna de las alternativas que se ofrecían era satisfactoria, partiendo de sus propios razonamientos de libertad de tratamiento médico del ciudadano en régimen de libertad, la Sentencia debería haber llegado a la conclusión de estimar el amparo, confirmando, en consecuencia, la decisión del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Voto particular que formula el Magistrado don Jesús Leguina Villa a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 443/90

Coincido con muchas de las cosas que se dicen en esta Sentencia y, sobre todo, comparto la preocupación y la sensibilidad que en la misma se manifiesta por defender la vida en un caso límite de conflicto entre los poderes públicos y quienes nos piden amparo. Me veo, sin embargo, en la necesidad de expresar en conciencia mi disentimiento con la decisión mayoritaria de denegar el amparo. Omitiendo toda referencia a la discrepancia que me suscitan algunos aspectos o argumentos secundarios de la Sentencia y refiriéndome sólo a las tesis centrales que conforman su ratio decidendi paso a exponer a continuación mi propia opinión en términos breves y sucintos, dejando expresa constancia del respeto y acatamiento que me merece el criterio mayoritario del Tribunal.

La Sentencia deniega el amparo por dos motivos principales: Uno, la relación especial de sujeción en que se encuentran los reclusos, en virtud de la cual la Administración penitenciaria tiene el deber de custodiarlos y de cuidar de su vida y de su salud; dos, la ilicitud de la huelga de hambre reivindicativa frente a las legítimas decisiones adoptadas por la Administración penitenciaria en el uso de las potestades que la Ley le otorga. Desde mi punto de vista, ninguno de estos dos motivos es suficiente para forzar la voluntad de los recurrentes de negarse a ser alimentados y recibir asistencia médica. No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás. Se afirma con razón en la Sentencia que el derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte. Pero ello no significa que no se tenga derecho -sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales- a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado.

La Sentencia niega que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limite la libertad personal de los recurrentes. Mi opinión es contraria a esta tesis. El art. 17.1 de la Constitución reconoce a todos «el derecho a la libertad», entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como «libertad física» que protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos. Este último aspecto de la libertad personal ampara también a los reclusos y es el que, a mi juicio, ha sido desconocido por la resolución judicial impugnada. Frente a ello, ningún valor justificativo tiene, según creo, ni el deber que la Administración penitenciaria tiene de velar por la salud y la integridad física de los internos ni tampoco la supuesta ilicitud del ayuno voluntario como medio reivindicativo o de presión frente a dicha Administración penitenciaria. Este último aspecto es indiferente o irrelevante para resolver el conflicto, pues lo que importa no es saber si la llamada huelga de hambre reivindicativa en que se encuentran los recurrentes es o no ilícita (o si lo son como se dice en la Sentencia, los objetivos que con la misma se pretenden conseguir, cuestión ésta harto discutible); lo esencial es saber si es lícito forzar la voluntad de unas personas, libremente expresada, y coartar su libertad física para imponerles una alimentación o un tratamiento médico que rechazan. La Sentencia entiende que sí es lícito hacerlo por el deber de cuidar la salud y la vida de los reclusos que la Ley penitenciaria impone a la Administración. Creo, sin embargo, que en el caso que ahora contemplamos tal deber cesa ante la

voluntad contraria de los recurrentes. La Administración ha de cumplir ciertamente dicho deber de cuidado y los internos tienen derecho a exigir aquel cumplimiento, pero ello no autoriza a los poderes públicos a utilizar cualquier medio y, en concreto, en este caso no autoriza a utilizar la fuerza para cumplir un deber cuyos beneficiarios rechazan exonerando del mismo a la Administración. En definitiva, este deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos. Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les propongan. Creo que un enfoque del problema desde esta última perspectiva -la del enfermo que es además recluso- en lugar de la adoptada por la Sentencia -la del recluso que es además enfermo- hubiera permitido llegar a una solución favorable a la concesión del amparo.

3. Aborto, Técnicas de Reproducción Asistida y esterilización

2. 1. SENTENCIA TC 53/985, DE 18 DE MAYO (ABORTO) DIMENSIÓN OBJETIVA-SUBJETIVA

1. *Fija tu atención en la regulación penal del aborto discutida (art. 417 bis del anterior Código Penal, FJ 1º in fine)*
2. *Observa la doble dimensión de los derechos fundamentales a la que se hace referencia en el FJ 4º y la resultancia de la dimensión objetiva y positiva.*
3. *¿Cuándo hay vida para el Tribunal (FJ 5º)? ¿Cuándo, por tanto, comienza la protección constitucional de ésta?*
4. *¿Tiene el feto la protección del derecho subjetivo fundamental a la vida? ¿Tiene protección constitucional?*
5. *Fija tu atención en qué criterios interpretativos usa el Tribunal en el FJ 6º y cómo los maneja el Tribunal*
6. *Sobre lo anterior, observa finalmente cómo se plantea el conflicto: ¿entre derechos fundamentales, bienes, etc.? Cuáles son los bienes en juego (FJ 7º -8º y con claridad FJ 9º cuarto párrafo).*
7. *Observa cómo maneja el tribunal el bien constitucional “dignidad de la mujer” (FJ 8º)*
8. *Observa que en el FJ 9º el Tribunal señala que “La cuestión que se suscita es, pues, la de examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del nasciturus de la protección penal.”*
9. *Observa cómo en el FJ 9º se habla de “ponderación”.*

- 10. Cómo resuelve el Tribunal el conflicto vida del nasciturus- vida de la madre peligro de ésta (FJ 11º a)**
- 11. Cómo resuelve el Tribunal el conflicto vida del nasciturus-violación (FJ 11º b)**
- 12. Cómo resuelve el Tribunal el conflicto vida del nasciturus-graves taras físicas o psíquicas en el feto (FJ 11º c)**

En el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, interpuesto por don José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 Diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del recurso que debe ser decidido por la presente sentencia es determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introduce el art. 417 bis en el Código Penal, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos. Se trata de un caso límite en el ámbito del Derecho; en primer lugar, porque el vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social, y en segundo término, por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. El Tribunal no puede menos de tener en cuenta, como una de las ideas subyacentes a su razonamiento, la peculiaridad de la relación entre la madre y el nasciturus a la que antes hemos hecho mención; pero ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.

2. El proyecto de reforma del Código Penal al que hacemos referencia en el fundamento anterior dice así:

«Artículo único.-El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.

3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

Los recurrentes consideran este proyecto inconstitucional por estimar que vulnera los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución. El Abogado del Estado, por su parte, considera que el Proyecto no es inconstitucional. Los razonamientos de ambas partes han quedado resumidos en los antecedentes primero, segundo y tercero de esta Sentencia, por lo que sería redundante hacerlo aquí.

3. El problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus, por lo que procede comenzar por hacer unas consideraciones generales sobre la trascendencia del reconocimiento del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional, consideraciones que iremos precisando a medida que lo requiera el desarrollo de nuestra argumentación. Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

4. Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

5. El art. 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana.

De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría- que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era «técnicamente más correcta»- con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra «persona» se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término «todos» en la expresión «todos tienen derecho a la vida» no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del nasciturus. El precepto fue aprobado posteriormente en el Senado por 162 votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones. En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental.

6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del nasciturus en el término «todos» del art. 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis.

Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya

de atribuirse a dicho término en el art. 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al nasciturus.

En cuanto a la interpretación del art. 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos -al igual que lo hace la versión auténtica española- y en el art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandadas, si lo ha hecho en relación con el art. 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión everyone o toute personne de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado art. 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (Ftos. jcos. 9 y 17); asimismo, al examinar el término «vida», la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el art. 2 en cuestión en relación con el feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un «derecho a la vida» de carácter absoluto (Ftos. jcos. 17 a 23).

7. En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental.

Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente.

8. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.

9. Las consideraciones anteriores nos permiten entrar a examinar el Proyecto objeto del presente recurso para enjuiciar la presunta inconstitucionalidad de los supuestos de declaración de no punibilidad del aborto en él contenidos, aducida por los recurrentes.

El legislador parte de una normativa preconstitucional que utiliza la técnica penal como forma de protección de la vida del nasciturus (arts. 411 a 417 del Código Penal), normativa que no revisa con carácter general, limitándose a declarar no punible el aborto en determinados supuestos, que responden a las denominadas indicaciones terapéutica, ética y eugenésica (Fto. jco. 2). La cuestión que se suscita es, pues, la de examinar si el legislador puede excluir en supuestos determinados la vida del nasciturus de la protección penal.

En primer lugar, las causas de exención de la responsabilidad establecidas en el art. 8 del Código Penal tienen una aplicación general respecto de los delitos sancionados en este Código, que no ha sido puesta en duda en el presente recurso, y de la que es posible deducir que -en principio y con los límites que les son inherentes- también pueden regir, en su caso, respecto del delito de aborto (arts. 411 y ss. del Código Penal). Pero, ciñéndonos estrictamente a la cuestión planteada por los recurrentes, hemos de considerar si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica diferente, mediante la cual excluya la punibilidad en forma específica para ciertos delitos.

La respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa. Por una parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en

general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrictión -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos.

...

11. Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo:

a) El núm. 1 contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del nasciturus. En este supuesto es de observar que si la vida del nasciturus se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de grave peligro» para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9.

b) En cuanto a la indicación prevista en el núm. 2 -que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas- basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

2. 2. SENTENCIA 116/1999, DE 17 DE JUNIO (TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA): ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA

1. **Observa el argumento por el que la ley recurrida de inconstitucionalidad no tiene por qué ser regulada por ley orgánica, pese a su conexión con el derecho a la vida.**
2. **Observa las diversas exigencias al legislador de las que habla el último párrafo.**

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, se dirige contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida («Boletín Oficial del Estado» núm. 28, del 24). Según se detalla en el suplico del escrito de demanda, la referida Ley es impugnada tanto en su totalidad como, subsidiariamente, en relación con el apartado II de su exposición de motivos y los siguientes preceptos: art. 1, apartados 1 y 4; 2, apartado 4; 4; 5, apartados 1 y 5; 6, apartados 1 y 2; 11, apartados 3 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2; 17; 20, apartado 2, y la disposición final primera, apartados a) y e).

...

4. El más relevante de los razonamientos que sustentan este motivo del recurso es el que hace referencia a la necesidad de que la Ley impugnada tuviera carácter orgánico, por cuanto a través de ella se estaría desarrollando, en términos del art. 81.1 de la Constitución, el derecho fundamental a la vida (art. 15 C.E.), así como la dignidad de la persona (art. 10). No obstante, debemos descartar de nuestro análisis toda referencia a este último concepto, pues, como queda dicho, la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la sección primera del capítulo segundo del título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona que, además, es reconocida en nuestra Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 C.E.).

Hecha esta precisión inicial, y partiendo del carácter estricto y excepcional que es propio de la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución (Sentencias 5/1981 y 127/1994, por todas), en la sentencia 212/1996, dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, ya se ha dado respuesta explícita a esta cuestión, al declarar, en su fundamento jurídico 11, la improcedencia de extender dicha reserva más allá del ámbito propio del derecho fundamental. En efecto, si «el art. 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la sentencia 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri (sentencia 212/1996, fundamento jurídico 3.), es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano (vid. en este sentido la disposición final primera de la Ley 42/1988), no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido

en el art. 15 C.E. Por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1 C.E.

5. Rechazada la impugnación dirigida a la totalidad de la Ley, se trata ahora de enjuiciar la constitucionalidad de sus concretos preceptos, siguiendo, al efecto, el orden sistemático que anteriormente señalábamos.

La doctrina constitucional que acabamos de recordar, nos da pie para abordar el segundo de los motivos que sustentan el recurso y que, en criterio de los actores, justificaría la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, apartado 4, en relación con los arts. 14 a 17 de la propia Ley; 2, apartado 4; 5, apartado 1; 11, apartados 3 y 4; 12.1; 13; 14, apartados 1 y 4; 15; 16, apartados 1 y 2, y 17.

En este motivo se nos dice, en sustancia y junto a otros argumentos más específicos que después se examinarán, que la Ley 35/1988 vulnera el contenido esencial del derecho a la vida (art. 15 C.E.), puesto que parte de una indebida distinción entre preembriones y embriones propiamente dichos, que conduce a un distinto status jurídico, claramente insuficiente desde el punto de vista de la exigencia constitucional de un «sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma» a que refería la sentencia 53/1985. Añaden los Diputados recurrentes que esta conculcación del derecho a la vida del art. 15 C.E. resulta, si cabe, más significativa, en atención a los diversos textos internacionales de protección de los derechos humanos que, con arreglo al art. 10.2 C.E., informan la interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Ahora bien, tal como hemos recordado en el fundamento anterior, los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional, pues, «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos» (sentencia 212/1996, fundamento jurídico 3.). Esta es, justamente, la condición constitucional del nasciturus, según se declaró en la sentencia 53/1985 (fundamento jurídico 7.) y nos recuerda el citado fundamento jurídico 3. de la sentencia 212/1996, cuya protección implica, con carácter general, para el Estado el cumplimiento de una doble obligación: «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales». Este es, en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados, y a los que los recurrentes imputan la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a la vida (art. 15 C.E.).

2. 3. SENTENCIA TC 215/1994, DE 14 DE JULIO (REPRODUCCIÓN DE LOS DEFICIENTES PSÍQUICOS): ALTERNATIVA MENOS LESIVA

1. (observa desde los “pasos” el desorden de la argumentación del tribunal. Intente al final del caso, fijar lo que hace el tribunal, bajo el orden de los “pasos” (límite, derechos en juego, análisis

restricción bajo cada derecho, necesidad-justificación, proporcionalidad, etc.).

2. Qué se juzga, observa la regulación cuestionada ¿Cuál es el problema fijado por el tribunal (FJ 1 in fine, segundo párrafo del FJ 2º)?
3. ¿Tienen derechos fundamentales los deficientes psíquicos?
4. ¿Qué función juega el consentimiento en general respecto de la integridad física FJ 2 y 4º?
5. ¿El Tribunal considera que se puede suplir el consentimiento para afectar la integridad física (FJ 4))?
6. Es posible una política general de esterilización de los deficientes (FJ 3º).
7. Fija los términos del conflicto (derecho-s afectado y derechos o bienes constitucionales que, en su caso justifican la limitación. ¿Qué papel crees que juegan en este caso los principios rectores enunciados en el tercer párrafo del FJ 4º así como en el FJ 6º?
8. ¿Qué papel se atribuye a la proporcionalidad en el presente caso, en el FJ 4º b)?
9. ¿Puede ser considerada “tortura” la esterilización, ya por los fines perseguidos, ya por los medios empleados? Analiza el tribunal la cuestión desde la tortura bajo el principio de proporcionalidad? FJ 5 A
10. ¿Es proporcional la medida de esterilización siendo posible el aborto u otros anticonceptivos? FJ 5 B y C

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.415/92, promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona respecto del art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona cuestiona la legitimidad constitucional del párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, introducido por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del citado Código. Para centrar desde el primer momento el verdadero alcance de la cuestión planteada, es preciso reproducir en su integridad el párrafo segundo del art. 428, pues el inciso cuestionado trae causa de lo que para las personas capaces se establece en la primera parte del párrafo segundo. En él, después de disponer el párrafo primero que las penas señaladas para los delitos de lesiones se impondrán «aun cuando mediare consentimiento del lesionado», se establece que «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizada por facultativos, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales». A continuación el precepto incluye el inciso cuestionado que dice así:

«Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»

...

El Auto parte de un hecho ciertamente indiscutible: que los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos. En apoyo de esta aseveración incuestionable cita los artículos 10 y 49 de la Constitución y se refiere también a la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, que concluye con estas palabras: «La persona mentalmente retrasada tiene, por encima de todos los demás, el derecho de ser respetada». Por ello en el Auto de planteamiento se hace una afirmación que, más que justificar la duda del juzgador, demuestra su convicción sobre la inconstitucionalidad de la norma. Después de reproducir el art. 15 C.E. en lo que afecta a la cuestión planteada, afirma que «por ello hemos de partir de un hecho fundamental: toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de la persona mentalmente retrasada».

A continuación, el Auto, después de referirse para combatir las opiniones doctrinales favorables a la medida y a diversas Sentencias de este Tribunal relacionadas con el rigor y la ponderación con que han de ser respetados los derechos fundamentales cuando se da el caso de una posible colisión entre ellos (Sentencias 53/1985, 53/1986 y 120/1990), señala otras medidas que podrían adoptarse para la finalidad pretendida por la norma sin llegar al extremo de la esterilización, como la vigilancia por los guardadores del incapaz o incluso la interrupción del embarazo al amparo de la causa 2. del art. 417 bis del C.P., y termina planteando la cuestión en los siguientes términos: la esterilización de los incapaces es medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física constitucionalmente protegida; la medida es desproporcionada y no aparece inspirada por ningún noble propósito, ni encaminada al beneficio del incapaz; la posibilidad de mejoría del incapaz, no descartable dado los avances de la ciencia médica, podrían privarle de su facultad reproductiva ya que, según el informe del Forense especialista en ginecología, «la esterilización en el momento actual, y con el método propugnado por los actores, que es el más inocuo, resulta irreversible entre un 10 y un 30 por 100 de los casos».

El Auto cierra su argumentación con las siguientes palabras: «Otograr la posibilidad teórica de obtener la esterilización de los incapaces -evidente trato inhumano y degradante para el que el legislador exige siempre el consentimiento consciente de la persona-, supliendo esta falta por el consentimiento de los tutores, es, a juicio de este Magistrado notoriamente inconstitucional».

El núcleo de la cuestión planteada está, pues, referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del C.P. para las personas capaces.

Es, por tanto, el régimen de autorización previsto en el precepto cuestionado y que en el Auto se califica de «notoriamente inconstitucional» lo que, principalmente, acota el problema planteado en el Auto y que hemos de resolver en esta cuestión de inconstitucionalidad.

2. Es cierto que, como se recuerda en el Auto de planteamiento con cita de diversas Sentencias de este Tribunal, cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia «y se ve obligado -como dice la sentencia 53/1985- a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos».

Pero el supuesto planteado en el presente caso, no estimar punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, no plantea realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto arranca de que el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de la esterilización. Admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en ese supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del C.P. -trasplante de órganos con arreglo a lo dispuesto en la Ley y cirugía transexual-, según la reforma de 1983, surge inmediatamente, en lo relativo a la esterilización, la conveniencia de que esa posibilidad que se otorga a las personas capaces, pueda extenderse, exclusivamente en beneficio de ellos, a quienes en razón de grave enfermedad psíquica no están capacitadas para prestar el consentimiento libre que exige el precepto. En principio, si respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 C.E.), precepto éste que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 («El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos»), habrá de concluirse que el inciso cuestionado del art. 428 del C.P. no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 C.E. en lo concerniente al derecho «a la integridad física y moral» -aunque ciertamente afecta a ese derecho-, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 del C.P., es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido

...

3. Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el Auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás.

...

4. Es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma que examinamos afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una

intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 de la Constitución.

Mediante el derecho a la integridad física y moral -declaramos en la sentencia 120/1990- «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (fundamento jurídico 8.).

Este consentimiento, empero, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez. El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de «disminución de la integridad» de las personas como es la esterilización. Esta, así, nunca sería admisible, toda vez que no cabe su aceptación por el sujeto al que habría de afectar.

Mas tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico -y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa- indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines. El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña.

Que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 C.E. y que son explicitadas en los deberes y facultades que el Código Civil (art. 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. De ahí que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 C.E.), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 C.E.), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 C.E.), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines:

a) Lo primero -la justificación- porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el art. 428 del CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 C.E.) y a su integridad moral (art. 15.1 C.E.), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las

satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 C.E.) inherentes a tales situaciones. Pero es que además de los fines expuestos que justifican la medida de esterilización para ambos sexos y que, en modo alguno pueden calificarse de ilegítimos o innobles, en la mujer se acrecientan o se hacen más convenientes por las consecuencias fisiológicas del embarazo. La paciente de una grave enfermedad psíquica no alcanzará a comprender las mutaciones que experimenta su cuerpo, ni las molestias e incluso sufrimientos que lleva aparejada la gestación y, menos aún, el final traumático y doloroso del parto. Por tanto, si entendemos justificada la esterilización prevista en el inciso cuestionado en ambos sexos, en la mujer deficiente mental está aún más justificada para evitar unas consecuencias que, incomprensibles para ella, pueden dañar más aún su estado psíquico por las consecuencias físicas que produce el embarazo.

b) Cuestión distinta es que la disposición controvertida, autorizante de una limitación del derecho fundamental a la integridad física y por ello precisada de la justificación ya examinada, sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (como ocurre en un alto porcentaje en el caso de la ligadura de trompas que es el supuesto al que se refiere el Auto de planteamiento), de sus potencialidades genésicas.

En la sentencia 76/1990 que, aunque referida al art. 14 C.E., al cual no es absolutamente extraño el caso aquí planteado, declaramos que «... la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos». Pues bien, analizada desde este prisma la norma cuestionada, es claro que entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirla, hay esa necesaria proporcionalidad porque el resultado, ciertamente gravoso para el incapaz, no resulta desmedido para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza la finalidad que se persigue. Si los fines son legítimos no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende. A otras medidas posibles se refiere el Auto y de ellas nos ocuparemos en el fundamento siguiente. Ahora nos basta señalar que, en razón de la mayor seguridad del resultado, la medida cuestionada no es desproporcionada con la finalidad a la que responde.

Ahora bien, es indudable que, pese a lo expuesto, la proporcionalidad desaparecería si la previsión legal pudiera constituir un atentado al derecho fundamental a la vida de los deficientes psíquicos, pero este riesgo, al margen del normal que comporta toda intervención quirúrgica, únicamente podría producirse si la resolución judicial autorizante se adoptara no obstante constar en el dictamen de los especialistas el grave riesgo que para la salud de aquéllos habría de significar la esterilización solicitada por sus representantes. De ahí que el respeto a los derechos a la vida y a la integridad física y moral de tales personas requiere del Juez que interese de los peritos especialistas que han de dictaminar que se pronuncien acerca de la existencia de semejante riesgo, pues de concurrir éste, ninguno de los bienes jurídico-constitucionales cuya tutela pudiera perseguir el precepto cuestionado justificaría, por la patente desproporción entre medios y fines, una decisión judicial autorizante de la esterilización.

5. Examinadas en los fundamentos anteriores en sentido positivo para la constitucionalidad del precepto, las garantías que en él se exigen para que pueda pronunciarse el Juez sobre la autorización que de él se solicita, la finalidad legítima del precepto para amparar la limitación del derecho constitucional a la integridad física de los incapaces, y la proporcionalidad entre el medio autorizado y los fines que persigue la

norma, sólo nos resta aludir a las objeciones y a otras posibles medidas menos drásticas a las que se refiere el Auto de planteamiento:

A) En primer lugar, debe rechazarse que, en modo alguno, la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica merezca la consideración que se afirma en el Auto de planteamiento, del trato inhumano o degradante que prohíbe el art. 15 C.E. Basta para ello con contrastar la índole de la medida cuya práctica puede autorizar el Juez, llevada a cabo por facultativo especialista de manera conforme a la *lex artis*, con los contornos de la acción constitucionalmente vedada, según ha sido identificada por nuestra jurisprudencia tomando como base la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, de una parte, «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» son, en su significado jurídico -dejaríamos en la sentencia 120/1990, fundamento jurídico 9., y hemos venido reiterando [así, recientemente, en la sentencia 57/1994, fundamento jurídico 4.A)]-, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. De otra parte, hemos dicho igualmente que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se la pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados. Pues bien: nada de esto ocurre en el supuesto de la esterilización de deficientes prevista en el art. 428 del C.P., como tampoco en el de la esterilización voluntaria de personas capaces mayores de edad contemplada en el mismo artículo. Verdad es que lo que distingue a ambos casos es el consentimiento de los afectados, pero la falta de aquél en el caso de los incapaces y su sustitución por la autorización judicial no conlleva la vulneración de la interdicción contenida en el art. 15, ya que la esterilización ni se acuerda con la finalidad de vejar o envilecer ni su práctica médica supone trato inhumano o degradante alguno. Naturalmente, si, en pura hipótesis, la solicitud de esterilización propugnara su realización a través de un método que resultara inconciliable con la prohibición constitucional, el Juez habría de denegarla.

B) El Juez proponente sostiene como alternativa al precepto cuestionado la normal vigilancia de los guardadores de la incapaz en orden a prevenir su gravidez y, en último término, el recurso al aborto, admitido en nuestra legislación para los supuestos de embarazo que sea consecuencia de una violación. Según se advierte, el órgano judicial únicamente considera innecesario el precepto legal en cuanto afecta a las mujeres deficientes; mas, aun así, su argumentación no resulta aceptable. En efecto, comenzando por la referencia a la posibilidad de interrumpir la gestación que contempla el art. 417 bis 1.2. del Código Penal, y como bien observa el Abogado del Estado, ni todo acceso carnal con una deficiente grave constituye violación (sino sólo cuando medie abuso de su deficiencia: art. 429.2 C.P.), ni cabe considerar seriamente como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que es una medida más traumática, especialmente para quien, en razón de su padecimiento mental, carece del nivel de comprensión en tal caso preciso.

De otro lado, por lo que atañe a la vigilancia «normal» de las personas deficientes, e independientemente del albur de su real efectividad, es éste un argumento del Juez a quo que, en definitiva, y sobre la premisa de que la sexualidad no integra el contenido de ningún derecho, conduce a justificar su represión absoluta. Pero semejante represión puede llegar a oponerse a los principios constitucionales de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), cuando no, en la eventualidad de que exista intimidación, al derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 C.E.). La vigilancia a que alude el cuestionante únicamente será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad.

C) Otras posibles medidas anticonceptivas que, aunque no se citan en el Auto de planteamiento, podrían entenderse implícitamente comprendidas en su argumentación, puesto que las señaladas expresamente lo son a título indicativo, no ofrecerían la misma seguridad y certeza, a que ya nos hemos referido, que la esterilización. Pero es que, además, su adopción o aplicación requeriría, en todo caso, un control constante y continuado por parte de los guardadores del enfermo, no siempre posible y por tanto aleatorio, a no ser que la intervención de aquéllos en la vida del incapaz sea tan intensa y rigorista que reconducirían estos sistemas a la vigilancia del enfermo de la que ya nos hemos ocupado.

6. Un último punto a tratar es el de la compatibilidad entre la previsión legal cuestionada y lo dispuesto en el art. 49 de la Constitución. Acerca de este extremo, el órgano judicial se ciñe a preguntar, sin más consideraciones, en qué contribuye la esterilización que el precepto controvertido permite a la «previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» de las personas mentalmente retrasadas. A este respecto tenemos que decir, reiterando la vía argumental que venimos sosteniendo, que la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 C.E., puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente. En definitiva, lo dispuesto en el último inciso del art. 49 C.E. -que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos-, no es sólo compatible con la norma cuestionada, sino que, como ya hemos dicho, contribuye a justificar la finalidad a que responde el precepto.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar que el párrafo segundo, último inciso, del art. 428 del Código Penal, redactado según el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, no es contrario a la Constitución.

3. Registros corporales a presos (conurrencia de integridad e intimidad, con resultados diferentes). Finalidad legítima no es suficiente (sentencia 57/1994)

- 1. ¿Qué hechos se debaten?**
- 2. Bajo la perspectiva del artículo 15–torturas - ¿El análisis incluye la proporcionalidad? ¿por qué? Cómo se plantea la cuestión y que camino sigue el tribunal para determinar si hubo o no torturas. Observa las fuentes aducidas por el Tribunal en el FJ 4 a. ¿Considera que se ha vulnerado este precepto? (FJ 4)**
- 3. Desde el punto de vista de la intimidad, fija tu atención en la concepción de la intimidad corporal para el tribunal. Ten en cuenta que es un ejemplo de delimitación del ámbito subjetivo protegido por el derecho.**
- 4. Considera el tribunal que caben restricciones a la intimidad corporal? (FJ 5º)**

5. Ya iniciando los “pasos”, ¿Qué afirma el tribunal respecto de la finalidad de la intromisión y si es suficiente que la finalidad sea constitucional? (FJ 6º)

6. Observe el PÁRRAFO 3º DEL FJ 6º (“Ahora bien...” y su proyección concreta para el presente caso.

a. -¿el registro era un medio necesario? ¿la finalidad del registro era constitucional? ¿lo fue para el caso concreto?

b. -desde el punto de vista de la proporcionalidad, qué dice el Tribunal (FJ 7º).

c. -Qué elementos particulares fija el tribunal para estimar la inconstitucionalidad del hecho recurrido (en particular FJ 7 in fine).

d. -Cuándo pueden realizarse constitucionalmente tales inspecciones (FJ 8).

II. Fundamentos jurídicos

...

4. Dicho esto, procede ya entrar a examinar si las órdenes impartidas al ahora recurrente de amparo por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca, requiriéndole a que se desnudara ante dicho funcionario e hiciera flexiones para la práctica de un registro corporal tras haber tenido una comunicación especial, cuya negativa a cumplirlas determinó los Acuerdos que se impugnan, han vulnerado los arts. 15 y 18.1 C.E. A cuyo fin, aun admitiendo que los derechos reconocidos en dichos preceptos se hallan estrechamente relacionados, por cuanto ambos son proyección de la dignidad de la persona que como valor jurídico fundamental consagra el art. 10.1 C.E. (sentencia 53/1985, fundamento jurídico 8., y ATC 238/1985), conviene examinar separadamente una y otra queja; y en atención al mismo planteamiento del recurrente, considerar en primer lugar, la basada en el art. 15 C.E. para determinar si dichas órdenes son constitutivas de un trato inhumano o degradante, prohibido por dicho precepto constitucional:

A) La interdicción de «la tortura», así como de las penas o «tratos inhumanos o degradantes», se contiene en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y en Convenios internacionales en los que es parte España (arts. 7 y 3, respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950). Prohibición que, para el concreto ámbito penitenciario, se ha establecido en la regla 31 de las Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos adoptadas en 1955 por las Naciones Unidas, la regla 37 de las Reglas Penitenciarias Europeas adoptadas por la Recomendación (87) 3, de 12 de febrero de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y es de destacar, por último, que en nuestro ordenamiento, bajo la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos, se contiene en el art. 6 L.O.G.P., precepto que ha de ser interpretado en relación con el art. 15 C.E., y los instrumentos internacionales que se han mencionado, por lo dispuesto en el art. 10.2 C.E.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recogida en la sentencia 120/1990, fundamento jurídico 9., para encuadrar una pena o trato en alguna de las categorías del art. 3 del Convenio de Roma de 1950 ha de atenderse a la intensidad de los sufrimientos infligidos a una persona. Habiendo declarado este Tribunal, de conformidad con esa doctrina, que las tres nociones también recogidas en

el art. 15 C.E. («torturas», «penas o tratos inhumanos», penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico «naciones graduadas de una misma escala» que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (Sentencias 120/1990, fundamento jurídico 9. y 137/1990, fundamento jurídico 7.). Y en particular, respecto al concreto ámbito penitenciario, se ha dicho que para apreciar la existencia de «tratos inhumanos o degradantes» es necesario que «estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena» (Sentencias 65/1986, fundamento jurídico 4.; 2/1987, fundamento jurídico 2.; 89/1987, fundamento jurídico 2.; 120/1990, fundamento jurídico 9.; 137/1990, fundamento jurídico 7. y 150/1991, fundamento jurídico 7.). E interesa destacar, de otra parte, que este Tribunal ha declarado que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» (Sentencias 120/1990, fundamento jurídico 9. y 137/1990, fundamento jurídico 7.).

B) En el presente caso, el Abogado del Estado ha alegado que el objetivo o finalidad de las órdenes impartidas al recurrente era la de evitar que objetos y sustancias peligrosas pudieran ser introducidas en el establecimiento penitenciario, con riesgo para la vida o la salud de los reclusos, lo que excluye, a su juicio, que pueda ser constitutiva de «trato inhumano o degradante». Aunque cabe observar que el recurrente de amparo no cuestiona esa finalidad general, sino que su queja por lesión del art. 15 C.E. se basa en el contenido de la orden que le fue impartida y en las circunstancias relativas a la práctica de la medida. Lo que exige examinar ambos extremos a la luz de la doctrina antes expuesta, pues como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencia de 25 de febrero de 1982, asunto «Campbell y Cosans»).

Ahora bien, el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de conducir, necesariamente, a una conclusión negativa. En efecto, aun siendo la queja del recurrente ciertamente escueta en cuanto a las circunstancias relativas a la práctica de la medida que se le ordenó, de ella claramente se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona, sino sólo que el recluso, contra su voluntad, se desnudara y, una vez desnudo, practicara varias flexiones. Sin que, de otra parte, la queja exprese la duración o el número de las flexiones que aquél debía llevar a cabo para poder inferir, por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco, entre otras circunstancias relevantes, si el local donde habría de practicarse la medida era o no un espacio abierto del establecimiento penitenciario al que pudieran tener acceso terceras personas, tanto reclusos como otros funcionarios del centro distintos de quien impartió la orden y, consiguientemente, presenciar su práctica.

En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida al hoy recurrente de amparo, ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo y constituir, por tanto, un trato vejatorio y degradante, prohibido por el art. 15 C.E. Lo que conduce a la desestimación por este motivo de la queja del recurrente de amparo.

5. Sin embargo, sentado lo anterior, ha de entrarse seguidamente en el examen de la segunda queja formulada por el recurrente para determinar si la orden impartida al mismo, aun no constituyendo un trato degradante prohibido por el art. 15 C.E., ha vulnerado su derecho a la intimidad personal que el art. 18.1 C.E. le reconoce. A cuyo fin, antes de proceder al examen de las circunstancias del presente caso conviene exponer, en lo que aquí especialmente interesa, la doctrina de este Tribunal en torno al derecho fundamental que se invoca como fundamento de la queja:

A) El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el art. 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (Sentencias 231/1988, fundamento jurídico 3.; 179/1991, fundamento jurídico 3., y 20/1992, fundamento jurídico 3.).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (Sentencias 37/1989, fundamento jurídico 7.; 120/1990, fundamento jurídico 12, y 137/1990, fundamento jurídico 10).

B) Pero dicho esto, conviene además precisar, en primer término, que el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal; de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona. En segundo lugar, aun tratándose ya de actuaciones que afecten al ámbito protegido, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto (sentencia 37/1987, fundamento jurídico 7.); por lo que se concluía en esta Sentencia, respecto a los ciudadanos que gozan una situación de libertad, que «tal afectación del ámbito de intimidad es sólo posible por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 C.E.)».

Finalmente, con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad «aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere» (sentencia 89/1987, fundamento jurídico 2.).

6. Examinado el supuesto planteado en el presente caso, a la luz de la doctrina constitucional que se acaba de exponer, y ciñéndonos al concreto contenido de la queja, es de observar que lo que el recurrente de amparo cuestiona son las órdenes impartidas por un funcionario de la prisión de Nanclares de la Oca a las que se ha hecho referencia anteriormente, por considerar que su cumplimiento constituía una intromisión ilegítima en su intimidad personal y era, por tanto, lesiva del art. 18.1 C.E.

Si se considera en primer lugar la finalidad de las órdenes impartidas al hoy recurrente de amparo, cabe estimar que lo pretendido por la Administración penitenciaria era velar por el orden y la seguridad del establecimiento, ya que con dicha medida se trata de evitar que, con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con persona ajena al centro penitenciario, puedan introducirse en el mismo objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con riesgo evidente para la seguridad del centro o la salud de las personas. Y es evidente también que dicha finalidad está directamente vinculada con el deber que incumbe a la Administración de disponer y ordenar los cacheos y registros en las personas de los internos, así como los demás procedimientos y medidas que, para atender a la seguridad del centro, ha previsto la legislación penitenciaria.

Ahora bien, admitido lo anterior, para apreciar si la actuación administrativa en el presente caso vulneró o no el derecho a la intimidad corporal del demandante de amparo, no es suficiente hacer valer un interés general, al que por definición ha de servir el obrar de la Administración (art. 103.1 C.E.), pues bien se comprende, como se ha dicho en la sentencia 37/1989, fundamento jurídico 7., que «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia». Por ello, no es ocioso recordar aquí que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 7., y 2/1982, fundamento jurídico 5., entre otras). Ni tampoco que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (sentencia 53/1986, fundamento jurídico 3.). De donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (Sentencias 62/1982, fundamento jurídico 5., y 13/1985, fundamento jurídico 2.), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone (sentencia 37/1989, fundamento jurídico 7.) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4. a 6.; 120/1990, fundamento jurídico 8, y 137/1990, fundamento jurídico 6.). Por lo que ha de analizarse, a la luz de esta doctrina, si una medida como la impugnada en el presente caso, se halla justificada en la protección de exigencias públicas y si, en su caso, cumple la condición de ser proporcionada en atención a la situación de aquél al que se le impone.

A) En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración, Penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 C.E. como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo «respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena» (art. 3 L.O.G.P.), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos.

B) De otra parte, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario. Y entre tales situaciones se halla ciertamente, aquella en la que existe una situación excepcional en el centro, con graves amenazas de su orden interno y su seguridad por el comportamiento de los reclusos, como se ha reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (decisión de 15 de mayo de 1990, caso «McFeel y otros») al declarar proporcionada a la finalidad perseguida una medida de registro similar a la aquí impugnada.

Sin embargo, el anterior supuesto pone de relieve que para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos no es suficiente alegar una finalidad de protección de intereses públicos, como antes se ha dicho, pues es preciso cohererarla con el derecho a la intimidad de los reclusos. De manera que, al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

Extremos que son relevantes en el presente caso pues la necesidad de la medida aquí impugnada carece de cualquier fundamentación, tanto en los Acuerdos impugnados como en las resoluciones judiciales que los confirman. Y, de otro lado, ha sido adoptada sin ponderar esa necesidad y el derecho fundamental del recluso que con la misma se limitaba. En efecto, de las actuaciones se desprende que ni la situación existente en el centro penitenciario en el momento en que fue adoptada tal medida ni la conducta del interno al que se dirigía, han sido acreditadas ni aún invocadas para fundamentar la medida en ninguno de los expedientes disciplinarios sancionadores, ni en las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde velar por las situaciones que puedan afectar a los derechos y libertades de los presos y condenados (Sentencias 73/1983, fundamento jurídico 6.; 74/1985, fundamento jurídico 2., y 2/1987, fundamento jurídico 5.). Referencia a dichas circunstancias que tampoco se contiene, por último, en las alegaciones presentadas en este proceso constitucional por el Abogado del Estado.

Por ello, cabe estimar, en suma, que no se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca y en las fechas en las que se adoptaron las medidas aquí examinadas existiera una situación que, por sí misma, entrañase una amenaza para la seguridad y el orden del centro que hiciera imprescindible adoptarlas. Y otro tanto, ocurre en lo que respecta al comportamiento del interno afectado por la medida, pues tampoco se ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que de ese comportamiento se desprendiera la fundada sospecha o la existencia de indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro, o la integridad física o la salud de los internos. Pues no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el art. 18.1 C.E. es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar

por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso.

7. Es evidente, pues, que la actuación administrativa que aquí se impugna no se atuvo a las exigencias expuestas en lo que respecta a la finalidad de la medida. Ahora bien, aunque no hubiera sido así, es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (sentencia 120/1990, fundamento jurídico 12), pues a la hora de elegir estos es necesario emplear aquéllos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (sentencia 137/1990, fundamento jurídico 7.). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada.

Dicha medida entraña, como reiteradamente se ha dicho, que tras haber tenido una comunicación íntima el recluso se desnude ante un funcionario del centro penitenciario. Desnudez impuesta al destinatario de la medida que ha de ponerse en relación con su intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por los valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal. Y en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación, y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad.

Sin embargo, ello no ocurre así en el presente caso, por varias razones. Cabe observar, en efecto, que si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquél se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo, respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre.

De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 C.E. en atención a los medios utilizados para su práctica.

8. La apreciación precedente sólo se refiere a la medida objeto de la queja formulada por el demandante de amparo y, claro es, no excluye en modo alguno que la Administración Penitenciaria, en correspondencia con su deber de velar por el orden y la seguridad de los establecimientos, pueda establecer los oportunos controles para impedir que las comunicaciones íntimas puedan ser ocasión de introducir objetos peligrosos o sustancias estupefacientes, con evidente riesgo para la salud y la integridad física de los internos, y para la seguridad y buen orden del centro. Máxime si, como se ha alegado por el Abogado del Estado, dichas comunicaciones son el cauce habitual para la introducción en el centro de estupefacientes u objetos peligrosos. Ni esa apreciación puede entrañar que las medidas de control, aun cuando restrinjan la intimidad corporal de los internos, no puedan ser constitucionalmente legítimas si están justificadas por su finalidad, se fundamentan en las circunstancias del centro penitenciario y la previa conducta de los reclusos y, además, por los medios utilizados para su práctica, no se

produce una afectación de los derechos fundamentales y, en particular, de los reconocidos en los arts. 15 y 18.1 C.E.

Ello no ha sido así, sin embargo, en el presente caso, por lo que ha de declararse que las medidas aquí impugnadas por el recurrente han lesionado su derecho a la intimidad personal, cuyo ámbito se ha visto innecesariamente restringido más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere, afectando a su dignidad personal. Lo que ha de conducir, por tanto, al otorgamiento del amparo solicitado por don Daniel Antonio del Río Urquijo.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo promovido por don Daniel Antonio Río Urquijo y, en consecuencia:

1. Reconocer al recurrente el derecho fundamental a la intimidad personal.
2. Anular los Acuerdos sancionadores de la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, de 11 de julio de 1990 y 11 de marzo de 1991, recaídos, respectivamente, en los expedientes disciplinarios núms. 525/90 y 238/91, así como los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, de 6 de agosto y 13 de septiembre de 1990, y de 18 de abril y 28 de mayo de 1991, resolutorios de los recursos de alzada y reforma contra los citados Acuerdos sancionadores.

OCTAVO. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 18

Por motivos didácticos el orden de exposición y estudio se altera al que en su caso podría resultar más lógico en razón de la propia Constitución y la propia naturaleza de los derechos y garantías afectados. No obstante, se explica el orden empleado por la “proximidad” con las libertades informativas del artículo 20 CE, que inclinan a estudiar conjuntamente los derechos de honor, intimidad y propia imagen con aquéllos, según se expone.

El alumno ya se ha iniciado en la lectura y comprensión de sentencias, ahora, alterna su lectura con la legislación y el papel que al legislador corresponde. Las garantías del artículo 18 (inviolabilidad del domicilio y secreto comunicaciones) y derechos específicos (como el “nuevo” derecho de protección de datos) dan inicio al tratamiento de los derechos de la personalidad, para, inmediatamente acudir a un conflicto muy típico en derechos fundamentales, los derechos del artículo 18 frente a las libertades del artículo 20.

Tras el análisis de derechos específicamente (Emilio Aragón, Isabel Preysler), la sentencia de J. M. García vs. Ramón Mendoza da pie al tratamiento conjunto de estos preceptos y las reglas especiales para la resolución de los mismos (“relevancia pública del asunto”, carácter privado o público del sujeto afectado, contexto en el que se producen las manifestaciones, necesidad para el discurso de las expresiones, contribución o no a la formación de la opinión pública). De este modo se dará paso al tratamiento específico de las libertades informativas.

1. Texto constitucional y lectura a la vista de algunos tratados

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En este precepto se recogen típicos derechos de la personalidad, asimismo, el mismo ha de ser interpretado conforme al artículo 8 del CEDH y toda la jurisprudencia al respecto, bien amplia, por ejemplo en el campo de la reagrupación familiar⁵⁵.

⁵⁵ Esto podría, en su caso, explicar leyes como la de extranjería cuando regulan lo siguiente:

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

De otra parte, en razón de la sentencia 290/2000 y del artículo 10.2º CE, aunque no en vigor, al leer el art. 18. 4º podríamos estar leyendo lo que sigue como dentro de ese apartado 4º:

Artículo II-68: Protección de datos de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

2. Algunas garantías específicas

2. 1. CÓDIGO PENAL, INTIMIDAD, IMAGEN, DOMICILIO

TÍTULO X

Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio

CAPÍTULO I

Del descubrimiento y revelación de secretos, *Artículo 197-201*

CAPÍTULO II

Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público, *Artículo 202- 204*

SECCIÓN 2

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliar y demás garantías de la intimidad, *Artículo 534.- 536.*

“Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar.

1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.

3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.

Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.”

2. 2. LECRIM Y AUTORIZACIONES REGISTROS DOMICILIARIOS

1. **Observe, en razón de la ley el presupuesto general para el decreto de un registro (art. 546).**
2. **Es necesaria la autorización judicial para un registro en edificio público?**
3. **Es posible para un policía acceder a un domicilio sin autorización judicial, en qué casos? ¿se da alguna garantía para estos supuestos?**
4. **Observe las garantías (judiciales y de actuación) de un registro.**

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

TÍTULO VIII.

DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO, DEL DE LIBROS Y PAPELES Y DE LA DETENCIÓN Y APERTURA DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA.

Normativa de registros

Artículo 545.

Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.

Artículo 546.

El Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación.

Artículo 550.

Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6 de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.

Artículo 551.

Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el artículo 6 de la Constitución del Estado.

Artículo 552.

Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género

de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción.

Artículo 553. Modificado por Ley Orgánica 4/1988

Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Artículo 557. Declarado nulo por la sentencia 010/2002.

Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada.

Artículo 558.

El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el Juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la Autoridad o funcionario que los haya de practicar.

Artículo 566.

Si la entrada y registro se hubieren de hacer en el domicilio de un particular, se notificará el auto a éste; y, si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado.

Si no fuere tampoco habido el encargado se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla.

Artículo 569. Modificado por Ley 22/1995

El registro se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente.

Si aquél no fuere habido o no quisiere concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia, mayor de edad.

Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo.

(...)

A) Concepto de domicilio sentencia 10/2002

1. **¿Para el Tribunal Constitucional la inviolabilidad del domicilio es una manifestación e instrumento de un derecho fundamental, de cuál? (FJ 5).**
2. **¿Qué incidencia tiene esta construcción instrumental?**
3. **Qué dos reglas se derivan de la inviolabilidad del domicilio para el Tribunal.**
4. **¿En la Constitución se define el “domicilio”?**
5. **Quién y cómo se ha definido el “domicilio”.**
6. **¿Esta definición parte del concepto del domicilio del “Código civil”?**
7. **¿Qué factores se tienen en cuenta para concebir el “domicilio” a efectos del artículo 18 CE?**
8. **¿Es “domicilio” una vivienda no habitada? (FJ 6º)**
9. **¿Es domicilio el local destinado a almacén de mercancías? (FJ 6º)**
10. **¿Es domicilio un bar y un almacén? (FJ 6º)**
11. **¿Es domicilio las oficinas de una empresa o los locales abiertos al público o de negocios? (FJ 6º)**
12. **¿Todo lugar donde se requiere autorización judicial para la entrada es “domicilio”? (FJ 6º)**
13. **¿Cuál es el rasgo esencial para el Tribunal del “domicilio? (FJ 7º)**
14. **Qué datos considera irrelevantes, cuáles sí son relevantes.**
15. **¿Una vivienda circunstancialmente abierta, es domicilio?**
16. **¿Qué papel juegan los signos externos?**
17. **¿Qué dice el Tribunal Constitucional de las habitaciones de hotel? (FJ 8º).**
18. **¿Es en todo caso necesaria una autorización para la entrada en todo establecimiento hotelero? ¿Se requiere autorización para el hall de un hotel? ¿Y para una Sala donde se celebra la convención de una empresa? (FJ 9º).**

II. Fundamentos jurídicos

4. Razona el órgano judicial cuestionante la inconstitucionalidad del art. 557 LECrim en el hecho de que excluye de la consideración de domicilio a los efectos de que su registro requiera autorización judicial “las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas” de quienes “se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente”. La inconstitucionalidad de esta disposición derivaría de la imposibilidad de considerar domicilio de los huéspedes de dichos establecimientos de hostelería a las habitaciones que ocupen en los mismos. La Audiencia Provincial de Sevilla entiende que dicha exclusión es contraria al art. 18.2 CE, por cuanto extrae de su ámbito de protección, y

específicamente de la exigencia de autorización judicial para su registro, las habitaciones de los hoteles respecto de los clientes, cuando del concepto de domicilio que se infiere de la jurisprudencia constitucional, vinculado a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar, deriva que las habitaciones de los hoteles han de considerarse domicilio a efectos constitucionales. Si domicilio es cualquier espacio físico cerrado en el que se despliega el ámbito de privacidad de las personas, con independencia de que tenga carácter habitual, permanente o estable, o, transitorio, temporal o accidental, las habitaciones de los hoteles y demás alojamientos de hostelería han de considerarse domicilio, por cuanto la accidentalidad o temporalidad de su uso no excluye que en las mismas se desarrolle vida privada con ánimo de exclusión de terceros.

De otra parte, considera también el órgano judicial que no sería posible una interpretación del precepto conforme a la Constitución, pues, aunque los términos utilizados para aludir a los espacios que no se consideran domicilio no se refieren literalmente a los hoteles, sino a las tabernas, casas de comida, posadas o fondas, es evidente que los términos posada y fonda son sustancialmente idénticos al de hotel, de conformidad con las definiciones de cualquier diccionario, y así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo. Finalmente, argumenta que la literalidad del precepto y su *ratio* son excesivamente explícitos para permitir una interpretación del mismo que no sea la que deriva de sus propias palabras.

Como ya hemos afirmado, a esta argumentación se une el Fiscal General del Estado, aunque advierte que sería posible declarar exclusivamente la inconstitucionalidad de la expresión “o residan accidental o temporalmente ... tan sólo”.

5. Delimitada así la controversia sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado, el examen de la adecuación del art. 557 LECrim al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) requiere partir del contenido de este derecho fundamental y del concepto constitucional de domicilio. A tal efecto hemos de comenzar por recordar que la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, sentencia 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (sentencia 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH; sentencia 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Si, como hemos declarado de forma reiterada, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, Sentencias 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el “domicilio”, por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella

misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (sentencia 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (sentencia 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

De lo expuesto se infiere que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su “inviolabilidad”, como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito.

6. La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE. Sin embargo, este Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes (Sentencias 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por este Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

Con carácter general, como acabamos de recordar, hemos declarado que “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

A esta genérica definición hemos añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que “la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene “mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no “admite concepciones reduccionistas [... como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación” (sentencia 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que

tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo “recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales”, y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a “aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad” (sentencia 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, hemos señalado, que “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza”, pues “la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros” (sentencia 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (sentencia 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

En aplicación de esta genérica doctrina, hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (sentencia 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y, sin embargo, no hemos considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (sentencia 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), un bar y un almacén (sentencia 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [sentencia 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3 b)].

7. De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene, como ya hemos anticipado, que el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.

El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de

serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

8. Preciado en estos términos el concepto constitucional de domicilio, se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada.

Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito.

La consideración de las habitaciones de los hoteles como domicilio de quienes se alojan en ellas a efectos de la protección que el art. 18.2 CE establece para el domicilio coincide, por lo demás, con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 3 de julio 1992, RJ 1992\6017; 10 de julio 1992, RJ 1992\6378; 5 de octubre 1992, RJ 1992\7737; 17 de marzo de 1993, RJ 1993\2330; 15 de febrero de 1995, RJ 1995\865; 2 de octubre de 1995, RJ 1995\7588, 21 de noviembre de 1997, RJ 1997\7995; 24 de enero de 1998, RJ 1998\88; 16 de mayo de 2000, RJ 2000\4960) y la jurisprudencia de otros países (*Stoner v. California*, 376 U.S. 483).

9. Ahora bien, la inconstitucionalidad del art. 557 LECrim no se infiere necesariamente de cuanto se acaba de señalar, y, específicamente, no deriva de contener un concepto de domicilio distinto del que es objeto de protección en el art. 18.2 CE. La inconstitucionalidad del precepto precisa analizar en qué medida dicha disposición se refiere a las habitaciones de los hoteles y en qué medida el concepto de domicilio que establece incide en el ámbito de protección del art. 18.2 CE, para lo que habrá que examinar la finalidad del art. 557 LECrim.

...

Excluir los establecimientos de hostelería de la necesidad de autorización judicial no es, sin embargo, en principio, contrario al art. 18.2 CE, pues se trata de establecimientos abiertos al público en los que principalmente se desarrollan actividades no privadas y, por consiguiente, quienes las realizan no tienen pretensión de

privacidad. Por ello, el art. 557 LECrim, en su sentido original, no es contrario a la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La incompatibilidad del art. 557 LECrim con el derecho reconocido en el art. 18.2 CE se produce sólo en la medida en que impide con carácter absoluto que dichos establecimientos o una parte de los mismos, específicamente sus habitaciones respecto de sus huéspedes, sean consideradas domicilio, esto es, espacios en los que los huéspedes de los hoteles despliegan su privacidad. Como hemos afirmado, el art. 18.2 CE garantiza la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular y de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Dicha exigencia de autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho (por todas, Sentencias 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10) que no puede ser excepcionado, puesto que las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo (Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). Por consiguiente, ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el art. 18.2 CE, domicilio de una persona física.

10. En atención a todo ello se ha de concluir que el art. 557 LECrim es contrario al art. 18.2 CE por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial. ...

B) Titularidad por personas jurídicas, Sentencia 69/1999

- 1. Observa la diferente protección constitucional del domicilio cuando se trata de personas físicas y jurídicas.**
- 2. Acuda a la regulación de la LECRIM para advertir la protección de unas y otras personas.**

FJ 2 ...

En lo que respecta a la titularidad del derecho que el art. 18.2 C.E. reconoce, necesariamente hemos de partir de la sentencia 137/1985, ampliamente citada tanto en la demanda de amparo como en las alegaciones del Ministerio Fiscal. Decisión en la que hemos declarado que la Constitución, «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas» (en el mismo sentido, Sentencias 144/1987 y 64/1988). Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la «naturaleza y especialidad de fines» de dichas personas (sentencia 137/1985, fundamento jurídico 5.).

Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a éstas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la sentencia 22/1984, fundamento jurídico 5. (asimismo, Sentencias 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una

persona física y de su esfera privada (sentencia 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena.

Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

C) Autorización judicial de registro domiciliario, sentencia 136/2000

- 1. Observa el “eje central” del caso (FJ 2) y cómo se estructuran los elementos de análisis.**
- 2. Qué dice el Tribunal respecto de la necesaria motivación del auto que autoriza la entrada al domicilio. (FJ 3)**
- 3. Cuáles son los requisitos esenciales de la autorización y relacionarlos con las exigencias a los límites a los derechos. (FJ 4).**
- 4. Para este caso concreto, qué estima el tribunal respecto de estos requisitos del auto de autorización.**
- 5. ¿Si la autorización es defectuosa, lo es también toda prueba obtenida con el registro domiciliario? (FJ 6).**
- 6. ¿Qué pruebas quedan directamente excluidas ante una autorización defectuosa? (FJ 6).**
- 7. ¿En el presente caso, qué estima el tribunal sobre las pruebas que llevaron a la condena de la parte demandante? (FJ 7 y 8).-**

II. Fundamentos jurídicos

1. Las Sentencias que se impugnan en este recurso de amparo fueron dictadas en el proceso iniciado con el sumario núm. 18/92, tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, tras la acumulación de los procedimientos penales incoados por distintos Juzgados de Instrucción contra el demandante de amparo, entre otros imputados, y en los que se investigaban hechos delictivos diversos, relacionados todos ellos con el tráfico ilegal de sustancias estupefacientes, presuntamente cometidos por personas integradas en una organización de carácter internacional.

Sin embargo, el Tribunal sentenciador sólo estimó probados una parte de los hechos que se enjuiciaban, en lo que se refiere a la participación del ahora quejoso en la comisión de los mismos. En concreto, declaró que la tenencia en su poder de una relevante cantidad de cocaína destinada a su transmisión para ser utilizada por terceras personas cumplía, per se, la conducta requerida por el tipo previsto en los arts. 344 y 344 bis a) del Código Penal de 1973, por el que resultó condenado. La Sentencia de la Sala de lo Penal (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional se fundamenta jurídicamente con varias y distintas pruebas. Esta decisión fue confirmada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

2. El eje central de la demanda de amparo es la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.), denuncia que se sustenta en la falta de motivación del Auto dictado por el Juez de Instrucción núm. 2 de Majadahonda, que autorizó la entrada y registro. Esta carencia se concreta, en opinión del quejoso, en: a) Falta del presupuesto material que habilitaría el Juez para adoptarla, pues no existen, según se alega, indicios propiamente dichos sobre el hecho constitutivo del delito que se investigaba, sino meras sospechas o conjeturas de la policía, quien, por otra parte, ocultó datos al Juez autorizante; b) Falta de indicios de la conexión del sujeto pasivo de la medida, esto es, el ahora quejoso, con los hechos que se investigaban, afirmación que se asienta y se refuerza en la errónea identificación del titular de la vivienda; c) La disociación entre el objeto y finalidad de la medida adoptada y los hechos averiguados durante el desarrollo de la misma, reveladores, para el recurrente, de la falta de necesidad y adecuación de la medida.

Para el supuesto de que se aprecie tal lesión, el recurrente aduce que el hallazgo de la droga en su domicilio no pudo ser valorado como prueba de cargo, sin merma de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) al ser obtenida directamente a través de la vulneración del derecho fundamental sustantivo y que, por constituir la única prueba de cargo en la que se sustentó su condena como autor del delito de tráfico de drogas, se vulneró su derecho a la presunción de inocencia, por lo cual solicita, previa la declaración de vulneración de tales derechos fundamentales, la nulidad de las resoluciones judiciales que aquí se impugnan.

Planteado así el recurso de amparo, las cuestiones que hemos de abordar son: a) Garantías constitucionales de la inviolabilidad del domicilio; b) Requisitos del Auto judicial que acuerda la entrada y registro en un domicilio; c) Valoración de las pruebas obtenidas, si fuera ello necesario, con vulneración de los derechos constitucionales. Una vez establecidas las pertinentes conclusiones aplicaremos nuestra doctrina al supuesto que estamos enjuiciando.

3. Hemos de analizar, pues, la fundamentación jurídica del Auto que acordó la entrada en el domicilio. Habrá que resolver si ese Auto revela la toma en consideración por el Juez de elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia de un delito o de su posible comisión, esto es, la apoyatura en datos objetivos suficientes para apreciar la necesidad e idoneidad de la medida como elementos necesarios del juicio de proporcionalidad que pudiere efectuarse, «siquiera a posteriori» (Sentencias 37/1989, de 15 de febrero, 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, respecto a intervención de las comunicaciones telefónicas), entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a que obedece.

Respecto al derecho reconocido en el art. 18.2 C.E. tenemos establecido: «La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (art. 18.2 C.E.) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.). Esta manifestación no se concibe como un derecho absoluto, sino que viene configurada con atención a otros derechos. Los límites al ámbito fundamental de la privacidad tienen un carácter rigurosamente taxativo [Sentencias 22/1984, de 17 de

febrero, FJ 3, 160/1991, de 18 de julio, FJ 8, 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8 a)] y, si bien con carácter negativo, son pieza fundamental para la identificación del objeto del derecho (qué sea la “inviolabilidad” domiciliaria) y de su contenido propio (facultad de rechazo del titular frente a toda pretensión ilegítima de entrada) y también, en relación con ello, para controlar las regulaciones legales y las demás actuaciones públicas que puedan afectar a este derecho fundamental (sentencia 341/1993, FJ 8)» (sentencia 126/1995, de 25 de julio, FJ 2).

Con esta advertencia nos colocamos en la exigencia constitucional de la motivación del Auto acordando la entrada en un domicilio. La entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, solo puede hacerse si lo autoriza el Juez competente; en esta autorización descansa la legitimidad del registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (arts. 18.2 C.E., 87.2 L.O.P.J. y 546 L.E.Crim.). Este es el requisito necesario, y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar (sentencia 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4, en la línea reforzada a partir de la sentencia 290/1994, de 27 de octubre).

Ahora bien, la garantía judicial constituye un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución a reparar su violación cuando se produzca (sentencia 160/1991, FJ 8). De lo que se deduce la necesidad de motivación de la resolución judicial a la que se refiere el art. 18.2 C.E., puesto que es la misma la que permite decidir en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E., u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos o, en distintas palabras, «la autorización judicial, vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental» (Sentencias 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5, y 126/1995, FJ 3).

4. Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. Recientemente, en la sentencia 239/1999, de 20 de diciembre, hemos señalado los requisitos esenciales:

Esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (Sentencias 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión) (Sentencias 11/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, tener en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando

una notitia criminis alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión: idoneidad de la medida respecto del fin perseguido; la sospecha fundada de que pudiera encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos: su necesidad para alcanzar el fin perseguido; y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos, pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites: juicio de proporcionalidad en sentido estricto (sentencia 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 5).

«Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (Sentencias 49/1999, de 5 de abril, FJ 8, 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10)» (sentencia 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Hemos admitido asimismo la posibilidad de que, en ciertos casos, y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste (sentencia 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio). Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de «ser accesibles a terceros», en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida (sentencia 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8).

5. En el presente caso la solicitud policial, de 10 de julio de 1991, contiene el relato transcrito en el antecedente 2, c). El Auto dictado por el Juez de guardia de los de Instrucción de Majadahonda en la misma fecha, contiene un único antecedente:

«Que por el grupo primero de investigación de la brigada de Entrevías se solicitó la entrada y registro en el domicilio sito en la c/ Azagador núm. 13, Urbanización Molino de la Hoz de Las Rozas, cuya titular es Hebe Vargas, por tener fundadas sospechas de la existencia de sustancias estupefacientes y armas de fuego utilizadas en un tiroteo producido el día 27 de junio en la calle Cabo de Tarifa.»

En la fundamentación jurídica, tras exponer las normas procesales aplicables, arts. 546, 550, 558, 563, y 566 al 572 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez autoriza la entrada y registro durante cualquier hora del día o de la noche del 10 al 11 de julio de 1991 en el domicilio propiedad de Hebe Vargas, sito en la calle Azagador núm. 13 de Las Rozas, «en la forma prevenida en la Ley, por agentes del Grupo 1., investigación de la brigada de Entrevías y con presencia del Sr. Secretario de este Juzgado; registro que se efectuará al objeto de localizar sustancias estupefacientes y armas de fuego».

La falta de expresión de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma, nos lleva a estimar que el

Juez no pudo efectuar la debida ponderación, como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 C.E., y, en todo caso, «como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental» (sentencia 171/1999, de 27 de septiembre), pues también hemos dicho que «en la ponderación de la proporcionalidad de la medida, el Juez que dicta la resolución sólo puede haber tenido en cuenta las informaciones [a la sazón] conocidas» (sentencia 49/1999, de 5 de abril, FJ 8). Por tanto en la revisión de la proporcionalidad de la medida, este Tribunal no ha de tomar en consideración ninguna circunstancia sabida con posterioridad al momento en que se adoptó la medida restrictiva del derecho fundamental (sentencia 8/2000, de 17 de enero, FJ 5).

En definitiva, y por la carencia de razonamiento judicial apuntada, procede estimar que se vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio.

6. Ahora bien, como ya adelantábamos, para enjuiciar las otras dos vulneraciones de derechos fundamentales que también se denuncian en la demanda, derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, ambos reconocidos en el art. 24.2 C.E., debemos considerar cuáles fueron los elementos utilizados como prueba de cargo para sustentar la condena del recurrente. Y ello porque, según venimos afirmando, «la declaración de la lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneraciones de derechos constitucionales» (sentencia 8/2000, de 17 de enero, con cita de las Sentencias 166/1999, de 27 de septiembre, y 171/1999, de 27 de septiembre).

En concreto, en lo que respecta al ámbito del derecho a la inviolabilidad del domicilio en relación con la valoración de pruebas obtenidas a partir del conocimiento obtenido a consecuencia de la entrada y registro, declarada constitucionalmente ilícita, nuestra jurisprudencia tiene establecido que tal ilicitud impide valorar como pruebas de cargo las que constituyen la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental, como el acta donde se recoge el resultado del registro y las declaraciones de los agentes de la autoridad que lo llevaron a cabo. Tampoco cabe valorar aquellas otras que, aún cuando por sí mismas no constituyan la materialización de la vulneración, se obtuvieron en el momento de practicarse el registro o se adquirió el conocimiento en el mismo acto, como las declaraciones de los demás testigos que asistieron al registro (Sentencias 94/1999, de 31 de mayo, 139/1999, de 22 de julio, 161/1999, de 27 de septiembre).

En suma, la prohibición de valorar pruebas obtenidas inicialmente con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, sólo tiene lugar si la ilegitimidad de las pruebas se transmite a las derivadas (Sentencias 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, 121/1998, de 15 de julio). A este fin habrá que determinar si entre ellas existe lo que hemos denominado conexión de antijuricidad, atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental y su resultado, tanto desde una perspectiva interna (referida a la índole y características del derecho sustantivo), como desde una perspectiva externa (las necesidades de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho) (sentencia 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, 121/1998, de 15 de junio, FJ 5, 49/1999, de 5 de abril, FJ 14, 94/1999, de 31 de mayo, 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4).

7. ...

A la vista de lo anterior, es evidente que tanto al acta del Secretario judicial, donde se documenta el resultado de la diligencia de entrada y registro, como las declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en su práctica y las de otros testigos presentes en el mismo, no pueden constitucionalmente sustentar el hecho probado del

hallazgo de la sustancia estupefaciente. Elementos probatorios que, como hemos expuesto más arriba, están invalidados.

Sin embargo, la constatación de que se han valorado pruebas constitucionalmente ilícitas no conduce, sin más, a la conclusión de que la Sentencia condenatoria haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. La convicción judicial que llevó a la declaración de los hechos probados, y con ella a estimar que la tenencia de la sustancia estupefaciente cumplía por sí sola el tipo previsto en el Código Penal aplicado, efectuando simultáneamente el necesario juicio sobre la culpabilidad del acusado, no se sustentó exclusivamente en aquellas pruebas.

8. ...

En consecuencia, desde el control que puede ejercer este Tribunal ha de admitirse que existió prueba de cargo legítimamente obtenida, de la que puede deducirse, razonablemente, los hechos probados y la participación en los mismos del recurrente.

2. 4. SECRETO Y AUTORIZACIONES DE INTERVENCIÓN EN COMUNICACIONES

A) El concepto de secreto de comunicaciones por el TC y el TEDH

Visión amplia del TEDH

Caso Malone, TEDH, 2 agosto de 1984, luego en Caso Valenzuela, 1998: “inviolable no sólo es el mensaje, sino todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales, o constatar la existencia misma de la comunicación, su fecha, duración y todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida”.

Recibida por el Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional 114/1984, FJ 7 Y 34/1996, FJ 4ª el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” Tribunal Constitucional habla en el mismo lugar de “la presunción ‘iuris et de iure’ de que lo comunicado es “secreto” en sentido sustancial”. Así, secreto en sentido objetivo y con base en la cobertura técnica que le proporcionan el canal cerrado.

B) Conceptos en el ámbito de las telecomunicaciones

Los datos de localización pueden referirse a la latitud, la longitud y la altitud del equipo terminal del usuario, a la dirección de la marcha, al nivel de precisión de la información de la localización, a la identificación de la célula de red en la que está localizado el equipo terminal en un determinado momento o a la hora en que la información de localización ha sido registrada.

Los datos de tráfico pueden referirse, entre otras cosas, al encaminamiento, la duración, la hora o el volumen de una comunicación, al protocolo utilizado, a la localización del equipo terminal del remitente o destinatario, a la red en que se origina o concluye la transmisión, al principio, fin o duración de una conexión. También pueden referirse al formato en que la red conduce la comunicación.

Directiva de 2006 obliga a la retención de datos 6-24 meses y debe tenerse en cuenta la regulación de la LECRIM y la Ley 25/2007 que transpone la Directiva de retención de datos.

Dudoso alcance del derecho en el ámbito de la retención de datos.

Sentencias de 2002, nº 70 y 123 “cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada”, con independencia del contenido del mensaje “conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc.”

“En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.”

Delimitación Sentencia 70/2002 : "la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos", de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en el proceso de comunicación (precisión que también se recoge en la STC 56/2003).

Ampliación STEDH de 16 de octubre de 2007 (caso WIESER y BICOS BEILIGUNGEN GMBH v. Austria),

en un supuesto de registro en sede de servicio jurídico de una empresa se accedió al contenido de mensajes recibidos por otra empresa, encajó el conflicto en la protección del derecho al secreto de la correspondencia privada.

el Tribunal llega a afirmar de forma tajante que «...la búsqueda e incautación de datos electrónicos constituye una interferencia del derecho de los interesados al respeto de su correspondencia dentro del ámbito del art. 8»

C) Garantía del secreto en las comunicaciones en la LECRIM

- 1. Ten en cuenta, en todo caso, que hay abundante normativa de otros ámbitos (Centro Nacional de Inteligencia, legislación militar, concurso y quiebra, etc.).**
- 2. Observa el presupuesto para acordar la detección de correspondencia.**
- 3. Consideras el correo electrónico en el ámbito de alguno de estos preceptos, cuál.**
- 4. Qué diferencias observas entre la intervención de cartas o de teléfono.**

5. Qué sucede en el ámbito terrorista.

LECRIM

Artículo 579.

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

3. El “nuevo” derecho a la protección de datos personales, sentencia 292/2000

- 1. Lee el artículo 18. 4º. ¿Ves el reconocimiento de un derecho fundamental?**
- 2. Observa la historia y justificación de este “nuevo” derecho.**
- 3. Observa la terminología empleada para hablar de este nuevo derecho.**
- 4. Qué afirma el Tribunal que comparte este nuevo derecho del apartado 4º con el derecho a la intimidad del apartado 1º.**
- 5. Qué finalidad afirma el Tribunal que difiere este nuevo derecho del apartado 4º con el derecho a la intimidad del apartado 1º.**
- 6. Observa la importante diferencia entre el nuevo derecho de la protección de datos y la intimidad por cuanto al objeto amparado.**
- 7. Observa la importante diferencia entre el nuevo derecho de la protección de datos y la intimidad por cuanto al contenido.**
- 8. Observa como define el contenido del nuevo derecho el Tribunal, esto es, las facultades que comporta el derecho. Fíjate en particular en los derechos concretos (“haz de garantías”) que derivan de este derecho de protección de datos.**

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000, interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Defensor del Pueblo ha interpuesto el presente recurso de inconstitucionalidad contra ciertos incisos de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD, cuya Disposición final segunda les priva de la forma de Ley Orgánica) que, a su juicio, vulneran frontalmente la reserva de ley del art. 53.1 CE, el art. 18.1 y 4 CE, al no respetar el contenido esencial del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar así como del derecho fundamental que este Tribunal ha denominado de “libertad informática” (Sentencias 254/1993, de 20 de julio, 94/1998, de 4 de mayo, y 202/1999, de 8 de noviembre).

(resumen jurisprudencia precedente)

4. Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.

Ahora bien, con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía “como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”, pero que es también, “en sí mismo, un derecho o libertad fundamental” (sentencia 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). Preocupación y finalidad del constituyente que se evidencia, de un lado, si se tiene en cuenta que desde el anteproyecto del texto constitucional ya se incluía un apartado similar al vigente art. 18.4 CE y que éste fue luego ampliado al aceptarse una enmienda para que se incluyera su inciso final. Y más claramente, de otro lado, porque si en el debate en el Senado se suscitaban algunas dudas sobre la necesidad de este apartado del precepto dado el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al honor en el apartado inicial, sin embargo fueron disipadas al ponerse de relieve que estos derechos, en atención a su contenido, no ofrecían garantías suficientes frente a las amenazas que el uso de la informática podía entrañar para la protección de la vida privada. De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto.

5. El art. 18.4 CE fue esgrimido por primera vez en el caso de un ciudadano a quien le denegó el Gobierno Civil de Guipúzcoa información sobre los datos que sobre su persona poseía, resuelto por la sentencia 254/1993, de 20 de julio. Y lo dicho en esta pionera Sentencia se fue aquilatando en las posteriores, como la relativa a las normas reguladoras del número de identificación fiscal (sentencia 143/1994, de 9 de mayo), o la que declaró contrario a la libertad sindical (art. 28 CE), en relación con el art. 18.4 CE, el uso por una empresa del dato de la afiliación sindical para detraer haberes de los trabajadores con ocasión de una huelga promovida por determinado sindicato, sentencia 11/1998, de 13 de enero (cuya doctrina ha sido reiterada en una larga serie de Sentencias de este Tribunal resolviendo idéntica cuestión, y de entre las que merece

destacarse la sentencia 94/1998, de 4 de mayo), o, finalmente y hasta la fecha, la sentencia 202/1999, de 8 de noviembre, en la que, con ocasión de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador sin mediar su consentimiento expreso constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Artículo 18, punto 1º y 4º afinidades y diferencias, el derecho autónomo del 18.4º

Primera peculiaridad del 4º respecto del 1º

Pues bien, en estas decisiones el Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la sentencia 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’”, lo que se ha dado en llamar “libertad informática” (FJ 6, reiterado luego en las Sentencias 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (Sentencias 11/1998, FJ 5, 94/1998, FJ 4).

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

6. La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas sentencia 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 144/1999, FJ 8; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes

públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal (sentencia 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), como el derecho al honor, citado expresamente en el art. 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia del propio art. 18.4 CE, al pleno ejercicio de los derechos de la persona. El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Segunda peculiaridad

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (Sentencias 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las Sentencias 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En

definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (sentencia 254/1993, FJ 7).

7. De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.

8. Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la sentencia 254/1993, FJ 4, que no se limita “a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11”, sino que los completa “con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8”, al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa.

Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental...

4. Ley orgánica 1/1982, de protección civil de derechos del artículo 18 CE

1. *A la vista de la exposición de motivos de esta norma:*
2. *Que protección se considera “preferente”, la penal o la civil. Qué crees que sucede si hay alguna actuación pena (ver art. 1).*
3. *Observa la afirmación del carácter irrenunciable de estos derechos y lo que se señala en el artículo 2. 2º y 3º.*
4. *Qué sucede ante el fallecimiento del afectado en sus derechos. Puede acudir a la protección de la ley por el hijo de un afectado en su honor.(ver exposición de motivos y artículo 4 y ss.)*
5. *Observa el caso de los menores (art. 3. 1º) y la condición del ejercicio de su protección.*
6. *Fija tu atención en los artículos 7 y 8.*
7. *En razón del artículo 9, qué puede pedirse en una demanda civil en razón de esta ley.*
8. *Qué criterios fija la ley para la indemnización preceptiva?*

Conforme al artículo dieciocho, uno, de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realzados en el texto constitucional que el artículo veinte, cuatro, dispone que el respeto de tales derechos constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

El desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica, a tenor del artículo ochenta y uno, uno, de la Constitución, del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo dieciocho, uno, de la misma constituye la finalidad de la presente ley.

Establece el artículo primero de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza en el proyecto de nuevo Código Penal recientemente aprobado por el Consejo de Ministros.

Por ello en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece.

Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece.

En el artículo segundo se regula el ámbito de protección de los derechos a que se refiere. Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable

admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas.

Los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas legítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran.

Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo. El otorgamiento del consentimiento cuando se trate de menores o incapacitados es objeto de las prescripciones contenidas en el artículo tercero.

En los artículos cuarto al sexto de la ley se contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado. Las consecuencias del mismo en orden a la protección de estos derechos se determinan según el momento en que la lesión se produjo. Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tuteada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento, en defecto de ella a los parientes supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal con una limitación temporal que se ha estimado prudente. En el caso de que la lesión tenga lugar antes del fallecimiento sin que el titular del derecho lesionado ejerciera las acciones reconocidas en la ley, sólo subsistirán éstas si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél o por su representante legal, pues si se pudo ejercitarlas y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización.

La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos séptimo y octavo de la ley. El primero de ellos recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo octavo de la ley.

Por último, la ley fija, en su artículo noveno, de acuerdo con lo prevenido en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución, el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas, así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos. En tanto no sea regulado el amparo judicial, se

considera de aplicación al efecto la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona de veintiséis de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, a cuyo ámbito de protección han quedado incorporados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica dos/mil novecientos setenta y nueve, de tres de octubre, del Tribunal Constitucional.

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo primero

Uno. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. *Modificado por la Ley orgánica 10/1995.* El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo noveno de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Tres. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

Artículo segundo

Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

Dos. *Redacción según sentencia 9/1990, de 18 de enero* No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso

Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo tercero

Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Artículo cuarto

Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Artículo quinto

Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo sexto

Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

CAPITULO II

De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen

Artículo séptimo

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. *Modificado por la Ley Orgánica 10/1995.* La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier

modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Artículo octavo

Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Artículo noveno

Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

5. Propia imagen

5. 1. PROPIA IMAGEN, SENTENCIA 081/2001, CASO EMILIO ARAGÓN, EJEMPLO DE DELIMITACIÓN DE DERECHOS

1. **Cómo define el derecho a la propia imagen el Tribunal Constitucional (FJ 2º). Qué conexión señala con otro derecho.**
2. **Sitúa el Tribunal la cuestión en el ámbito de los límites, o de la “delimitación” del derecho.**
3. **¿Concurren el derecho a la propia imagen con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen? ¿Qué afirma el Tribunal sobre estos dos derechos y su convergencia?**
4. **¿Considera el Tribunal en el presente caso afectado el derecho a la propia imagen? (FJ 3º)**
5. **¿Considera el Tribunal afectada la dimensión personal y no patrimonial de este derecho?**
6. **¿Si se hubiera empleado la imagen de Emilio Aragón, quedaría afectada la dimensión personal del derecho a la imagen?**
7. **Reflexiona otras cuestiones:**
8. **Tiene derecho una empresa a exigir uniforme a sus trabajadores. ¿En qué circunstancias y cómo formalizar este entramado obligacional?.**
9. **¿Tiene derecho el Estado a exigir uniforme a los policías?. ¿Y a los militares?. Tiene derecho a exigir que utilicen lentillas azules para mantener mayor uniformidad? ¿Y el pelo corto a los hombres y no a las mujeres?**

II. Fundamentos jurídicos

1. ...

En la demanda de amparo se argumenta que el recurrente, conocido actor, había popularizado una peculiar forma de vestir en sus apariciones televisivas, que se reproduce en ese anuncio publicitario; y que, además, fue compositor e intérprete de una canción titulada «Me huelen los pies». Estos elementos, incorporados a la publicidad, permitían identificar la imagen del actor, que habría sido explotada comercialmente por la entidad demandada sin su consentimiento. Se sostiene asimismo que, contrariamente a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo, en el anuncio controvertido queda plenamente identificada la figura del recurrente sin necesidad de haber reproducido su cara o utilizar su nombre y que al tratarse de la utilización comercial de la imagen, el objeto de protección no es la imagen en su sentido estricto, sino la identidad personal puesto que en casos de personajes famosos no es necesario utilizar sus rasgos físicos identificadores para que esa persona pueda ser reconocida.

El Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo por considerar que en el presente caso no se ha lesionado el derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 CE. Alega que el derecho a la imagen tiene como punto de referencia la dignidad de la persona, no existiendo violación de ese derecho fundamental cuando no se trate de la imagen de una persona como individualidad independiente, sino de la imagen de un

personaje de ficción, creación de una actividad profesional. A su juicio, la imagen utilizada sin consentimiento por la entidad demandada no fue la del recurrente como persona privada, sino una creación de aquél, diferenciada de su persona, producto de su imaginación artística y profesional y por ello unida a su creador por unos lazos jurídicos y económicos no incluidos en el derecho a la propia imagen por no pertenecer al espacio o esfera reservada y propia del demandante.

Así, pues, en este proceso constitucional de amparo debemos determinar si la difusión del anuncio publicitario que reproducía, sin su consentimiento, la identidad del recurrente en su faceta de actor, supuso una vulneración de su derecho constitucional a la propia imagen. Para ello lo primero que debemos precisar es si el anuncio controvertido y las demandas formuladas contra él se refieren o no a bienes jurídicos o a aspectos del derecho a la imagen integrados en el contenido del derecho fundamental a la propia imagen constitucionalmente garantizado en el art. 18.1 CE.

2. En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde.

En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 13). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (Sentencias 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (sentencia 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), sino también una esfera personal y, en este sentido, privada, de libre determinación y, en suma, se preserva el valor fundamental de la dignidad humana. Así, pues, lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas.

Por supuesto, al igual que sucede con los demás derechos, el derecho a la propia imagen no es absoluto. Como todos los derechos encuentra límites en otros derechos y bienes constitucionales y en este caso, muy particularmente, en el derecho a la comunicación de información y en las libertades de expresión y de creación artística. Sin embargo, para la resolución del recurso enjuiciado en este proceso constitucional de amparo no es necesario abordar la amplia y compleja problemática de los límites del derecho a la propia imagen. Por el contrario, sí conviene destacar que, de lo que llevamos dicho se desprende que, como ya se apuntó en la sentencia 231/1988, FJ 3 y, sobre todo, en la sentencia 99/1994, el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida -e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de «la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma» (sentencia 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter «personalísimo» (sentencia 231/1988, FJ 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo.

3. Pues bien, en el caso aquí enjuiciado no cabe duda de que el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen. Para llegar a esta conclusión y resolver el caso planteado, no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen. Basta destacar dos datos que caracterizan el presente supuesto: en primer lugar, el hecho de que desde la demanda ante el Juzgado hasta, sobre todo, el recurso de amparo, la reivindicación del recurrente siempre ha tenido como objeto la defensa «del valor patrimonial o comercial» de la imagen indebidamente utilizada.

Así, en la demanda de amparo, tras reiterar que «se denuncia, no la utilización de la imagen en el sentido literal, es decir, la representación de los rasgos faciales de una persona por cualquier medio de reproducción, sino la apropiación y explotación comercial de su identidad», «la utilización comercial de la imagen», concluye afirmando que «cuando la Constitución Española, en su artículo 18, incluyó como derecho protegible el de la utilización de la propia imagen es indudable, como así fue reconocido por la Ley 1/1982 de 5 de Mayo que desarrollaba aquel precepto, que estaba pensando y contemplando dos supuestos diferentes: a) Aquéllos en que la imagen haya sido utilizada vulnerando la intimidad o privacidad de una persona. b) Cuando se pretenda una apropiación y explotación inconsentida del valor patrimonial o comercial que tiene la imagen de cualquier persona. Es este último supuesto el que denunciábamos en su día en nuestra demanda y el que nos permite hoy sostener este recurso de amparo por considera que la Sentencia del Tribunal Supremo ha desconocido ese derecho a la

imagen-identidad de mi mandante al permitir, y no sancionar, la indebida utilización de la misma por la empresa recurrida con la espuria intención de lucrarse a su costa».

En segundo lugar, más allá del contenido de la reivindicación del recurrente, debe tenerse presente que la imagen reproducida, en este caso concreto, tampoco afectaba a lo que hemos denominado dimensión personal y no patrimonial del derecho a la imagen, ya que se trataba de un simple dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas blancas que, además, representaban al personaje en su faceta de actor. Esta doble circunstancia permite afirmar que, con independencia de la cuestión debatida en casación acerca de si esta imagen era suficiente o no para identificar al recurrente y podía por ello generar una vulneración del valor comercial de esa imagen, la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas, con lo que, como queda dicho, en ese anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen.

En suma, no estamos ante la reproducción del rostro o de los rasgos físicos de la persona del recurrente, sino ante la representación imaginaria de las características externas de un personaje televisivo. La imagen del recurrente que se representa en el anuncio controvertido, como sostiene el Ministerio Fiscal, constituye una representación ajena al espacio de privacidad de su creador, a su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal. Y si bien el valor asociado a la persona de su creador por lazos jurídicos y económicos es susceptible de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, estos vínculos no se insertan en la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) porque no pertenecen a la esfera reservada y propia de aquél.

Debe rechazarse, pues, la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen imputada a la Sentencia de 30 de enero de 1998 del Tribunal Supremo.

5. 2. STC 072/2007, DE 16 DE ABRIL, DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DE UN POLICÍA

- 1. ¿Siendo un supuesto de derechos fundamentales entre particulares, se limita el tribunal a analizar si la resolución judicial recurrida tiene una base razonable sobre el criterio del artículo 24 CE? –Medita esta cuestión una vez analizada esta sentencia-**
- 2. Fije la atención en la definición del derecho a la propia imagen (fj 3º)**
- 3. ¿Qué papel juega la voluntad del sujeto en la delimitación de este derecho? (fj 3º).**
- 4. A juicio del tribunal, ¿cómo deben resolverse los conflictos de este derecho con otros derechos o bienes constitucionales?**
- 5. ¿Qué elementos del caso toma en consideración el tribunal para examinar la relevancia pública de la información gráfica en cuestión (fj 5º)?**
- 6. Qué tesis tenía la parte demandante sobre la distorsión del rostro (fj 4º) y qué señala el tribunal al respecto (fj 5º)**

7. Consideras que es posible colgar en *youtube* o similar un vídeo de cualquier actuación policial que implica violencia. ¿Y en el caso de que se haya editado y puesto únicamente las imágenes violentas, sin mostrar las causas de tal actitud? ¿Y en un *blog* personal?

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La demandante, Sargento de la Policía Municipal de Madrid, formuló demanda al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra la sociedad editora del periódico "Diario 16", su director y un fotógrafo, por una presunta intromisión en su derecho a la imagen, a consecuencia de la publicación en la portada del periódico "Diario 16", correspondiente al día 2 de octubre de 1992, de una fotografía tomada durante una actuación profesional de auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas, fotografía que identificaba plenamente y en primer plano a la demandante, e ilustrada con el titular "Desalojo violento". Más tarde, en la información aparecida sobre el mismo desalojo en la página 27 del periódico correspondiente al día 9 de octubre de 1992, se incluyó una fotografía de los afectados por el desalojo en actitud de protesta, en la que se observa la utilización de la fotografía de la demandante que apareció en la portada del periódico del día 2 de octubre de 1992.

Fundamentos jurídicos... 2.... En suma, lo que se plantea ante este Tribunal es una queja respecto a la ponderación que los órganos judiciales han llevado a cabo entre el derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la libertad también fundamental de información [art. 20.1 d) CE], por lo cual es procedente recordar nuestra doctrina conforme a la cual (entre otras muchas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 3; 83/2002, de 22 de abril, FJ 3; y 300/2006, de 23 de octubre, FJ 2) el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4; y 83/2002, de 22 de abril, FJ 3).

3. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas sobre vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, y 300/2006, de 23 de octubre.

En lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a

impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2)...

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6).

En tal sentido debe tenerse presente, por lo que al presente caso interesa, que el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2". Y el art. 8.2 establece, en efecto, que el derecho a la propia imagen no impide: "a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público ... c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria". Precizando el mismo precepto en su párrafo final que la excepción contemplada en el apartado a) no será de aplicación "respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza".

4.... En definitiva, según la recurrente ... pues el derecho a la información no hubiera sufrido merma alguna evitando la plena identificación de la demandante, toda vez que la noticia del desalojo violento habría llegado igual a los lectores si se hubieran empleado técnicas de difuminación u ocultamiento del rostro de la demandante en la fotografía publicada en el periódico.

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional expuesta y de lo dispuesto en los citados arts. 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debemos llegar a la conclusión de que la queja de la demandante de amparo no puede ser compartida por este Tribunal, por las razones que seguidamente se expresan.

En el presente caso, y según consta en las actuaciones, el periódico "Diario 16" publicó en la portada del número correspondiente al día 2 de octubre de 1992 una fotografía tomada durante una actuación de la policía municipal de Madrid en auxilio a una comisión judicial para el desalojo de determinadas viviendas, fotografía en la que la demandante de amparo aparece en primer plano y con el rostro perfectamente visible, vestida con su uniforme oficial y en actitud de inmovilizar y detener a una persona en el suelo; en el pie de foto, con el titular "Desalojo violento", se lee lo siguiente: "Seis personas heridas y un detenido es el balance del violento desalojo realizado ayer por la Policía Municipal en el barrio de Bilbao, en Ciudad Lineal. En la imagen, una agente detiene a uno de los once vecinos desahuciados -cuatro de ellos niños-, que se encerró en el interior de su vivienda para evitar el desalojo". Para más información se remite al

lector a la página 21 del mismo periódico. Días después, en la información aparecida sobre el mismo desalojo en la página 27 del periódico "Diario 16" en su número del 9 de octubre de 1992, se incluyó una fotografía de los afectados por el desalojo en actitud de protesta, en la que se observa la utilización de la fotografía de la demandante aparecida en la referida portada del periódico del 2 de octubre de 1992. ...

5....En este sentido ha de tenerse presente que el examen de la fotografía y del texto que la acompaña pone de manifiesto que estamos ante un documento que reproduce la imagen de una persona en el ejercicio de un cargo público -la propia demandante de amparo admite expresamente que por su condición de Sargento de la policía municipal de Madrid desempeña un cargo público- y que la fotografía en cuestión fue captada con motivo de un acto público (un desalojo por orden judicial, que para ser llevado a cabo precisó del auxilio de los agentes de la policía municipal, ante la resistencia violenta de los afectados), en un lugar público (una calle de un barrio madrileño), por lo que en modo alguno resulta irrazonable concluir, como se razona en la Sentencia impugnada, que concurre el supuesto previsto en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Por otra parte, resulta asimismo incuestionable que la información que se transmite por el periódico es veraz y tiene evidente trascendencia pública. Además, la fotografía en cuestión (y pese a lo que se alega en la demanda de amparo) tiene carácter accesorio respecto de la información publicada y no refleja a la demandante realizando cosa distinta que no sea el estricto cumplimiento de su deber, como igualmente se explica en la Sentencia impugnada, por lo que tampoco resulta irrazonable concluir que concurre el supuesto previsto en el primer inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

En fin, aunque es cierto que la utilización de cualquier técnica de distorsión u ocultamiento del rostro de la demandante habría posibilitado que la noticia del desalojo violento hubiera llegado a los lectores de igual manera y sin merma alguna, como se sostiene en la demanda de amparo, no lo es menos que, tal como se afirma en la Sentencia recurrida en amparo, no estamos ante un caso concreto que exija el anonimato, sin perjuicio de que en otros pudiera exigirlo [último inciso del art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo]. En efecto, en contra de lo que se aduce por la demandante de amparo, no cabe apreciar que, en las circunstancias de este caso, existan razones de seguridad para ocultar el rostro de un funcionario policial por el mero hecho de intervenir, en el legítimo ejercicio de sus funciones profesionales, en una actuación de auxilio a una comisión judicial encargada de ejecutar una orden de desalojo, ante la decidida resistencia de los ciudadanos afectados. Debe rechazarse, pues, la pretendida vulneración del derecho fundamental a la propia imagen que se imputa a la Sentencia de 14 de marzo de 2003 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

5. 2. UN EJEMPLO CLARO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN UNA LEY: LEY ORGÁNICA 4/1997, VIDEOCÁMARAS EN LUGARES PÚBLICOS

Casi como "curiosidad" en el marco de afección de los derechos de intimidad y propia imagen por esta ley, observa un caso paradigmático de "regulación" de la proporcionalidad.

Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.

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

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

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

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

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

6. Intimidad

6. 1. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, DIGNIDAD, DERECHOS E INTIMIDAD

Observe cómo se produce un reconocimiento –bastante vago- de derechos en el ámbito laboral y el reconocimiento de una garantía específica en el artículo 18 del ET. ¿Considera que la garantía que este artículo confiere es una garantía constitucional, que si se incumple se lesiona el artículo 18?

Artículo 4. Derechos laborales ...2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ...

Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador.

Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Fija los hechos debatidos y el contexto “inter privados” en el que se dan. Observa el acto recurrido y la mediación del artículo 24 CE.

- 1. Observa la definición general de la intimidad.**
- 2. ¿Qué facultad incide en este derecho en el ámbito de las relaciones laborales? ¿Qué justificación constitucional tiene esta facultad? Observa la fijación de un bien constitucional potencial constrictor de la intimidad en el trabajo.**
- 3. ¿Hay derecho a la intimidad en el trabajo?**
- 4. Que requisitos sitúa el Tribunal Constitucional para la admisibilidad de la toma de estas imágenes (equilibrio, no resultados inconstitucionales, proporcionalidad) (FJ 6).**
- 5. ¿Cómo los observa en este caso concreto? (FJ 7) Se siguen de cerca los requisitos de un límite a un derecho fundamental?**
- 6. Es relevante constitucionalmente que se conociese la puesta de videocámaras.**
- 7. Es relevante que hubiese motivos para poner videocámaras.**
- 8. Observa la importante distinción que se hace del plano de constitucionalidad y del plano de legalidad.**

II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha consignado en los antecedentes, la demanda de amparo se fundamenta en la infracción de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 C.E.) del recurrente, en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por haberse admitido como prueba de cargo en el proceso por despido las grabaciones de vídeo presentadas por la empresa, prueba que el recurrente estima nula de pleno derecho al haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales del trabajador (art. 90 L.P.L.).

...

5. Sentado lo anterior, procede entrar a analizar el resto de quejas del recurrente, comenzando por la que constituye el meollo del asunto y que se circunscribe a determinar si, como sostiene el recurrente, se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) porque los órganos judiciales han fundado sus decisiones en pruebas nulas por haberse obtenido con violación del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.).

Sostiene, en efecto, el recurrente que la instalación por parte de la empresa en la que prestaba servicios de un circuito cerrado de televisión enfocando su puesto de trabajo lesiona su derecho a la intimidad, porque aunque esta clase de instalaciones tengan como fin controlar el trabajo, también registran el resto de actos del trabajador pertenecientes a su intimidad, toda vez que este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes que capta. Además la implantación del sistema de seguridad no se puso en conocimiento del Comité de empresa, como prescribe el art. 64.1.3 d) L.E.T. Este tipo de control -afirma el recurrente- debe hacerse con publicidad, no con

procedimientos ocultos, y en este caso ni el Comité de empresa ni los trabajadores lo conocían.

Para dar respuesta a esta queja, interesa recordar que este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 C.E., se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 C.E. reconoce e implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (Sentencias 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas). Asimismo hemos declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales, como hemos puesto de manifiesto en nuestra reciente sentencia 98/2000, de 10 de abril (FFJJ 6 a 9).

Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que «el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (Sentencias 57/1994, FJ 6, y 143/1994, FJ 6, por todas).

En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 C.E.) y reconocido expresamente en el art. 20 L.E.T., atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.2 c) y 20.3 L.E.T.].

6. También hemos afirmado que el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (Sentencias 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2).

En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 L.E.T., intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo.

Los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (sentencia 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales

sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (Sentencias 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; 6/1995, de 10 de enero, FJ 3, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, Sentencias 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 22).

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven «el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente de su libertad constitucional» (sentencia 6/1998, de 13 de enero), pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 C.E., teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las Sentencias 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En definitiva, como hemos señalado en la ya citada sentencia 98/2000 (FJ 8), el control que debe realizar este Tribunal de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal que ha quedado expuesta, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del solicitante de amparo, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

7. Pues bien, del razonamiento contenido en las Sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente

para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 C.E.

En efecto, la intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstancia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos.

Pero es más, como ya quedó advertido, en el caso presente la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, a diferencia del caso resuelto en nuestra reciente sentencia 98/2000, en el que la empresa, existiendo un sistema de grabación de imágenes no discutido, amén de otros sistemas de control, pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin quedar acreditado que este nuevo sistema se instalase como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes y sin que resultase acreditado que el nuevo sistema, que permitiría la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Por el contrario, en el presente caso ocurre que previamente se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros en determinada sección del economato y un acusado descuadre contable. Y se adoptó la medida de vigilancia de modo que las cámaras únicamente grabaran el ámbito físico estrictamente imprescindible (las cajas registradoras y la zona del mostrador de paso de las mercancías más próxima a los cajeros). En definitiva, el principio de proporcionalidad fue respetado.

El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.3 d) L.E.T., estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que los órganos judiciales han dado una respuesta negativa a esta cuestión, respuesta que no cabe tildar de arbitraria o irrazonable, lo que veda en cualquier caso su revisión en esta sede.

Por tanto, los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 C.E., no han resultado vulnerados.

6. 3. INTIMIDAD EN GENERAL, SENTENCIA 115/2000 CASO ISABEL PREYSLER

1. **¿Cuál es el objeto del derecho a la intimidad para el tribunal? ¿Qué facultades confiere a su titular? (FJ 4º)**
2. **¿Es un derecho sólo frente al Estado? (FJ 4º)**
3. **Por qué considera el Tribunal que en este caso se ha vulnerado (FJ 5º)**
4. **Es un factor a considerar que la intromisión se produzca por la niñera y que este dato se conociese por la empresa periodística. (FJ 6º)**
5. **Qué consideró el Tribunal Supremo sobre el asunto (FJ 7º)**
6. **¿Era relevante que lo que dijese la niñera fuese verdad o mentira? ¿Es importante que aquí se aborde la intimidad y no el honor? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto (FJ 7º)**
7. **Que se tratase de “chismes de escasa entidad” es relevante para el Tribunal Constitucional. ¿Es importante que aquí se aborde la intimidad y no el honor? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto (FJ 8º)**
8. **¿Es importante que Isabel Preysler sea un personaje público? ¿Y que los datos sean de relevancia pública? ¿Reduce la esfera de la intimidad el hecho de darse relevancia pública? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto (FJ 7º)**
9. **Observa la importante distinción entre “interés público” e “interés del público” (afirmaciones sobre la “curiosidad ajena”).**
10. **¿Es importante que Isabel Preysler haya “vendido” en otras ocasiones su intimidad? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto para el presente caso? (FJ 7º)**

II. Fundamentos jurídicos

...

Teniendo, pues, presente este criterio, lo primero que debemos determinar, atendidas las circunstancias del caso, es si la publicación del mencionado reportaje por la revista «Lecturas» ha constituido o no una intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente que el art. 18.1 C.E. garantiza y si dicha intromisión es o no ilegítima. Para examinar a continuación si la divulgación de datos relativos a la vida privada de la señora Preysler Arrastia y de los familiares que con ella conviven en su hogar se encuentra amparada o no en el presente caso por el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) C.E.].

3. Conviene tener presente, a los fines del examen posterior, que el núcleo del reportaje publicado por la revista «Lecturas» está constituido por las declaraciones, en primera persona verbal, de doña Alejandra Martín Suárez, quien a partir de 1987 prestó servicios durante unos dos años en el domicilio de la señora Preysler Arrastia como niñera de su hija Tamara. Si bien tales declaraciones no agotan por sí solas el contenido del texto publicado, puesto que en aquéllas se intercalan con frecuencia otros textos, con distinta composición tipográfica y sin indicación del redactor, en los que se exponen hechos o circunstancias relativos a la Sra. Preysler Arrastia o sus familiares, para aclarar o complementar los datos que antes han sido aludidos por la declarante. A lo que se agrega, en segundo término, que en los capítulos de dicho reportaje cabe apreciar que es la primeramente citada quien suscribe los ocho primeros como «Alejandra M. Suárez» o

«Alejandra Martín Suárez» y a ella se refieren los encabezamientos más generales, «Alejandra, la ex niñera de Tamara, revela cómo es la vida en Arga, 1»; constituyendo el penúltimo capítulo sólo una recapitulación de los anteriores. Mientras que en el último, bajo el seudónimo de Javier de Montini y con el encabezamiento «Amigos y conocidos de Isabel Preysler comentan el relato de la ex niñera de Tamara», varias personas allí identificadas expresan sus opiniones sobre la relevancia del reportaje publicado para el conocimiento de la vida y la personalidad de la Sra. Preysler Arrastia.

Cabe indicar, por último, que todos los capítulos contienen, junto al texto, una abundante información fotográfica sobre la persona objeto del reportaje y sus familiares y amigos; dato que, si bien puede ser relevante en una información de esta índole pues puede distorsionar el sentido del texto, como hemos declarado en la sentencia 183/1995, de 11 de diciembre, FJ 3, en el presente caso ha de quedar excluido de nuestro examen al no haber sido objeto de consideración específica ni en la queja de la recurrente ni en las alegaciones de otros intervinientes en este proceso constitucional.

4. Indicado lo anterior, podemos pasar ya a determinar si el reportaje aquí considerado ha producido o no una intromisión en la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente que la Constitución protege y si tal intromisión es o no ilegítima. A cuyo fin ha de recordarse con carácter previo que es doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, la mencionada sentencia 134/1999, FJ 5, con cita de las Sentencias 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre) que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 C.E.), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (Sentencias 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 C.E. garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada.

Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar. Doctrina que se corrobora con la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de marzo de 1985, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985, caso Leander; de 7 de julio de 1989, caso Gaskin; de 25 de marzo de 1993, caso Costello-Robert y de 25 de febrero de 1997, caso Z).

5. Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de la lectura del reportaje publicado en la revista «Lecturas» se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre

otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas.

6. Ha de tenerse presente, además, que aquí concurre una circunstancia particular a la que antes se ha hecho referencia y sobre la que ahora conviene volver más detenidamente, a saber: que el acceso al ámbito de la vida personal y familiar de la señora Preysler Arrastia por parte de la declarante en el reportaje aquí considerado, Alejandra Martín Suárez, se vio facilitado por el trabajo que, como niñera de su hija Tamara, prestó durante unos dos años en el hogar de aquélla.

El presente caso se caracteriza, pues, por la divulgación de datos de la esfera personal y familiar de la recurrente realizada por una persona que ha convivido con ella en su hogar por hallarse ligada a la misma por una relación de empleo. Circunstancia, conviene subrayarlo, que la revista «Lecturas» no sólo conocía sino a la que quiso dar un especial relieve, puesto que el subtítulo del reportaje aquí considerado es, precisamente, «Alejandra, la ex niñera de Tamara, revela como es la vida en Arga, 1». Lo que nos sitúa, a juicio del Ministerio Fiscal, ante una de las intromisiones ilegítimas específicamente previstas en el apartado 4 del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la consistente en la «revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional... ..de quien los revela». Calificación de la conducta en el precepto legal que, como también el Ministerio Fiscal, tiene su fundamento en el respeto del secreto profesional, por existir en el presente caso un vínculo laboral que genera una indudable relación de confianza.

Pues bien, desde la perspectiva constitucional cabe estimar asimismo que el secreto profesional, en cuanto deber que se impone a determinadas personas (sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 10), resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional sino también a aquellos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos. Al igual que hemos dicho que el respeto a la intimidad constituye «una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de su actividad profesional que por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 C.E. garantiza» (ATC 600/1989, de 11 de diciembre, FJ 2). De lo que claramente se desprende que, en el presente caso, nos encontramos ante una intromisión en la intimidad personal y familiar de la recurrente causada por el reportaje publicado en la revista «Lecturas» que cabe reputar como

ilegítima no sólo por el contenido de éste, como antes se ha apreciado, sino también por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional.

Y resulta evidente, en atención a esta circunstancia, que el mencionado medio de comunicación debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública, extremo sobre el que se volverá más adelante.

7. Pasando al segundo aspecto de nuestro enjuiciamiento, ha de tenerse presente que la entidad mercantil editora de la revista «Lecturas» ha alegado que los datos divulgados en el reportaje aquí considerado sólo eran, como estimó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, «chismes de escasa entidad» que no afectaban a la reputación y buen nombre de la recurrente. En segundo término, que dichos datos tenían interés general, por cuanto se referían a una persona con proyección pública. Y, por último, que su veracidad no ha sido cuestionada. De suerte que dicho reportaje, a su entender, estaba amparado por el derecho a comunicar libremente información veraz que el art. 20.1 d) C.E. reconoce. Sin embargo, conviene anticipar que estas alegaciones no pueden ser acogidas.

Comenzando con el extremo relativo a la veracidad de la información, se ha alegado que el aquí considerado tiene el carácter de «reportaje neutral». Esto es, aquel en el que el medio de comunicación social «no hace sino reproducir lo que un tercer ha dicho o escrito» (sentencia 134/1999, FJ 4) o, en otros términos, cuando se limita a «la función de mero transmisor del mensaje» (sentencia 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). Ahora bien, sin necesidad de entrar a examinar si el reportaje publicado en la revista «Lecturas» tiene o no el carácter que se le atribuye, ha de rechazarse la alegación pues es suficiente recordar que la recurrente no le reprocha falta de diligencia del informador o inveracidad de lo publicado, ya que en la demanda sólo se aduce, sin mayor precisión, que «algunos» de los hechos o circunstancias expuestos son falsos. La queja no se refiere, pues, a la veracidad de la información publicada sino a la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar. Y cabe recordar al respecto que en la jurisprudencia de este Tribunal el requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento «según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa», como hemos declarado en la sentencia 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2.

Por tanto, la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, «ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» del derecho fundamental (sentencia 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). De manera que si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso «que lo informado resulte de interés público (sentencia 171/1990, FJ 5, por todas) pues sólo entonces puede exigirse a aquellos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad» (sentencia 29/1992, FJ 3). Lo que no concurre en el presente caso, como se verá más adelante.

8. En cuanto a que la reputación o el buen nombre de la recurrente no han quedado afectados dada la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje de la revista «Lecturas», esta alegación de la entidad mercantil que la edita sin duda se apoya en una afirmación de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional en la que se expresa que dichos datos «no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social», puesto que, «simplemente, constituyen chismes de escasa entidad».

Ahora bien, frente a esta alegación ha de tenerse presente, una vez más, que en este caso no nos encontramos ante el ámbito del derecho al honor, sino ante el del derecho a la intimidad personal y familiar. Por lo que resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Y la razón es, sencillamente, que los datos que pertenecen al ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar constitucionalmente garantizado están directamente vinculados con la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), como antes se ha dicho, y, por tanto, es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar la protección que la Constitución dispensa a «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana» (sentencia 231/1988, FJ 3).

9. Teniendo presente las conclusiones alcanzadas en los dos fundamentos jurídicos anteriores, el problema de constitucionalidad radica, pues, en el interés general de la información, que la entidad mercantil que edita la revista «Lecturas» vincula a la proyección pública que posee la recurrente en amparo. Y cierto es que ésta es una persona con notoriedad pública por diversas razones, entre ellas su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional o determinados aspectos de su vida privada. Por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que, junto con quienes tienen atribuidas la administración del poder público (sentencia 134/1999, FJ 7), por su actividad asumen un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernen.

No obstante, para rechazar la alegación aquí examinada basta recordar, de un lado, que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (sentencia 134/1999, FJ 7, por todas). De otro lado, que «no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública, goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea» (sentencia 197/1991, FJ 4).

Pues bien, desde esta perspectiva objetiva no deja de ser contradictorio, como ha alegado el Ministerio Fiscal, que de un lado se afirme la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje y, de otro, que la información posee interés general, pues lo primero necesariamente excluye lo segundo. Pero en todo caso, para deslindar una y otra dimensión y valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica.

Esto es, si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo que posee un indudable valor constitucional; y es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (sentencia 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad «sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena» (sentencia 29/1992, FJ 3).

10. En el presente caso, basta la simple lectura del reportaje aquí considerado para estimar que los datos divulgados carecen de relevancia pública, pues éstos se refieren, como ya ha sido apreciado en el fundamento jurídico 4, a distintos aspectos de la intimidad personal y familiar de la recurrente que van desde supuestos o reales defectos físicos de ésta y los cuidados para paliarlos o evitar que sean conocidos hasta la descripción pormenorizada de la vida cotidiana en su hogar y los hábitos de los familiares que con ella conviven. Lo que entraña, en consecuencia, que dicho reportaje no puede encontrar amparo en el derecho fundamental a comunicar libremente información sino que constituye, por el contrario, una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad de la recurrente constitucionalmente garantizada.

A esta conclusión no empece en modo alguno, frente a lo alegado por la entidad mercantil editora de la revista «Lecturas», que la Sra. Preysler Arrastia haya divulgado anteriormente datos de su vida privada en otras publicaciones e incluso los espacios más íntimos de su nuevo hogar. Pues cabe recordar al respecto que si bien el derecho a la libertad de información ha de prevalecer sobre el de la intimidad en relación con los hechos divulgados por los propios afectados por la información, dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable del derecho a la libre información (Sentencias 197/1991, FJ 3, y 134/1999, FJ 8). Y si en el presente caso se compara el texto del reportaje publicado en la revista «Lecturas» con otros textos que obran en las actuaciones y en los que la recurrente ha hecho referencia a diversos aspectos de su vida y de su nuevo hogar, resulta evidente, como ha alegado el Ministerio Fiscal, que la gran mayoría de los datos íntimos desvelados por doña Alejandra Martín Suárez en aquel reportaje no habían sido publicados con anterioridad. De suerte que, en definitiva, el derecho a la intimidad de la recurrente ha de prevalecer sobre el derecho a la libre comunicación de información.

11. Esta última conclusión, junto con las expuestas en los fundamentos jurídicos precedentes, ha de conducir a que otorguemos el amparo solicitado por la Sra. Preysler Arrastia. Y para que quede restablecida en el derecho a la intimidad que ha sido lesionado, es procedente que nuestro fallo, como en otros casos similares en los que el amparo se pide frente a una resolución judicial, se limite a declarar la nulidad de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional. Lo que excluye, de conformidad con nuestra jurisprudencia, los demás pronunciamientos interesados tanto por la representación procesal de la recurrente como por el Ministerio Fiscal.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña María Isabel Preysler Arrastia y, en su virtud:

1. Reconocer que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente.

2. Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia núm. 157/1996, dictada el 31 de diciembre de 1996 por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 872/93.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de mayo de dos mil.-Carles Viver Pi-Sunyer, Julio Diego González Campos, Tomás S. Vives Antón, Vicente Conde Martín de Hijas, Guillermo Jiménez Sánchez.-Firmado y rubricado.

7. Honor

recordad honor de personas jurídicas en “Parte general”, ver en libertad de expresión, honor de colectivos como el judío.

7. 1. CÓDIGO PENAL, CALUMNIA, INJURIA

Observa el artículo 7. 7 de la ley de protección civil y considera si es posible estimar una intromisión como ilícito civil y penal

De la calumnia

Artículo 205.

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 206.

Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad, y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses.

Artículo 207.

El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

CAPÍTULO II

De la injuria

Artículo 208.

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 209.

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

Artículo 210.

El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

CAPÍTULO III

Disposiciones generales

Artículo 211.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Artículo 212.

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

...

Artículo 216.

En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

7. 2. SENTENCIA 180/1999 ARTICULACIÓN DEL PRESTIGIO PROFESIONAL Y EL HONOR

1. **¿Ves algún insulto en los textos de las cartas?**
2. **¿Ves algo posiblemente insultante?**
3. **¿Atacar a alguien en su ámbito profesional, es atacarle directamente? (FJ 5º)**
4. **¿Considera el tribunal que atacar en el ámbito profesional a alguien puede ser injurioso directamente para la imagen de la persona?**
5. **¿Cualquier crítica sobre la pericia profesional es un ataque al honor de la persona?**
6. **¿Qué elementos llevarán a considerar si son o no un ataque al honor tales críticas profesionales? (FJ 5º)**
7. **¿El ataque profesional que no se considera que lesiona el honor de la persona, queda jurídicamente indemne, o existe otra perspectiva o dimensión distinta a la personal en estos ámbitos? (FJ 5º).**
8. **¿En este caso qué considera el tribunal, y porqué? (FJ 6º).**

II. Fundamentos jurídicos

1. ...don Vicente Antonio Martínez Pujalte-López, envió tres misivas a una serie de comunidades de propietarios que eran gestionadas por don Enrique Pablo Juan Román, comparando su labor como administrador en otras comunidades de propietarios con la desempeñada por el Sr. Juan Román en las suyas, al tiempo que ofertaba sus servicios profesionales, con el resultado de que cinco de las once comunidades de propietarios a las que se dirigió de esta forma prescindieron de los servicios del recurrente en amparo, contratando los del Sr. Martínez Pujalte-López.

[En escrito de febrero de 1990 se decía: «no es difícil sacar la conclusión que pueda estar sucediendo que, para esas compañías -en referencia a las suministradoras de servicios-, el cliente no sea Bélgica -en referencia a la calle en la que se hallan las fincas administradas- sino el administrador», insinuando que éste se beneficiaba de las rebajas que aquéllos hacían en sus servicios a las comunidades de propietarios.

Un segundo escrito de febrero de 1990, también dirigido a las mismas comunidades de propietarios, contiene una propuesta de gestión del demandado en la instancia, en la que se aseveraba: «los intereses de la cuenta corriente de la Comunidad son de la comunidad, lo mismo que las comisiones y descuentos que frecuentemente se pueden obtener de los suministradores, ya que el cliente, en ambos casos es la comunidad, no el administrador».

En marzo de 1999 aquel tercero dirige un nuevo escrito a los vecinos de aquellas comunidades de propietarios que habían aceptado su oferta de servicios ya rescindido su contrato con el demandante y ahora recurrente en amparo, donde se indicaba: «(la de dar) orden a sus respectivos bancos de que no atiendan ningún recibo presentado por el anterior administrador, ya que, a falta de la liquidación final, el próximo recibo se cancelaría sobradamente con la provisión de fondos que mantenían de 8.000 pesetas.»]

El Sr. Juan Román demandó en protección de su derecho al honor a don Vicente A. Martínez Pujalte-López, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 62/1978, e instó la apertura del pertinente expediente disciplinario en el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Valencia por prácticas contrarias al código deontológico de la profesión y al Estatuto profesional de la misma. Según el recurrente ciertas expresiones y afirmaciones vertidas en aquellas tres cartas constituían intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, conforme a lo establecido en el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, dañando gravemente su prestigio profesional con una infamante e insidiosa valoración de su labor profesional en la administración de once comunidades de propietarios, haciéndole desmerecer ante la opinión ajena y lesionando así su derecho al honor (art. 18.1 C.E.).

...

3. ...con carácter previo debemos determinar si el prestigio profesional puede y en qué medida considerarse una manifestación del derecho al honor garantizado por el art. 18.1 C.E. Sólo en el supuesto de que quepa considerar que la reputación profesional forma parte del derecho al honor y se aprecie que en este caso esa reputación ha sido lesionada, resultará necesario analizar si las comunicaciones resultaron protegidas por el derecho a la información o por la libertad de expresión...

5. Dentro de lo que constitucionalmente debe tenerse por «honor» de la persona, tan íntimamente ligado a su dignidad individual (art. 10.1 C.E.), este Tribunal ha incluido también, ciertamente, el denominado prestigio profesional; pero no con el alcance que ha querido darle a nuestra jurisprudencia el recurrente del presente amparo.

Ya desde las sentencias 171/1990 y 172/1990, y especialmente en la 223/1992, que es mencionada con profusión por el demandante de amparo, hemos sostenido que en

ciertos casos y bajo determinadas circunstancias el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. En esos supuestos, los calificativos formalmente injuriosos o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, la crítica vejatoria, descalificadora y afrentosa de una persona, se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pudiendo hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación fuese directamente de su persona (Sentencias 40/1992, 223/1992, 139/1995, 183/1995, 46/1998 y ATC 208/1993). Esto es así porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga.

Sin embargo, no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor (sentencia 40/1992, fundamento jurídico 3); sin perjuicio de que esa crítica, o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional, pueda lesionar el derecho al honor cuando exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma (Sentencias 223/1992, fundamento jurídico 3; 46/1998, fundamento jurídico 4), lo que, en modo alguno debe confundirse con el daño patrimonial que pueda ocasionar la censura de la actividad profesional. En suma, el no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad no siempre es un ataque contra el honor del así considerado.

El derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Así, pues, lo perseguido por el art. 18.1 C.E. es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquélla desearía tener. Por esta razón, y según el caso, el art. 18.1 C.E. puede extender su protección al prestigio profesional, en tanto una descalificación de la probidad profesional de una persona puede dañar gravemente su imagen pública. No cabe duda de que en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás (sentencia 223/1992). Pero, por eso mismo, también la hace susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la valía de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad (AATC 544/1989, 321/1993). La protección del art. 18.1 C.E. sólo alcanzaría a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido.

Así, pues, podrá darse el caso de que esas críticas a la actividad profesional de una persona resulten molestas e hirientes, o ayunas de cobertura constitucional en el art. 20.1 C.E., e incluso ilícitas, y, sin embargo, no menoscabar su honor en los términos del art. 18.1 C.E., a excepción claro está, de las formalmente insultantes o injuriosas. Dicho

esto, sin perjuicio, naturalmente, de que el ofendido o perjudicado por semejantes críticas pueda ejercer las acciones resarcitorias pertinentes, pues el prestigio profesional no sólo posee una innegable dimensión personal, que es a la que debe atender su protección al amparo del art. 18.1 C.E., sino que también posee otra dimensión patrimonial que si no va unida a la dimensión personal debe quedar extramuros de la protección constitucional dispensada por el mentado precepto, aunque puede ser objeto de protección mediante otros cauces procesales (mutatis mutandis Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Barhold, de 25 de marzo de 1985, ^{oo} 50 y ss.; caso Markt Intern Verlag y Klaus Beermann, de 20 de noviembre de 1989, ^{oo} 31 y 35 y ss.; caso Hertel, 25 de agosto de 1998, ^{oo} 42 y 47 y ss.).

6...

Pues bien, a pesar de las dificultades inevitables al tratar de distinguir las críticas profesionales que afectan únicamente a la valía profesional del ofendido, de las que se refieren a su dignidad personal, no cabe duda de que, en este caso, ninguna de las tres manifestaciones que el demandante de amparo ha considerado atentatorias contra su prestigio profesional constituyen intromisión alguna en su honor personal. Los escritos litigiosos no emplean ningún calificativo insultante, ofensivo o vejatorio, ni contienen descalificación alguna de la persona del recurrente, ya que ni tan siquiera se dirigen a él personalmente, sino que son juicios genéricos sobre lo que el Sr. Martínez Pujalte-López considera una incorrecta gestión de las fincas. Son escritos, además, emitidos por un medio apropiado y habitual para hacerlo en las circunstancias concretas del caso, dirigidos por carta a los interesados, sin que conste que se le haya dado otra publicidad al asunto. En consecuencia, no ha habido lesión alguna del derecho al honor del Sr. Juan Román, sin perjuicio de que pueda considerarse o no el comportamiento del Sr. Martínez Pujalte-López una competencia desleal o una publicidad ilícita de servicios, cuestión que en todo caso no le compete a este Tribunal dilucidar.

7. Así pues, no estimándose la existencia de la lesión del derecho al honor denunciada por el recurrente de amparo, no cabe sino rechazar sus pretensiones, lo que hace innecesario pronunciarse sobre si la actuación del Sr. Martínez Pujalte-López estaba o no protegida por el art. 20.1 C.E., o sobre la alegada infracción del art. 14 C.E. cuyo único fundamento radicaba en la estimación previa de una eventual infracción del art. 18.1 C.E.

7. 3. SENTENCIA 49/2001, CASO J. M^a. GARCÍA- R. MENDOZA. CONCEPTO Y GENERALIDADES DERECHO HONOR, REGLAS DE PONDERACIÓN CON LIBERTADES INFORMATIVAS

1. **Fije los hechos y expresiones enjuiciadas**
2. **Tenga en cuenta que se trata de dos sujetos particulares y sobre esta base observe:**
3. **· el objeto del amparo y su conexión con el artículo 24 CE.**
4. **· Observe cómo el tribunal fija cómo debe realizarse la ponderación entre los derechos fundamentales en juego. (FJ 3º)**
5. **· Hasta dónde llega la revisión de la ponderación de derechos que corresponde al Tribunal constitucional. (FJ 4º).**
6. **Qué dice el Tribunal del concepto del derecho al honor (FJ 5º).**
7. **Qué concepto da del honor el Tribunal Constitucional (FJ 5º).**

8. **Qué dice el Tribunal de las afirmaciones molestas e hirientes. ¿Son de suyo intromisiones ilegítimas en el honor? (FJ 5º).**
9. **Qué dice el tribunal sobre el insulto, puede en algún caso quedar en el marco del artículo 20 (FJ 5º).**
10. **Cuáles son las reglas que fija el tribunal para la ponderación de los derechos invocados (FJ 6º) Tenga estas reglas bien presentes.**
11. **¿Tiene relevancia el hecho de que las expresiones empleadas fuesen innecesarias para su exposición? (FJ 6º).**
12. **¿Es importante considerar el interés público del tema tratado, y en este caso? (FJ 6 y 7) ¿y que el presuntamente lesionado en su honor sea una persona pública, y en este caso?**
13. **¿Qué relevancia tiene el contexto, y en este caso? (FJ 7) Importa el hecho de que el periodista hubiera atacado en anteriores ocasiones al ahora atacante (FJ 7)**

...

II. Fundamentos jurídicos

J. M^a García contra R. Mendoza

Como ha quedado registrado en los antecedentes de la Sentencia, las expresiones aquí enjuiciadas fueron pronunciadas durante el discurso que el señor Mendoza Fontela dirigió, como Presidente, a la Asamblea del Real Madrid, en el contexto de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo, profesional de los medios de comunicación, y que tenía como objetivo desprestigiar al Presidente y a algunos miembros del club. Ha quedado asimismo acreditado que en el curso de esta controversia se llegaron a entablar otros procesos judiciales, al margen del que ha dado origen al presente recurso de amparo, en el que el demandante admitió haber calificado al señor Mendoza Fontela de «embustero», «mentiroso», «zafio», «histérico», «tonto», «descarado», «perjuro», «soberbio», «cobarde», «desvergonzado», «hortera» y «cantamañanas», y a uno de sus directivos de «choricero soriano».

1. El presente recurso de amparo se plantea contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997 por entender el demandante que ha vulnerado su derecho al honor (art. 18.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esta resolución casó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 1992, que confirmó en apelación la dictada el 10 de marzo de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid declarando que determinadas expresiones proferidas por don Ramón Mendoza Fontela durante la Asamblea general ordinaria y extraordinaria de socios del Real Madrid que tuvo lugar el 6 de octubre de 1991 constituyeron una intromisión ilegítima en el honor del señor García Pérez, si bien la existencia de una previa campaña difamatoria por parte de éste contra el señor Mendoza Fontela debilitó los límites del derecho al honor del demandante, razón por la que se condenó al demandado al pago de una indemnización que se fija en una cantidad simbólica a determinar en ejecución de Sentencia. La resolución impugnada, por el contrario, consideró que no se había producido en el caso intromisión ilegítima atentatoria contra el honor del demandante de amparo, «al tener en cuenta su delimitación por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos (art. 2.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) ha

mantenido el mismo», lo cual comprende la posición y actuación del ofendido, su proyección pública y el contexto en el que se produjeron las expresiones consideradas.

...

2. ...

De lo anterior resulta que nuestro examen debe reducirse a analizar si las expresiones vertidas por el señor Mendoza Fontela sobre la persona del padre del Sr. García Pérez durante la Asamblea general ordinaria y extraordinaria de socios del Real Madrid constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor. **Las manifestaciones a enjuiciar transcritas en el antecedente segundo**, letra a), segundo párrafo, de esta Sentencia, son las siguientes: «... a los padres de los demás cuando son personas decentes hay que dejarlos en paz, sobre todo si un padre es obrero como era este de Hauser and Menet o el otro, es un empresario que tuvo la gran tragedia de que lo secuestraran, o el padre de cualquiera de nosotros, sobre todo cuando se tiene un padre con una Cooperativa de Viviendas, La Familia Española, en Tres Cantos, que ha estado procesado por estafa, en documento público y por estafa procesado. ... De todas maneras, por favor, vamos a mantener un tono nosotros correcto, hemos dicho la verdad que está escrita en todas partes, cuando se hable de los padres te encuentras con tus padres también, si llama a este señor que está allí, el hijo del choricero, y yo he dicho que es mucho mejor ser hijo de choricero que hijo de un chorizo —comprende Vd.?, claro, claro...».

3. La representación del señor Mendoza Fontela alega que la demanda de amparo carece de contenido constitucional, ya que, bajo la invocación del derecho al honor (art. 18.1 CE) en relación a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se limita a discrepar de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 realizada por el Tribunal Supremo, con lo que suscita una cuestión de interpretación de la norma aplicable que corresponde a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional. Ello debió, a su entender, haber determinado la inadmisión a trámite del recurso presentado por el señor García Pérez y, en todo caso, debe dar lugar en este momento a su desestimación.

El enjuiciamiento de este alegato ha de partir de la consideración de que la cuestión que se plantea inicialmente como objeción de procedibilidad afecta, en su esencia, al fondo del amparo que se nos demanda, puesto que incide sobre el contenido constitucionalmente apreciable del derecho fundamental al honor, consagrado en el art. 18.1 CE.

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

Planteada así la cuestión hemos de observar, ante todo, que el contenido del derecho al honor constitucionalmente protegible en la vía de amparo no coincide exactamente con el que se le atribuye en el ámbito específico de la legislación civil. En efecto, tal y como sostiene en su segunda alegación el Ministerio Público, la protección constitucional del derecho al honor (art. 18.1 CE) no puede desligarse de la eventual colisión de éste con otros derechos, y, concretamente, con el que tiene por contenido la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en el presente caso ejercida por el señor Mendoza Fontela a través de sus controvertidas manifestaciones. En la resolución de otros casos semejantes al ahora enjuiciado se ha ido asentando la doctrina de este Tribunal sobre la ponderación que debe realizar el órgano judicial de los dos derechos fundamentales en conflicto, que, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.1 y 20.1 CE, ha de efectuarse de

modo que respete la definición constitucional y los límites de éstos, cuya efectiva observancia corresponde verificar a este Tribunal, que no está vinculado al efectuar este control por la valoración hecha por los órganos judiciales que, de no ser la constitucionalmente adecuada, habrá de declararse lesiva (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 115/2000, de 7 de junio, FJ 2; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

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

4. ...

Ahora bien, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego, y que ésta no fue irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea. Por el contrario, como ya hemos declarado en otras ocasiones, en la resolución de casos como el presente el Tribunal Constitucional debe determinar si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia, ya que las razones argumentadas en ella no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (sentencia 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3).

5. Sentado lo anterior debemos, pues, determinar si las citadas manifestaciones del señor Mendoza Fontela sobre el padre del señor García Pérez constituyeron o no una ilegítima intromisión en el derecho al honor de éste garantizado por el art. 18.1 CE.

Para ello debemos iniciar nuestro enjuiciamiento afirmando una vez más que el honor, como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (Sentencias 180/1999, de 11 de octubre; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7). A pesar de ello este Tribunal no ha renunciado a definir el contenido constitucional abstracto del derecho fundamental al honor, y ha afirmado que éste ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas. Por ello las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido.

Por contra el carácter molesto o hiriente de una opinión o una información, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional, no constituyen de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo dicho, escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran (Sentencias 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 190/1992, de 16 de noviembre, FJ 5; 123/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 170/1994, de 7 de

junio, FJ 2; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 1/1998, 12 de enero, FJ 5; 46/1998, 2 de marzo, FJ 6; 180/1999, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 282/2000, FJ 3).

Abundando en este concepto constitucional de honor, en íntima conexión con la dignidad de la persona -art. 10.1 CE- (sentencia 180/1999, FJ 5), hemos afirmado que el art. 18.1 CE otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (sentencia 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). Ciertamente, como todos los derechos constitucionales, el honor también se encuentra limitado, especialmente por los derechos a informar y a expresarse libremente. Pero hemos reiterado en nuestra jurisprudencia que el art. 20.1 a) CE no garantiza un pretendido derecho al insulto (sentencia 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 6; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7), pues la «reputación ajena», en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986, ^{oo} 41, 43 y 45; caso Barfod, de 22 de febrero de 1989, ^o34; caso Castells, de 23 de abril de 1992, ^{oo} 39 y 42; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992, ^o 63 y sigs.; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992, ^{oo} 34 y 35; caso Bladet Troms^o y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, ^{oo} 66, 72 y 73), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (sentencia 297/2000, FJ 7). En suma, el derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente [art. 20.1.a)], prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena.

6. A la luz de la doctrina expuesta debemos examinar si las denunciadas manifestaciones del señor Mendoza Fontela constituyeron una intromisión ilegítima en el honor del demandante de amparo (art. 18.1 CE), o si, por el contrario, tal vulneración no se produjo por estar aquellas declaraciones amparadas en la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el presente caso.

Para llevar a cabo la ponderación entre los dos derechos invocados las circunstancias que deben tenerse en cuenta, tal como las ha relacionado sintéticamente la sentencia 11/2000 en su FJ 8, son el juicio sobre la relevancia pública del asunto (Sentencias 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre, y 178/1993, de 31 de mayo) y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (sentencia 76/1995, de 22 de mayo), especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (sentencia 107/1988), como una entrevista o intervención oral (sentencia 3/1997, de 13 de enero), y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (Sentencias 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, y 15/1993, de 18 de enero, entre otras).

De entrada debe señalarse que, en el presente caso, las circunstancias en las que se produjeron las controvertidas declaraciones del señor Mendoza Fontela ponen de manifiesto la existencia de una colisión entre el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE). Por un lado dichas declaraciones se realizaron durante un discurso dirigido a los socios compromisarios del Real Madrid reunidos en Asamblea, y si bien el orador transmitió alguna información sobre el señor García Pérez y su padre, del conjunto de la alocución se infiere claramente que su propósito no fue tanto el de sentar hechos o afirmar datos objetivos [art. 20.1 d) CE] como el de formular «pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra» [art. 20.1

a) CE], concretamente, emitir juicios personales y subjetivos a través de los cuales se trataba de infundir a la audiencia una determinada imagen del periodista y de su familia. De acuerdo con la diferencia que desde la sentencia 104/1986 hemos establecido entre la amplitud de ejercicio de los dos derechos considerados, la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (Sentencias 105/1990, FJ 4; 112/2000, FJ 6).

Por otro lado, si bien formalmente la expresión injuriosa («chorizo») va referida al padre del recurrente («es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo»), a quien se imputan determinados hechos, una lectura del discurso del señor Mendoza Fontela en su conjunto permite concluir que su intención no fue tanto la de menospreciar a la persona del padre del periodista aquí recurrente como la de replicar directamente a éste, objeto central de su intervención.

7. Entrando ya en el examen de las circunstancias que concurren en el presente caso debe señalarse inicialmente que no cabe dudar de la relevancia pública del tema tratado, que se refería al procesamiento del padre del recurrente por una estafa cometida en la gestión de una cooperativa de viviendas. Al respecto hemos declarado que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de una persona, pero hemos matizado que no puede estar amparado por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de quien es objeto de la crítica, aun cuando ésta tenga un carácter público (sentencia 3/1997, FJ 6).

Tampoco ofrece duda en este caso el carácter de personaje con notoriedad pública del recurrente, quien disfrutaba de acreditada publicidad por su actividad profesional como popular periodista deportivo, cuyas emisiones radiofónicas gozaban de un alto índice de audiencia y cuyo contenido y estilo fueron en más de una ocasión objeto de pública controversia. En cuanto personaje con notoriedad pública, en el sentido que le hemos dado en nuestra jurisprudencia, podría ver el señor García Pérez limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7). Con todo hemos puntualizado que, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación resulte innecesaria para la información y la crítica relacionada con el desempeño un cargo público, el desarrollo de una actividad profesional o la difusión de una determinada información, la persona afectada ha de ser considerada a todos los efectos un particular como otro cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (Sentencias 76/1995, de 22 de mayo; 3/1997, de 13 de enero; 134/1999, y SSTEDH, caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, de 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997, y caso Fressoz y Roire, de 21 de enero de 1999), sin perjuicio de que sobre ella pese la carga de la prueba sobre el carácter injurioso, vejatorio o innecesario de la crítica a la que haya sido sometida (Sentencias 192/1999, FJ 7; 112/2000, FJ 8).

Finalmente, la ponderación de las circunstancias exige en este caso una especial referencia al contexto en el que se produjeron las controvertidas manifestaciones del señor Mendoza Fontela, valorando su contenido, intensidad de las frases, su tono y su finalidad crítica (sentencia 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). Como ha quedado registrado en los antecedentes de la Sentencia, las expresiones aquí enjuiciadas fueron

pronunciadas durante el discurso que el señor Mendoza Fontela dirigió, como Presidente, a la Asamblea del Real Madrid, en el contexto de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo, profesional de los medios de comunicación, y que tenía como objetivo desprestigiar al Presidente y a algunos miembros del club. Ha quedado asimismo acreditado que en el curso de esta controversia se llegaron a entablar otros procesos judiciales, al margen del que ha dado origen al presente recurso de amparo, en el que el demandante admitió haber calificado al señor Mendoza Fontela de «embustero», «mentiroso», «zafio», «histérico», «tonto», «descarado», «perjuro», «soberbio», «cobarde», «desvergonzado», «hortera» y «cantamañanas», y a uno de sus directivos de «choricero soriano».

Pues bien, de la lectura de la totalidad del discurso del señor Mendoza Fontela se deduce que la expresión «es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo» pretendía esencialmente defender ante los compromisarios del club el prestigio de éste frente a los reiterados ataques del periodista, quien había lanzado una campaña de desprestigio contra la institución y sus directivos, que extendió a los jugadores del equipo e incluso a familiares. En este concreto contexto, la expresión «hijo de chorizo» con la que el señor Mendoza Fontela aludió al demandante en su discurso (tras exponer que el padre de éste había sido procesado por estafa) realizando un juego de palabras con la expresión que previamente profirió el señor García Pérez para referirse a un dirigente del club («choricero soriano»), significó más una defensa de la entidad que aquél presidía y de sus representantes que a un ataque al honor del recurrente.

Ciertamente, fuera de este contexto la expresión podría reputarse formalmente denigratoria, y por ello no amparada por el art. 20.1 a) CE que, como se ha dicho, no reconoce un pretendido derecho al insulto, el cual sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental (sentencia 105/1990, FJ 8). Ahora bien, en el contexto de la polémica entablada entre ambos personajes y de la previa campaña difamatoria emprendida por el señor García Pérez, y atendiendo al conjunto del discurso del señor Mendoza Fontela, al sentido de la frase concreta y a su finalidad, las expresiones aquí enjuiciadas no pueden reputarse constitutivas de una intromisión ilegítima en el honor del recurrente, porque no transgredieron el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

8. En base a la anterior conclusión hemos de declarar que la Sentencia de 31 de enero de 1997 de la Sala Primera del Tribunal Supremo no vulneró el derecho al honor del recurrente y, consiguientemente, debemos denegar el amparo solicitado.

7. 4. SENTENCIA 51/2008 DE 14 ABRIL, OFENSAS A TRAVÉS DE LA FICCIÓN DE UNA NOVELA. LIBRE CREACIÓN ARTÍSTICA Y POSIBLE LESIÓN DEL HONOR DE UN FALLECIDO

Observa los hechos enjuiciados.

Qué implica para el tribunal que las afirmaciones se den en el seno de una novela. Qué derecho fundamental se ejerce y qué ha dicho el tribunal al respecto de ese derecho (vinculación con la libre expresión, requisito de la veracidad, protección más o menos intensa, ámbito que se protege). (FJ 5º)

Qué implicaciones tiene la muerte de una persona respecto de su honor (FJ 6º)

Es posible, pues, lesionar el honor de una persona a través de la ficción de una novela (FJ 6º).

¿Considera el tribunal que se ha lesionado el honor en el caso concreto? FJ 7º.

2. [...] El origen del presente recurso se encuentra en el siguiente fragmento de la novela «Jardín de Villa Valeria» del escritor Manuel V., editada por Santillana, SA:

«Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo».

Como se ha reflejado en los antecedentes, la demandante de amparo, viuda de la persona aludida en este pasaje, ha venido reclamando en la vía ordinaria la protección civil del honor y de la intimidad personal y familiar de su difunto marido. [...]

5 [...], el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE (RCL 1978, 2836) junto a la producción y creación artística, científica y técnica. Al igual que sucede con estas libertades, hasta el momento no han sido muchos los pronunciamientos de este Tribunal que se han referido específicamente al derecho a la producción y creación literaria. En la mayoría de los mismos nos hemos limitado a señalar la estrecha relación que existe entre tal derecho y la libertad de expresión. Así hemos considerado que la producción y creación literaria constituye una «concreción del derecho a expresar libremente pensamientos, ideas y opiniones» (SSTC 153/1985, de 7 de noviembre [RTC 1985, 153] , F. 5; y 43/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 43] , F. 5), una «faceta» de la libertad de expresión (ATC 152/1993, 24 de mayo [RTC 1993, 152 AUTO] , F. 2), o un «ámbito» en que se manifiesta la libertad de pensamiento y expresión (ATC 130/1985, de 27 de febrero, F. 2), manifestaciones todas ellas que llevan implícita la idea de que la libertad protegida por el art. 20.1 a) CE no es sólo la política, sino también la artística. Pero más allá de este hecho y de forma similar a como se ha reconocido respecto de la libertad de producción y creación científica (STC 43/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 43] , F. 5), la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión.

Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre (RTC 1985, 153) , F. 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión.

En el presente supuesto el carácter literario de la obra en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a

personajes, lugares y hechos reales, el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por lo tanto, de la libertad de información. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo. En el caso concreto de la novela aquí analizada, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso y a su evolución durante la etapa de la transición política es evidente que no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello encuentra en el derecho a la creación literaria una cobertura constitucional. Y no sólo en el caso del autor del fragmento controvertido, sino también en el de la editorial que ha hecho posible su publicación, sin la cual la obra literaria pierde gran parte de su sentido. Al igual que sucede con los restantes derechos fundamentales, sin embargo, es evidente que el ejercicio del derecho a la creación y producción literaria también está sometido a límites constitucionales que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Sin ir más lejos, el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en este precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cambio, y tal y como se desprende de la propia Sentencia recurrida, el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho.

6 [...] La primera de ellas afecta a la titularidad del derecho al honor invocado por la demandante de amparo. En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991, 214] , F. 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836) no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004, 43) , relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, «la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE» (F. 5). Como sucedió en esta Sentencia, es en la ponderación del derecho al honor con dichas libertades y no en la identificación de los derechos en conflicto donde debe tenerse en cuenta, pues, el dato del fallecimiento de la persona cuya reputación se considera ofendida. [...]

La mera lectura de dicho pasaje pone de relieve, de entrada, que no todas las frases del mismo han podido afectar negativamente a la reputación de la persona. Así, las tres primeras frases se limitan a presentarlo y a destacar algunos aspectos relativos a su carácter (liderazgo y brillantez), a su profesión y a su militancia política que en ningún caso pueden considerarse afrentosos y, por lo tanto, susceptibles de vulnerar su honor. Lo mismo puede decirse de la alusión a las «fobias obsesivas» del personaje, puesto que la misma se limita a describir una aversión apasionada que tampoco puede considerarse en sí misma vejatoria, insultante o con capacidad para incidir

negativamente en dicho derecho. Aunque no puede olvidarse la necesidad de interpretar el pasaje litigioso no sólo en su conjunto, sino también en el contexto de la obra en que se inserta, parece evidente que el origen último de la pretendida vulneración del derecho al honor se sitúa en sus dos últimas frases, referidas a la indumentaria y al comportamiento sexual de dicho personaje. [...]

Aunque aquellas frases no pueden calificarse de insultantes o vejatorias y deben situarse en el contexto de una obra literaria, el hecho de identificar directamente al personaje, su tono jocoso y la calificación personal negativa que se desprende de las mismas deben llevarnos a considerar, que son susceptibles, al menos a priori, de vulnerar el honor de la persona.

7 [...] las circunstancias concretas del caso impiden considerar que se ha vulnerado el honor de la persona aludida en el pasaje litigioso. En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE (RCL 1978, 2836)] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas.

NOVENO. LIBERTADES INFORMATIVAS

(Debe tenerse en cuenta la especialidad recogida en los “pasos” en este ámbito).

El alumno ya ha trabajado sobre las libertades informativas, al estar en el reverso de algunos de los casos anteriormente analizados. No obstante, ya conocido el “rival” tradicional de estas libertades (artículo 18), el alumno ya está preparado para afrontarlas directamente.

En todo caso, antes de proseguir con el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta necesario captar el desarrollo legislativo de la materia, especialmente intenso cuando se trata del derecho instrumental a emitir información. De igual modo, procede analizar el sistema de responsabilidad solidaria y en cascada de los medios de comunicación, la particular responsabilidad de las “Cartas al director”, especialmente interesante por cuanto su proyección a los nuevos problemas de internet y que tenga en cuenta la particularidad de la exención de responsabilidad por “reportaje neutral” que, en todo caso, se analiza detenidamente en las sentencias posteriores.

La sentencia 176/1995 es útil para captar el tratamiento del nazismo por el tribunal, afirmando “límites insalvables”. De igual modo, introduce al lector al concepto jurídico de censura previa.

La sentencia 192/1999 expresa con claridad las bases de la doctrina del tribunal sobre libre expresión y su diferencia con el libre información y los parámetros básicos de enjuiciamiento, en particular de la veracidad y diligencia informativa y la singular posición de los cargos públicos. Con mayor concreción se repite el análisis en la sentencia 54/2004, realmente útil para apreciar parámetros como la relevancia pública de una noticia (factor absolutamente esencial), el poco trabajado criterio de la necesidad para el discurso y las posibilidades del informador del uso de información ilícita, pero verídica a los efectos del juicio de la diligencia.

Por último, la sentencia 31/1994 esencia el tratamiento –complejo– del derecho instrumental y secundario de emitir información, configuración particular del derecho que lleva a permitir límites como la autorización previa en razón de un sometimiento a servicio público. Ello permite explicar al alumno la amplia regulación de este derecho con tantos condicionantes. Asimismo esta resolución es útil para manejar conceptos como el de secuestro de publicaciones.

1. Alguna normativa relativa al artículo 20 CE

1. 1. LEY ORGÁNICA 2/1984, DERECHO DE RECTIFICACIÓN

- 1. Observa que esta norma es un ejemplo claro de “desarrollo” de los aspectos sustanciales de un derecho fundamental.**
- 2. Crees que es posible ejercer esta acción frente a opiniones vertidas por un medio de comunicación.**

- 3. Crees que es posible ejercer el derecho de rectificación cuando no se trate de “medios de comunicación”, sino, por ejemplo, de una página web de internet?**
- 4. Observa la afirmación del carácter irrenunciable de estos derechos y lo que se señala en el artículo 2. 2º y 3º.**
- 5. Qué sucede ante el fallecimiento del afectado en sus derechos. Puede acudir a la protección de la ley por el hijo de un afectado en su honor.(ver exposición de motivos y artículo 4 y ss.)**
- 6. Observa el caso de los menores (art. 3. 1º) y la condición del ejercicio de su protección.**
- 7. Fija tu atención en los artículos 7 y 8.**
- 8. En razón del artículo 9, qué puede pedirse en una demanda civil en razón de esta ley.**
- 9. Qué criterios fija la ley para la indemnización preceptiva?**

Artículo primero

Toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan , que considera inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio .

Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjuicio aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquel, sus herederos o los representantes de estos.

Artículo segundo.

El derecho se ejercitara mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar , de forma tal que permita tener constancias de su fecha y de su recepción.

La rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar.. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario.

Artículo tercero.

Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publico o difundió la información que se rectifica , sin comentarios ni apostillas.

Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicara esta en el numero siguiente

Si la noticia o información que se rectifica se difundió en el espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la reciprocidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el rectificante que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo .

La publicación o difusión de la rectificación será siempre gratuita.

Artículo cuarto.

Si, en los plazos señalados en el artículo anterior, no se hubiera publicado o divulgado la rectificación o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquella no será difundida, o se haya publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, podrá el perjudicado ejercitar la acción de rectificación dentro de los siete días hábiles siguientes ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio o ante el del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación

Artículo quinto.

La acción se ejercerá mediante escrito, sin necesidad de Abogado ni Procurador, acompañando la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo señalado;; se presentara igualmente la información rectificada si se difundió por escrito; y, en otro caso, reproducción o descripción de la misma tan fiel como sea posible .

El Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda si se considera incompetente o estima la rectificación manifiestamente improcedente.. En otro caso convocara al rectificante, .al director del medio de comunicación o a sus representantes a juicio verbal, que se celebrara dentro de los siete días siguientes al de la petición. . La convocatoria se hará telegráficamente, sin perjuicio de la urgente remisión, por cualquier otro medio, de la copia de la demanda a la parte demandada .

Cuando el Juez de Primera Instancia hubiese declarado su incompetencia podrá el perjudicado acudir al órgano competente dentro de los siete días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la correspondiente resolución, en la cual se deberá expresar el órgano al que corresponda el conocimiento del asunto.

Artículo sexto.

El juicio se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales, con las siguientes modificaciones:

- a) El Juez podrá reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita.
- b) Solo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto.
- c) La sentencia se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio.

El fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en el artículo 3º de esta Ley, contados desde la notificación de la sentencia que impondrá el pago de las costas a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados .

La sentencia estimatoria de la petición de rectificación deberá cumplirse en sus propios términos .

El objeto de este proceso es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos.

Artículo séptimo.

No será necesaria la reclamación gubernativa previa cuando la información que se desea rectificar se haya publicado o difundido en un medio de comunicación de titularidad pública.

Artículo octavo.

No serán susceptibles de recurso alguno las resoluciones que dicte el Juez en este proceso, salvo el auto al que se refiere el párrafo segundo del artículo 5º ., que será apelable en ambos efectos , y la sentencia, que lo será en un solo efecto, dentro de los tres y cinco días siguientes, respectivamente, al de su notificación, conforme a lo

dispuesto en las secciones primera y tercera del Título sexto del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La apelación contra el auto a que se refiere el artículo 5º se sustanciará sin audiencia del demandado.

Disposición Derogatoria.

Quedan derogados los artículos 58 a 62 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo; el artículo 25 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, sobre el Estatuto de la Radio y la Televisión; los Decretos 745/1966, de 31 de marzo, y 746/1966, de la misma fecha, y el número 1 del artículo 566 del Código Penal, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de Marzo de 1984.

- JUAN CARLOS R.-

EL Presidente del Gobierno, Felipe González Márquez

1. 2. LEY ORGÁNICA 2/1997, CLÁUSULA DE CONCIENCIA

- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.
- ARTÍCULO 1.
- ARTÍCULO 2.
- ARTÍCULO 3.
- DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.
- DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Constitución Española de 1978 ha introducido en su parte dogmática el reconocimiento del derecho de los profesionales de la información a la cláusula de conciencia. Y si bien es cierto que este derecho estaba ya reconocido por la legislación ordinaria, con diferentes grados de garantía, en diversos estados democráticos, la aportación del texto constitucional español ha sido la de integrarlo como elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información.

La fuerza normativa de la Constitución ha dotado a este derecho de plena eficacia jurídica desde su promulgación y, en consecuencia, su exigibilidad jurídica vincula a poderes públicos y a particulares. Pero dicho esto, es necesario precisar su contenido, al objeto de asegurar su correcto ejercicio por parte de los profesionales de la información como destinatarios básicos de este derecho específico y, al mismo tiempo, proporcionar a la libertad de expresión y al derecho a la información un instrumento jurídico imprescindible que garantice su ejercicio efectivo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Esta Ley Orgánica sigue la línea trazada por el Tribunal Constitucional de instar a los poderes públicos, y, por tanto, al Parlamento a llevar a término acciones positivas en defensa de los derechos fundamentales, asegurando la imprescindible complementariedad de los valores constitucionales de libertad e igualdad. En este sentido, su articulado responde a la necesidad de otorgar a los profesionales de la información un derecho básico en la medida en que ellos son el factor fundamental en la producción de informaciones. Su trabajo está presidido por un indudable componente intelectual, que ni los poderes públicos ni las empresas de comunicación pueden olvidar. La información no puede ser objeto de consideraciones mercantilistas, ni el profesional de la información puede ser concebido como una especie de mercenario

abierto a todo tipo de informaciones y noticias que son difundidas al margen del mandato constitucional de veracidad y pluralismo.

En consecuencia, los elementos definidores de esta Ley Orgánica tienen un doble punto de partida: en primer lugar, la consideración del profesional de la información como agente social de la información, que ejerce su trabajo bajo el principio ineludible de la responsabilidad; y, en segundo lugar, la concepción de las empresas de comunicación como entidades que, más allá de su naturaleza jurídica -empresas públicas o privadas-, participan en el ejercicio de un derecho constitucional, que es condición necesaria para la existencia de un régimen democrático.

Artículo 1.

La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional.

Artículo 2.

1. En virtud de la cláusula de conciencia los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa de comunicación en que trabajen:

a) Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

b) Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador.

2. El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente.

Artículo 3.

Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas todas aquellas disposiciones que se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Disposición final única.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Recordatorio de algunos elementos atribución responsabilidad

2. 1. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EN CASCADA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 65.2 de la Ley de 18 marzo 1966, del Ordenamiento Jurídico de la Prensa e Imprenta: “De la responsabilidad civil en materia de Prensa e Imprenta y de la patrimonial del Estado”:

“2.- La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores, e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.”

Artículo 30 Código penal.

1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

2. 2. CARTAS AL DIRECTOR E INTERNET

Los elementos básicos del Tribunal Constitucional sobre las cartas al director:

- El autor de los contenidos ajenos al medio ejerce su libre expresión o, en su caso, su derecho a informar, aun sin ser profesional de la comunicación.

- El medio de comunicación que autoriza la carta al director ejerce el derecho a comunicar, el derecho a informar, con su deber de diligencia.

- Esta diligencia “disminuye” 15/1993, de 18 de enero, y se traduce, esencialmente, en que “«el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación», como es práctica habitual”

- este deber se fundamenta en tres pilares: que sea posible deslindar la libre expresión del autor ajeno al medio y la libre información de éste; el derecho a la información del medio y el de recibir información veraz por los lectores y, sobre todo, en conseguir un anclaje de responsabilidad, que el autor “asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito», dado que, en otro caso, «se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado» [sentencia 336/1993, fundamento jurídico 7.º,B)].”

Caso del blog (www.mafius.com) donde se vierten amenazas e injurias de forma anónima⁵⁶. Caso en el que se condena al responsable del blog por permitir que las afirmaciones se hagan de forma anónima. En la sentencia se proyecta la doctrina de las cartas al director con claridad:

⁵⁶ Juez de Primera Instancia e Instrucción de Arganda del Rey, juicio de faltas nº 134/06, de 30 de junio de 2006,

“al autorizar la publicación del escrito, pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio, por este hecho, ha asumido su contenido lo que entrañará una doble consecuencia, una, que el ejercicio de las libertades que reconoce y garantiza el art. 20. 1 CE, habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido, y otra, que al medio corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito” “si el escrito se publica sin que el medio (en este caso el editor) conozca aquella identidad, en tal supuesto dicho escrito No constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, ya que, entonces, el medio (autor) asume su contenido y la subsiguiente responsabilidad.”

Se afirma que un factor para la atribución de la responsabilidad es “que el propio editor en el Acto manifestó que había programado el blog para que se omita el apartado donde se recoge la dirección de IP lo que ha puesto de manifiesto en el citado blog reiteradamente como salvaguarda de impunidad.”

2. 3. DOCTRINA DEL REPORTAJE NEUTRAL (REMISIÓN)

Ver el caso Múgica.

2. 4. LSSICE, ESQUEMA GENERAL DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN

- 1. Piensa en la responsabilidad de quien aloja los contenidos de una página web donde, por ejemplo, se calumnia y la intermediación mecánica.**
- 2. Sobre esta base observa qué es “conocimiento efectivo”. Por ejemplo, si hay una web con videos sobre vida sexual de una persona, si lo comunica por medio de notario al “alojador” estaría obligado a retirarlos?.**
- 3. Si, por ejemplo en la página web de jazztel se incluyen contenidos propios, y una calumnia, se puede acoger a la exención de responsabilidad? (ver art. 16. 2º).**

“Ley de internet”

Artículo 16.Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

3. Jurisprudencia

(recordar, en especial, sentencia caso José María García en “honor”)

3. 1. SENTENCIA 176/1995 LIBERTAD EXPRESIÓN, RACISMO, LÍMITES INSALVABLES, CENSURA PREVIA

1. **Fija los hechos debatidos a partir del FJ 1 y FJ 5º párrafo “En el tebeo aquí...”**
2. **Observa la fijación del objeto de la libertad de expresión y su distinción de la libre información.**
3. **Observa la referencia a los límites de la libertad de expresión.**
4. **Los “tebeos” entran en la libre expresión para el Tribunal Constitucional?**
5. **Dónde ubica el tribunal los hechos debatidos.**
6. **Qué dice el tribunal sobre la libertad de expresión y las opiniones antidemocráticas. Y sobre la posibilidad de errar juicios históricos y sobre libertad de expresión y el buen gusto. FJ 2º**
7. **Qué dice el tribunal sobre la titularidad de la libertad de expresión. ¿Tienen los periodistas mayor protección de la libre expresión que tú? FJ 2º**
8. **Observa las diversas posiciones que fija el tribunal sobre director, editor, etc. y recuerda la regulación sobre responsabilidad.**
9. **Observa la fijación del conflicto de derechos y la fijación del concepto honor (FJ 3º).**
10. **Quién es el afectado en el presente caso, por cuanto al honor. Qué dice el tribunal respecto de los grupos humanos.**
11. **Qué dice el tribunal respecto de la ponderación a efectuar en el conflicto entre dos derechos fundamentales (FJ 4). A quién le corresponde hacerla y cómo. Observa cómo vincula la cuestión con el artículo 24 CE y relaciona la cuestión con la naturaleza privada de los sujetos del caso (FJ 4º in fine).**
12. **Observa cómo se describe y valora el cómic en el FJ 5 y cómo se excluye de la protección especial del humor (animus iocandi).**

- 13. Fija tu atención en la decisión: “La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión”. Crees que se está hablando de límites al derecho de libertad de expresión o de delimitación de su contenido?.**
- 14. Cuál es la aplicación de esta doctrina al caso concreto y qué elementos fija el tribunal en el análisis del cómic en cuestión. Reflexiona sobre estos aspectos y otros ejemplos que se te ocurran de aplicabilidad de esta doctrina.**
- 15. Observa el recorrido histórico que realiza el tribunal en el FJ 6º.**
- 16. Qué dice el Tribunal sobre la censura previa.**

II. Fundamentos jurídicos

1. Si configurar con la mayor nitidez posible el objeto del amparo es siempre conveniente para hacer asequible el razonamiento y dar claridad a su exposición, como parte de la cortesía forense, en algunos casos -como este- sirve para deslindar desde el principio lo que está fuera del debate y lo que ha de permanecer dentro. Pues bien, desde la perspectiva dual que es propia de este elemento del proceso, se pretende la nulidad de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona donde se condena al aquí demandante por la comisión de un delito de injurias como transgresora de la libertad de expresión. Esta y el derecho al honor son los valores constitucionales en juego, protagonista y antagonista en un tal planteamiento según se mire, sus únicas *dramatis personae*.

...

2. La Constitución Española reconoce y protege los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones» así como a «comunicar y recibir libremente información» a través de la palabra por de pronto y también a través de cualquier otro medio de difusión (art. 20 C.E.). Por su parte el Convenio de Roma de 1950 les dedica su art. 10, según el cual «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», con las dos subespecies a las que luego hemos de aludir necesariamente, a cuya luz han de ser interpretadas las propias normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales (art. 10 C.E.; Sentencias 138/1992 y 76/1995).

Una disección analítica de las normas de la Constitución antes invocadas, dentro de este contexto, pone de manifiesto que en ellas se albergan dos derechos distintos por su objeto y a veces por sus titulares. En efecto, en un primer aspecto, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con un doble sentido, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde -como otras semejantes, por ejemplo hecho y derecho- se mezclan hasta confundirse, aun cuando en éste no haya ocurrido así.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional desde antiguo y ha intentado delimitar ambas libertades, a pesar de las dificultades que en ocasiones conlleva la distinción entre información de hechos y valoración de conductas personales, por la íntima conexión de una y otra, ya que «esto no empece a que cada una tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente». Años después, insistíamos en la

tesis de que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no sea fácil separar en la vida real aquélla y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (sentencia 6/1988).

Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollan, entre ellos -muy especialmente- a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el párrafo cuarto del art. 20 de nuestra Constitución. Aquí la colisión se predica del derecho al honor, aun cuando como premisa mayor del razonamiento jurídico haya que esclarecer cuál de ambas libertades, trenzadas a veces inextricablemente, haya sido la protagonista, porque las consecuencias son muy diferentes en cada caso si se recuerda que además de los límites extrínsecos, ya indicados atrás y comunes para una y otra, la que tiene como objeto la información está sujeta a una exigencia específica.

Pues bien, la lectura del álbum intitulado «Hitler=SS», publicación unitaria como contrapuesta a periódica, en la clasificación de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta (art. 50), pone de manifiesto ante todo que se trata de una serie en la que con dibujos y texto se compone un relato, «historieta» o «tebeo» según el Diccionario de la Real Academia, cómic en la lingua franca de nuestros días, con una extensión de casi noventa páginas. Por su contenido narrativo y su forma compleja, gráfica y literaria, es una obra de ficción, sin la menor pretensión histórica. Por lo tanto, hay que situarlo en principio dentro de una lícita libertad de expresión, en cuya trama dialéctica y su urdimbre literaria se entremezclan ingredientes diversos, con preponderancia del crítico, reflejado en los muy abundantes juicios de valor. Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan. En consecuencia, no se trata aquí de discutir la realidad de hechos históricos, como el Holocausto. La libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo, incurriendo en el defecto que se combate, con mentalidad totalitaria. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa, de la que más abajo habrá ocasión de hablar. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico.

Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.

Los titulares de este derecho subjetivo en que se traduce al lenguaje jurídico la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, derecho fundamental además con una más intensa protección por tal naturaleza, sus sujetos activos, somos todos los ciudadanos, sin ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, la función y sus servidores. Ahora bien, existen algunos cualificados, como son en

principio los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación, como síntesis de la definición que encabeza el proyecto de Carta Europea. En tal sentido ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión «alcanza un máximo nivel cuando ... es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (sentencia 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional» (sentencia 76/1995) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir «la arbitrariedad de los que nos gobiernan».

Periodistas han de ser también los Directores de las publicaciones periódicas o agencias informativas, con derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico, tanto de redacción como de administración y publicidad, reverso negativo de la misión de mantener la orientación que se le asigna (arts. 34 y 37 Ley de Prensa). Pero no termina aquí el elenco. Viene a continuación el editor, que saca a la luz pública una obra, ajena por lo regular, valiéndose de la imprenta o cualquier otra modalidad de las artes gráficas, con un talante empresarial (arts. 16 y 5 Ley de Prensa), cuya facultad más importante, inherente a su condición, consiste en seleccionar los textos para publicarlos. Este grupo de personajes, más el impresor, son a su vez los eventuales autores de los delitos que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción según indica el Código Penal vigente a la sazón (arts. 13 y 15) cuya constitucionalidad no hemos puesto nunca en entredicho.

3. Presenciamos, pues, el choque frontal de dos derechos fundamentales, el que tiene como contenido la libertad de expresión y aquel otro que protege el honor, desde cuya perspectiva unilateral, ahora, en una segunda fase del análisis conviene a nuestro propósito averiguar cuál sea su ámbito. En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual -como les ocurre a palabras afines, la fama o la honra- consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, «dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (sentencia 185/1989). La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos. Por ello, pueden a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria o la calumnia,

como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor y así lo dijo el Tribunal Supremo, en el plano de la legalidad y en su ámbito penal, cuando dictó la Sentencia de 20 de diciembre de 1990. Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano. En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1991.

4. Una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de la libertad en juego y el contenido del derecho que le sirve de límite, el paso siguiente habrá de ser la ponderación de una y otro, en el ámbito del art. 20 de nuestra Constitución. Efectivamente, la libre expresión y la no menos libre información se configuran en principio como derechos fundamentales de la ciudadanía, aun cuando con talante instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático. Así lo hemos reconocido y proclamado, con unas u otras palabras, en más de una ocasión (Sentencias 6/1981, 104/1986, 165/1987 y 107/1988, entre otras). El análisis para sopesar los derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con una panoplia de criterios convergentes, entre ellos, por lo que al caso respecta, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido.

La ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3). En efecto, tal potestad comprende la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en su dimensión temporal, la interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de éstos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados. Si a lo dicho se añade la posibilidad de ejecutar lo juzgado, para hacer así efectiva la tutela judicial (art. 24.1 C.E.) queda claro, en un rápido esbozo, el perfil constitucional de la función judicial. Pues bien, esto que resulta inconcuso por haberlo dicho así, una y otra vez, este Tribunal, veda en efecto que actuemos aquí como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de nuestra propia perspectiva jurisdiccional (art. 123 C.E.).

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

5. Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periodística, existe un límite insalvable impunemente. «No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del texto fundamental» (sentencia 105/1990). En tal línea discursiva se hace obligado verificar si en este caso, partiendo sin vacilación alguna de la más amplia y deseable libertad de expresión, se extravesó el perímetro de tal derecho fundamental o, por el contrario, si su ejercicio ha podido legitimar de algún modo la conducta que por la Audiencia Provincial fue calificada, en el plano de la legalidad que es el suyo propio, como un delito de injurias graves, con escrito y con publicidad (art. 457, 458. 3 y 4 y 459 C.P.), donde se castiga cualquier «expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona», cuya antijuridicidad material protege el honor de las personas. Al efecto tenemos un dato, el bien jurídico protegido por esta norma y una incógnita, si las palabras y las imágenes utilizadas en relación con las víctimas del Holocausto lo lesionan ilegítimamente.

En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él «se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de «conductas ... inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales». «El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos», con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas («animales» o «carroña», entre otras). Así lo dice la Sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos.

Cada viñeta -palabra y dibujo- es agresiva por sí sola, con un mensaje tosco y grosero, burdo en definitiva, ajeno al buen gusto, aun cuando no nos corresponda terciar en esta cuestión, que se trae aquí como signo externo de ese su talante ofensivo. Ahora bien, importa y mucho, en este análisis de contenidos, bucear hasta el fondo para obtener el auténtico significado del mensaje en su integridad. En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista, contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente, Ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria -un tebeo-, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se dirige el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside).

En definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras y en los gestos o las actitudes de los personajes que bien pudiera ser calificado, más de una vez, como pornográfico, por encima del nivel tolerable para la sociedad española hoy en día y desprovisto de

cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos, científicos, políticos o pedagógicos, en una enumeración abierta. A lo largo de sus casi cien páginas se habla el lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación. El efecto explosivo de tales ingredientes así mezclados es algo que la experiencia ante nuestros ojos permite predecir sin apenas margen de error por haber un encadenamiento causal entre unos y otros. Es evidente que todo ello está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica y refleja un claro menosprecio de los derechos fundamentales, directrices de la educación que han de recibir la infancia y la juventud por deseo constitucionalmente proclamado (art. 27.2). Lo dicho hace que entren en juego los límites que para protegerlos marca la Constitución y, por lo mismo, el respeto a la moral que contiene el Convenio de Roma (art. 10.2; Sentencia del T.E.D.H. de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside y sentencia 62/1982). En tal sentido incide también el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, cuyo art. 20.2 establece que se prohíba por Ley «toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia».

Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas, como se vio más arriba. Por otra parte, el propósito burlesco, animus iocandi, al que niega eficacia exculpatoria la Sentencia en el plano de la legalidad, intangible para nosotros, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer.

La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (Sentencias 170/1994 y 76/1995). Un «cómic» como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada.

6. El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (art. 20.2), que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI y se extiende por toda Europa. En España, inicia esta andadura de libertad vigilada la pragmática de los Reyes Católicos de 8 de julio de 1502, seguida por otras muchas a lo largo de tres siglos que se recogerán a principios del XIX en la Novísima Recopilación. Dentro de tal contexto histórico se explica que, poco después, la Constitución de 1812 proclamara la libertad «de escribir, imprimir y publicar ... sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación» (art. 371), interdicción que reproducen

cuántas la siguieron en ese siglo y en el actual e inspira el contenido de la nunca derogada Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883. Como censura, pues, hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no «censura» en el sentido que le da la Constitución.

Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse «autocensura», utilizada en algunos sectores -la cinematografía o la prensa-, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para comprobar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica. En tal sentido, hemos dicho ya que la «verdadera censura previa» consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (sentencia 53/1983). Por ello, el derecho de veto que al director concede el art. 37 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 no puede ser identificado con el concepto de censura previa (Sentencias 171/1990 y 172/1990). Tampoco lo es la autodisciplina del editor cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

3. 2. SENTENCIA 235/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2007, CASO LIBRERÍA EUROPA, SANCIÓN PENAL DE LA DIFUSIÓN DE IDEAS O DOCTRINAS QUE NIEGUEN O JUSTIFIQUEN DELITOS DE GENOCIDIO, ARTÍCULO 607.2 DEL CÓDIGO PENAL.

- 1. Fije la atención en el precepto discutido (FJ 1º) y en otros similares del CP (FJ 6º).**
- 2. Qué señala el Tribunal respecto de la “democracia militante” y de la posibilidad de divulgar ideas contrarias a la esencia misma de la Constitución (FJ 4º).**

3. **Considera el tribunal que el negacionismo está en el ámbito de las ideas u opiniones o de la información veraz (FJ 4º in fine, indirecto).**
4. **Qué límites –o delimitación- de la libertad de expresión hay en estos casos. Qué ha dicho el tribunal –y el TEDH- en casos anteriores. (FJ 5º)**
5. **¿Qué sentido tiene la referencia al artículo 17 TEDH y qué requisitos fija el tribunal? ¿Qué valor tiene el daño y la intención?**
6. **Considera el tribunal que nos encontramos ante delitos de opinión en el caso del 607. 2º cp? (FJ 6º)**
7. **Qué dos conductas distingue el tribunal en el art. 607. 2º cp**
8. **Qué considera el Tribunal Constitucional respecto de la “mera negación de un delito de genocidio” (FJ 8º). Qué dice el tribunal respecto de la libertad científica (FJ 8º).**
9. **Qué dice el tribunal sobre difundir ideas que justifiquen el genocidio. ¿Es posible castigar penalmente la “mera adhesión ideológica”? Cuándo se considerará posible perseguir penalmente la difusión (FJ 9º)?**
10. **¿El comportamiento despectivo o degradante respecto de un grupo de personas está protegido por la libertad de expresión? ¿Es posible castigar conductas un cuando no sean idóneas para incitar al genocidio? ¿Y si son idóneas para incitar al delito de discriminación, provocación de odio o la violencia? ¿No es esto un bucle? (se castigan ideas de discriminación y odio por incitar al delito de discriminación y odio racial?**
11. **Fije la decisión final del fallo del tribunal.**

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona ha promovido cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 607 del Código penal, a cuyo tenor "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años".

Los delitos a los que se refiere el citado precepto son los de genocidio, definidos por el art. 607.1 CP como conductas guiadas por el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetrando alguno de los actos siguientes: 1) matar a alguno de sus miembros; 2) agredir sexualmente a alguno de sus miembros o producirle alguna de las lesiones previstas en el art. 149 CP; 3) someter al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud u ocasionen alguna de las lesiones previstas en el art. 150 CP; 4) llevar a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptar cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o trasladar por la fuerza individuos de un grupo a otro; y 5) producir cualquier otra lesión distinta de las anteriormente señaladas.

4. [...] Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de "democracia militante", esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución -y ciertamente las que se difundieron en el asunto que ha dado origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad resultan repulsivas desde el punto de vista de la dignidad humana constitucionalmente garantizada- a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los "principios democráticos de convivencia" a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia concedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debemos tomar en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

En ocasiones anteriores hemos concluido que "las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos" (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8). Esta misma perspectiva ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la segunda guerra mundial, a señalar que "la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión" y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo (Sentencias Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69; Monnat c. Suiza, de 21 de septiembre de 2006, § 57).

5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 160/2003, de 15 de septiembre, FJ 4). En

concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza "el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5). Igualmente, hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8; 13/2001, de 29 de enero, FJ 7). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, Sentencia Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999) que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado "discurso del odio", esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH Gündüz c. Turquía de 4 de diciembre de 2003, § 41; Erbakan c. Turquía, de 6 de julio de 2006).

Junto a ello, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 CEDH, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento constitucional. En su virtud, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto en cuanto implicaba un propósito "de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos" (Decisión Garaudy c. Francia, de 24 de junio de 2003). En concreto, en esa ocasión se trató de diversos artículos dedicados a combatir la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisivamente la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia, atentando contra los derechos de los demás. Posteriormente, ha advertido, obiter dicta, de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 del Convenio y la mera negación de "hechos históricos claramente establecidos" que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 CEDH (SSTDH Lehideux e Isorni c. Francia, de 23 de septiembre de 1998; Chauvy y otros c. Francia, de 23 de junio de 2004, § 69).

En este punto resulta adecuado señalar que, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para invocar la excepción a la garantía de los derechos prevista en el art. 17 CEDH no basta con la constatación de

un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en el Convenio (STEDH Refah Partisi y otros c. Turquía, de 13 febrero 2003, § 98; Decisión Fdanoka c. Letonia, de 17 junio 2004, § 79). Sólo en tales casos, a juicio del Tribunal europeo, los Estados podrían, dentro de su margen de apreciación, permitir en su Derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, con el buen entendimiento de que el Convenio tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos (STC 43/2004, de 23 de marzo), encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como dijimos en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8, "el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean". Fundamentada en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE) es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

6. [...] Entre ellos, dada la cercanía de las conductas perseguidas, ha de tomarse en cuenta el art. 615 CP, que establece que la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos contra la comunidad internacional se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos. Junto a él, el art. 510.1 CP, introducido en el Código penal de 1995 como consecuencia directa de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución.

la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal. [...] La libertad de configuración del legislador

penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político.

Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. [...]

8. [...] En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido -en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999- como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo, la libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que "sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática" (FJ 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane.

9. Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia

determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. [...] Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen "las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas" (por todas SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8).

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). [...]

FALLO

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

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia:

1º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión "nieguen o" en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.

2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.

3. 3.SENTENCIA 192/1999, LIBERTAD DE INFORMACIÓN, VERACIDAD, ERRORES, CARGOS PÚBLICOS

- 1. Observa los hechos en cuestión (FJ 2º), en especial la descripción del párrafo "Al hilo...", asimismo observa cómo se señala el "contexto".**
- 2. Fija la atención en los criterios del tribunal para considerar "noticia" u "opinión" lo publicado. Observa la distinción entre estos derechos por el tribunal.**
- 3. Qué dice el tribunal sobre la necesaria "información veraz". Cuáles son los criterios que fija para valorar la diligencia y veracidad (FJ 4º). Cuándo la diligencia ha de adquirir la "máxima intensidad"?**
- 4. Se permite hacer hipótesis sobre los hechos, dentro de qué derecho?**
- 5. Ya en el caso concreto, observa en el FJ 5º qué consideraron los tribunales inferiores inadmisibles.**

- 6. Por qué considera el tribunal que la valoración de la veracidad efectuada por el tribunal inferior no es acertada. FJ 6º**
- 7. Qué errores considera asumibles o no asumibles, esenciales-no esenciales el tribunal en el presente caso. Qué vinculación tiene ello con la malicia o no en la información. FJ 6**
- 8. Tiene incidencia en el presente caso que se trate de autoridades públicas y, por ello personajes públicos, qué dice el tribunal al respecto, en particular de los cargos públicos. Cómo afecta lo dicho en el presente caso. Observa el criterio de la necesidad para la información o crítica que aparece en tercer párrafo del FJ 7º. ¿Qué honor y vida privada queda a un político?**
- 9. A la vista de los hechos enjuiciados, compartes la afirmación del último párrafo “no hay, pues, una crítica a su persona”, relativa al Alcalde de A Coruña?**

II. Fundamentos jurídicos

2. Entrando en el fondo de la cuestión planteada, conviene comenzar recordando los hechos en los que se enmarca el caso de autos, precisando en este sentido cuáles son las expresiones por las que resultaron condenados los citados periodistas, primero en apelación, puesto que en la instancia fueron absueltos y, posteriormente, en casación.

El asunto relativo a la concesión del aparcamiento subterráneo del que se hace eco el diario nacional en el que se publicaron las controvertidas informaciones encuentra su punto de partida en la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de A Coruña del plan de actuaciones presentado por el Alcalde para la reforma y rehabilitación de la plaza de Pontevedra, de dicha ciudad, en la que está sito el referido aparcamiento, que llevaba siendo explotado por la empresa «Aparcamientos Orzán, S. A.», desde los años sesenta y en el que se preveían obras de ensanchamiento del mismo, así como el apoderamiento a la Alcaldía para realizar cuantas gestiones fuesen necesarias para alcanzar el objetivo planificado. El plan fue aprobado no sin cierta polémica, de modo que, en el mentado Pleno, algunos Concejales llamaron la atención sobre dos extremos: la controvertida pretensión de que se facultase al Alcalde para que realizase cuantas gestiones fuesen necesarias para llevar a cabo las obras planeadas (en particular la ampliación del aparcamiento subterráneo) y la preocupación por la adecuada ejecución del referido plan a fin de evitar errores que futuras Corporaciones debieran reparar luego.

Oída dicha concesionaria sobre la repercusión que la remodelación de la citada plaza tendría sobre la concesión que disfrutaba, al exigir una serie de obras de adaptación en el aparcamiento subterráneo, «Aparcamientos Orzán, S. A.», por medio de su representante (que no era en aquel entonces el tercero luego supuestamente vinculado al narcotráfico), propone una serie de alternativas que se sometieron a estudio por el Negociado de Equipamiento. El informe de este Negociado, de 5 de marzo de 1986 (suscrito por el Jefe del Negociado, el Interventor y el Secretario del Ayuntamiento), señaló que el plan de remodelación imponía un cambio tal del aparcamiento que mutaría sustancialmente el objeto de la originaria concesión con arreglo al pliego de condiciones que la regulaba, así como a la legalidad aplicable. Esa alteración de las condiciones básicas de la concesión (más de un quinto del presupuesto) abocaba, según el mentado informe, a la conclusión de que el «cauce legal» a seguir para ejecutar el plan de obras era el rescate de la concesión,

sometiéndola a nueva licitación. Por su parte, la propuesta que el Alcalde dirigió al Pleno de 14 de marzo de 1986 fue la de mantener la concesión existente en los términos de una de las alternativas que la concesionaria «Aparcamientos Orzán, S. A.», había propuesto en el trámite de audiencia previa; al tiempo que se reiteraba en la propuesta del edil la petición de que se facultase al Alcalde para realizar todas las gestiones necesarias para la consecución del plan. En el posterior Pleno de la Corporación se reparó por varios Concejales en las dificultades que planteaba la propuesta del Alcalde a la vista del informe técnico, lo que suscitó una nueva polémica, que se reproduciría una vez más con motivo de la aprobación del proyecto de obras y remodelación del aparcamiento subterráneo. En todo caso, el Pleno aprobó la propuesta de la Alcaldía en su totalidad (18 votos a favor y siete abstenciones).

Al hilo de estas y otras circunstancias, el diario «El País» publicó los dos reportajes objeto de estos autos y cuyo contenido se resume en los antecedentes. Así, en el primero de ellos, en primera página de la edición del día 29 de noviembre de 1988, aparecía el titular «La familia de un \009barón” de la cocaína realiza grandes inversiones en España», a su vez precedido de la frase en letra más pequeña «José Nelson Matta Ballesteros reside en La Coruña bajo nombre supuesto»; en el cuerpo de la noticia se decía «Louzao ha entrado recientemente con pie firme, y de la mano del Alcalde socialista coruñés Francisco Vázquez, en el campo de las inversiones inmobiliarias a gran escala». Dicha información era ampliada en las páginas interiores del mismo, con el siguiente titular: «Jesús Louzao y los propietarios de los hoteles \009Celuisma” son los socios españoles de Matta», antecedido en caracteres menores por la frase «Francisco Vázquez, alcalde socialista de La Coruña, ha otorgado al grupo concesiones de aparcamientos municipales»; en la misma se decía que «Francisco Vázquez, Alcalde socialista de La Coruña y hombre considerado afín al Vicepresidente del Gobierno, Alfonso Guerra, le abrió al comerciante lucense el muy rentable campo de la explotación de aparcamientos municipales, a pesar de que las autoridades conocían perfectamente tanto el pasado de Louzao como sus conexiones con los Matta Ballesteros». El segundo reportaje apareció en la edición del 2 de diciembre de 1988 (pág. 21) con el titular «El dueño del casino de La Coruña y la mujer del jefe de la brigada de estupefacientes comparten negocios»; dicha noticia describía las relaciones comerciales existentes entre los terceros mentados en el primer reportaje y uno de los propietarios de la mencionada cadena de hoteles «Celuisma». Este segundo reportaje se ilustraba con una fotografía en la que el señor Vázquez aparecía junto con otras personas, entre las que se identificó al mencionado propietario de la cadena hotelera.

Entre el primer reportaje y el segundo, otros medios de difusión, en concreto los periódicos regionales «La Voz de Galicia», «El Faro de Vigo», «El Progreso» y «La Región», si bien haciéndose eco de la información de «El País», publicaron también noticias sobre este mismo asunto. Así, en «La Región», y bajo el titular «El Alcalde coruñés, implicado en una trama de \009blanqueo” de dinero», se decía que «el Alcalde de la ciudad, Francisco Vázquez», había realizado en favor de aquélla «concesiones de diversos aparcamientos subterráneos».

El 1 de diciembre de 1988, es decir, al día siguiente de la publicación del primero de los referidos reportajes, se publicó en «La Voz de Galicia» un anuncio del Ayuntamiento de A Coruña, cuyo texto está fechado el 30 de noviembre, en el que se informaba por la Alcaldía a los ciudadanos acerca de los términos en los que se renovó la concesión del aparcamiento subterráneo.

3. Es en este contexto en el que, en el diario «El País», aparecen las expresiones, más arriba recogidas, que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideran lesivas del honor del señor Vázquez. Es a dichas expresiones a las que debe limitarse nuestro examen de constitucionalidad, sin que evidentemente podamos incluir a las que, aun pudiendo ser controvertidas, fueron publicadas en otros medios de

ámbito regional, aportadas en su día por el señor Vázquez, pero frente a las que no dirigió su demanda.

Centrada así la cuestión litigiosa, el examen que este Tribunal debe hacer del asunto habrá de comenzar por precisar si se está únicamente ante el ejercicio del derecho a comunicar información, como así parecen plantearlo todas las partes en el proceso, o si, en cambio, el reportaje periodístico no es la simple narración de unos hechos, sino también la crítica del proceder de cierta persona al hilo del acaecimiento de ciertos hechos. Pues de poder calificar la información de «noticia», esto es, de comprobarse que al socaire de la narración de ciertos hechos se formularon también determinados juicios críticos, a estos últimos no cabrá someterlos al canon de su veracidad, sólo aplicable a aquella narración (Sentencias 6/1988, 107/1988, 51/1989, 105/1990, 240/1992, 173/1995, entre muchas), sino el propio de la libertad de expresión. Así, pues, habrá que comprobar, primero, la veracidad de la información y, segundo, la ausencia en las opiniones expresadas a la sazón de calificaciones formalmente injuriosas o innecesarias para la información que se divulga (sentencia 134/1999, fundamento jurídico 3, y las allí citadas).

El art. 20.1 C.E., en efecto, garantiza dos derechos fundamentales conexos pero distintos, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y las opiniones [apartado a)], y el derecho a la comunicación libre de información veraz [apartado d)]. En un caso, nuestro texto constitucional protege la libre difusión de creencias y juicios de valor personales y subjetivos, mientras que en el otro garantiza la divulgación de hechos. Sin embargo, es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (Sentencias 6/1988, 107/1988, 59/1989, 105/1990, 171 y 172 de 1990, 190/1992, 123/1993, 178/1993, 76/1995, 138/1996, 204/1997, 1/1998), pues, como venimos diciendo, el art. 20.1 C.E. ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos (sentencia 105/1990 y 178/1993).

4. Comenzando por el examen de la condición que impone el art. 20.1 d) C.E. de que la información sea veraz, este Tribunal ha declarado reiteradamente que aquélla no va dirigida a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; aunque su total exactitud pueda ser controvertida, o se incurra en errores circunstanciales o resulte una información incompleta que, en un caso u otro, no afecten a la esencia de lo informado (Sentencias 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990 y 172/1990, 40/1992).

Así, el concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado y que impone una especial dedicación que asegure la seriedad del esfuerzo informativo, se sitúa, como ya dijimos en la sentencia 28/1996, en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (Sentencias 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate. El nivel de diligencia exigible adquirirá «su máxima intensidad», en primer lugar, «cuando la noticia que se divulga puede suponer por su

propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere», y al que se suma también, de modo bifronte, el de la «trascendencia de la información», pues, si bien ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la comprobación con datos objetivos de la misma, apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia (Sentencias 219/1992, 240/1992, 178/1993).

La veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, ni podría hacerlo sin vulnerar la libertad de expresión del art. 20.1 a) C.E., la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que con ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración probabilística de esas mismas hipótesis o conjeturas (sentencia 171/1990). En otras palabras, la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla; de modo que la noticia constituye generalmente el resultado de una reconstrucción o interpretación de hechos reales, ejerciendo el informador su legítimo derecho a la crítica, debiendo distinguirse, pues, entre esa narración, en la que debe exigirse la diligencia debida en la comprobación de los hechos, y la crítica formulada expresa o implícitamente al hilo de esa narración, donde habrá que examinar, en su momento, si es o no formalmente injurioso o innecesario para lo que se desea expresar (STEDH caso Lingens, 8 de julio de 1986, ° 41, donde se dice que no es correcto sostener que el medio de comunicación sólo debe informar, siendo el lector el único que debe interpretar los hechos divulgados; en este sentido también la sentencia 173/1995, fundamento jurídico 2). Así ha sucedido también en el presente caso, donde los informadores han formulado con ocasión de la noticia un juicio crítico, explícito o implícito, sobre el comportamiento de un cargo público.

5. Las resoluciones judiciales frente a las que se solicita amparo, como se ha señalado, han cifrado la falta de veracidad de la información publicada por el diario «El País» en su carácter sesgado, lo que han fundado en el hecho de que la noticia atribuye expresa y personalmente al señor Vázquez la decisión y la decisiva intervención para que se otorgase a la empresa, de cuyo Consejo de Administración formaba parte en ese momento el tercero supuestamente vinculado al narcotráfico, la concesión de la explotación de cierto aparcamiento subterráneo municipal, silenciando que esa concesión resulta del pertinente expediente administrativo, debidamente conformado con arreglo a la legalidad, así como que, en realidad, en dicho expediente no se otorga una concesión, sino que se mantiene la que viene disfrutando aquella empresa desde 1969. Tal silencio sobre un hecho conocido por los periodistas que confeccionaron la noticia haría de las expresiones vertidas en ella, y más arriba transcritas, afirmaciones sesgadas que para el lector medio podrían tenerse por ofensivas para la persona del señor Vázquez, a quien desacreditan ante la opinión de los demás. De este cúmulo de circunstancias y argumentos, y no de lo que pudiera resultar de los alegatos y su acreditación sobre el cuidado profesional puesto por los periodistas para comprobar y corroborar sus afirmaciones de hecho divulgadas en la mentada noticia, dedujeron dichas resoluciones judiciales la falta de diligencia de los periodistas y, en consecuencia, la falta de veracidad de la información por ellos transmitida.

6. No es posible compartir tal valoración. El enjuiciamiento que de la noticia han hecho los órganos judiciales parte fundamentalmente de un equivocado entendimiento de lo que sea la veracidad de la información exigida por el art. 20 C.E. En efecto, examinados con detenimiento los alegatos de una y otra parte y las razones de la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, no resulta que los periodistas obrasen descuidada o negligentemente en la comprobación de que los hechos narrados se fundaban en datos objetivos, sino, tan sólo, que la forma en la que luego confeccionaron

la noticia al hilo de esos hechos habría resultado de tal manera sesgada que podría desacreditar al señor Vázquez ante la opinión ajena. Ahora bien, como hemos dicho en otras ocasiones y conviene recordar ahora, «la veracidad no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado» (sentencia 320/1994, fundamento jurídico 3).

Refiriéndonos en particular al asunto que nos ocupa, el que los periodistas yerren en sí, concretamente, hubo nueva concesión administrativa de la explotación de un aparcamiento subterráneo o si se trataba de la renovación de una concesión ya existente, o acerca de si ésta fue otorgada por el señor Vázquez en su condición de Alcalde de A Coruña o si lo fue en realidad por el Pleno del Ayuntamiento de ese municipio; o el que se afirmase que las especiales circunstancias que rodeaban la persona del tercero verdadero protagonista del reportaje periodístico eran conocidas por las «autoridades», sin mayor precisión, no son extremos a partir de los cuales quepa imputar falta de veracidad a la información transmitida. El que el informador cometa este o aquel error en la calificación jurídica de los hechos que divulga, o se equivoque en la identificación de aquella persona física o jurídica a la que deba serle imputado jurídicamente un acuerdo o una decisión, pueden ser, ciertamente, síntomas de una negligente comprobación de los hechos, que podría hacer perder a la información divulgada la protección constitucional que el art. 20.1 d) C.E. pueda dispensarle, máxime cuando los hechos narrados pueden poner en cuestión la honorabilidad de una persona (sentencia 28/1996). Ahora bien, ese error, a fin de tener relevancia constitucional, debe serlo respecto de la cuestión principal transmitida con la información o sobre sus aspectos decisivos (de ahí la importancia de que la información se examine en su contexto y no aislando las diversas partes del conjunto de la noticia) y que, además, cuando versa sobre calificaciones jurídicas de los hechos, cuya exactitud técnica no es en principio exigible de quien informa a terceros sobre ellos, resulte acreditada la malicia con la que conscientemente se incurrió en ese error (Sentencias 171/1990, 240/1992, 197/1991, 219/1992, 22/1995, AATC 191/1994, 68/1995). Cosa distinta, y es lo ocurrido en el caso presente, es que la información yerre en cuestiones de relevancia secundaria en el contexto del reportaje periodístico, sin una directa y decisiva influencia en aquello sobre lo que se informa, y no se acredite malicia en el error. En casos así, la información no deja de ser por ello veraz en los términos constitucionalmente exigidos.

Sin negar la importancia de la referencia al Alcalde de A Coruña, señor Vázquez, en el conjunto del controvertido reportaje periodístico, no debe orillarse que la razón y circunstancias por las que fue aludido en él, como lo fue también el Ayuntamiento de A Coruña, no es el elemento central del conjunto de la información divulgada, cuyo objeto inmediato, como resulta de la simple lectura de ambas informaciones, fueron los negocios en Galicia de ciertas personas supuestamente vinculadas al narcotráfico, de tal forma que el silencio sobre la existencia del mentado expediente administrativo, o la mayor o menor precisión con que los periodistas hayan descrito y calificado las circunstancias por las que se aludió en el reportaje periodístico al Ayuntamiento de A Coruña y su Alcalde, no constituyen errores esenciales respecto de la noticia, ni ha resultado acreditado un ánimo malicioso en semejante forma de relatar los hechos. Y así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo cuando señala que el protagonismo recibido por aquél en los hechos divulgados trae su causa del eco que la información publicada en «El País» ha tenido en medios de difusión distintos y concretamente en la

prensa gallega, y no tanto de lo dicho por el reiterado diario de difusión nacional, donde las alusiones personales no tienen lugar a fin de atribuirle directa, expresa y personalmente la concesión administrativa, por medios ilegales, al tercero, de lo que es fácil colegir la ausencia de malicia en el ánimo de los periodistas.

Con arreglo a nuestra doctrina, no cabe hablar, pues, de error esencial y malintencionado en la información cuando se habla genéricamente de «autoridades», o cuando los términos en los que se hace mención de la concesión y la intervención en su otorgamiento del señor Vázquez, el Ayuntamiento de A Coruña o su Alcalde, no siéndole exigible constitucionalmente al informador una mayor precisión en la calificación jurídica de los hechos. No resulta posible hablar de descuido o falta de diligencia porque los periodistas hayan confesado conocer el expediente administrativo referido, no obstante no haberlo mencionado en la noticia, lo que es más bien prueba de que los hechos narrados se habían corroborado con el dato objetivo de ese expediente. En el mismo, y ello no debe eludirse, constan una serie de documentos, a los que ya se ha hecho referencia, conocidos por los periodistas (pues tuvieron acceso al referido expediente) que permiten al menos afirmar que no es manifiestamente ilegítima la interpretación que de su conjunto han hecho y que han plasmado en su reportaje.

En conclusión, las resoluciones judiciales frente a las que se pide amparo confunden la exigencia de que los informadores obren con la debida diligencia profesional, que es lo que a efectos constitucionales debe entenderse como veracidad de la información, con que la narración de los hechos que han divulgado sea aséptica, imparcial y completa. Al margen ya de que, como hemos indicado, la Constitución no impone a la información tales requisitos (Sentencias 171/1990 y 172/1990, 143/1991, 40/1992), del hecho de que la crítica formulada al hilo de la divulgación de ciertos hechos pueda considerarse incompleta o sesgada no cabe concluir que el periodista obró negligentemente, ni que hacerlo así suponga difundir rumores o insinuaciones carentes de toda razón. En fin, la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero.

7. Esto último es lo que corresponde abordar finalmente. Pues, una vez descartada la falta de veracidad de la noticia en cuestión en el sentido del art. 20.1 d) C.E., debemos aún comprobar si, a través y con ocasión de la misma, se ha podido lesionar el derecho al honor del señor Vázquez, en cuyo caso tampoco se podría invocar legítimamente el mencionado precepto constitucional.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los denominados «personajes públicos», y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades públicas, deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos. Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular (Sentencias 104/1986, 85/1992, 19/1996, 240/1997, 1/1998, y SSTEDH caso Sunday Times, 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986;

caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997; caso Fressoz y Roire, de 21 de junio de 1999).

Quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) C.E., a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 C.E. Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 C.E. y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos. Por tanto, resulta fundamental en estos casos examinar con pormenor tanto el texto como el contexto de la información transmitida, analizando únicamente los datos objetivos que se desprendan de uno y otro.

Por lo demás, este análisis debe tener lugar ciñéndolo siempre a la noticia objeto del litigio, evitando desvirtuar su sentido a partir de la recepción que la misma haya podido tener en otros medios de comunicación, o del uso que le hayan podido dar terceros. Pues si esa recepción o uso fuese lesiva de derechos fundamentales del protagonista de la información originaria, semejante menoscabo no puede ser imputado lícitamente, en principio, a quien resultó ser una involuntaria fuente de la información que otros han divulgado. Dicho de otro modo, el que otros medios de difusión, distintos del en su día demandado, se hayan referido al señor Vázquez en términos que lógicamente no nos corresponde juzgar aquí, pero frente a los cuales no se dirigió su demanda, no permite imputar la responsabilidad de algunos de tales titulares de prensa al medio que aquí acude en amparo sobre la sola base de que aquéllos declaren apoyarse en la noticia publicada por éste.

8. En el presente caso, aunque en su globalidad la noticia transmite hechos, en este punto concreto, en relación con el señor Vázquez, la misma contiene a la vez elementos de opinión de los periodistas al interpretar la fuente -el expediente administrativo- que da lugar a la noticia. Lo que se transmite en la noticia es, así, una cierta valoración de sus autores acerca de la intervención del Alcalde de A Coruña en la renovación de una concesión administrativa a una determinada empresa, dada la propuesta directa de la Alcaldía y su aprobación por el Pleno a pesar del informe negativo emitido por los servicios del propio Ayuntamiento acerca del procedimiento seguido en la adjudicación. La noticia periodística litigiosa, en tanto que encierra una interpretación o perspectiva subjetiva de sus autores, sería también irrefutable desde la perspectiva de la libertad de expresión formulada a partir de unos datos fácticos veraces, pues no emplea expresiones formalmente injuriosas ni innecesarias para lo que se desea transmitir.

En este contexto, no debe soslayarse la circunstancia de que la noticia cuestionada se refiere, indudablemente, al señor Vázquez en su condición de Alcalde. El Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y

plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquellos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el art. 20.1 C.E. Es en ese debate público sobre el ejercicio del poder público, es decir, sobre los asuntos que son públicos porque afectan a todos los ciudadanos, y en el que en esta ocasión también intervino el Alcalde de A Coruña, señor Vázquez, en defensa de la legalidad de lo hecho, mediante la nota publicada en la prensa regional aclarando diversos extremos sobre el expediente administrativo de renovación de la concesión del aparcamiento subterráneo a la empresa representada por el tercero en cuestión, donde se forma la opinión colectiva sobre quienes lo administran, lo que repercute en la misma formación de la voluntad del cuerpo electoral y en último término en la voluntad del propio Estado, que expresarán, justamente, aquellos que han accedido a un cargo público.

En fin, las informaciones vertidas sobre don Francisco Vázquez, quien siempre es citado en su condición de Alcalde coruñés, no inciden en el ámbito privado de su proyección personal, sino en el de su participación, más o menos acertada, en un determinado procedimiento administrativo, afectando así a su actuación como cargo público representativo y primordial en la organización del ente municipal. No hay, pues, una crítica a su persona, sino, a lo sumo, una interpretación desfavorable de su gestión municipal, que se extiende incluso al Ayuntamiento en su conjunto al aludir la primera de las informaciones publicadas a las «autoridades»; interpretación que no supone, como se ha indicado, una afirmación gratuita o infundada, respondiendo por el contrario a una determinada visión subjetiva y personal de los hechos por parte de los periodistas, derivada del expediente administrativo obrante en los folios sumariales. En fin, no puede afirmarse que los reportajes enjuiciados supongan una lesión del derecho al honor del señor Vázquez, puesto que se refiere a su persona como personaje público y respecto del ejercicio de sus funciones públicas, sin que se hayan empleado expresiones formalmente injuriosas o revelado datos innecesarios para la crítica que se ha querido verter sobre su conducta, por muy penosa que ésta pueda resultarle. En consecuencia de todo lo anterior, debe reconocerse que los demandantes de amparo han ejercido su derecho fundamental a la comunicación libre de información veraz, por lo que debe otorgárseles el amparo impetrado.

FALLO

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

Ha decidido

1 Reconocer el derecho de los demandantes a la libertad de información veraz.

2 Anular la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1995, y la dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de diciembre de 1991, recaídas en Autos sobre protección civil del derecho al honor, en cuanto condenan a don Joaquín Estefanía Moreira, don Pedro Egurbide Urigoitia, don Félix Monteiro de la Fuente y «Promotora de Informaciones, S. A».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

3. 4.SENTENCIA 54/2004, DE 15 DE ABRIL DE 2004, CASO ACTUAL DEFENSOR DEL PUEBLO, RELEVANCIA PÚBLICA, NECESIDAD PARA EL DISCURSO, VERACIDAD-DILIGENCIA, PROCEDENCIA ILÍCITA DE LA INFORMACIÓN, REPORTAJE NEUTRAL

Lee el artículo periodístico en cuestión.

1. Ten en cuenta según el FJ 1º la importancia para el debate de la obtención de la información y su fuente.
2. Observa cómo el tribunal recuerda la importancia de la libre expresión e información, su posición preferencia y la importancia de enjuiciar la relevancia pública de la información. En particular, observa el juicio concreto sobre este aspecto y qué criterios maneja el tribunal para estimarlo o no. FJ 3º.
3. En este punto, fija tu atención en el criterio de la necesidad para el discurso. Qué concluye finalmente el Tribunal?
4. Observa y fija tu atención en la doctrina consolidada sobre la veracidad de la información y los criterios para fijarla FJ 4.
5. En qué afecta en este caso el hecho de la procedencia lícita o no de la información? FJ 5.
6. Ten en cuenta los criterios sobre las fuentes de la información con relación a la veracidad que se detallan en el FJ 5º.
7. En concreto, observa cómo fija el Tribunal Constitucional la cuestión de la procedencia ilícita de la información a los efectos del juicio. Qué concluye sobre la ilicitud de la procedencia de la noticia a los efectos de la veracidad.-
8. ¿Crees que el Tribunal Constitucional afirma que no puede perseguirse la difusión indebida de lo que está bajo secreto sumarial?
9. Ten en cuenta la doctrina sobre el reportaje neutral que se expone (FJ 7º).
10. Se dan los requisitos en el presente caso? Observa en especial las precisiones del FJ 8 y reflexiona sobre las posibilidades del medio de comunicación de inclinarse por una versión y dar una perspectiva particular a un caso, aun sobre fuentes veraces.

I. Antecedentes

2. **Los hechos** de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El diario “Claro”, editado por la mercantil recurrente, publicó el 9 de mayo de 1991 un artículo en el que se daba cuenta de una acusación vertida contra don Enrique Múgica Herzog, según la cual éste se vería implicado en un caso de corrupción y tráfico de influencias. En la portada del diario aparecía el siguiente titular, en grandes

caracteres: “Música [foto del Sr. Música] ¿Untado con 45 millones?”. Debajo del titular, en caracteres más reducidos, se decía: “¿y 10 para su amante?”. Encima del titular podía leerse: “Un juez de Valencia envía el caso al Supremo”.

La noticia propiamente dicha se iniciaba ya en la portada con el siguiente texto:

“Valencia.- Un agente judicial ha acusado ante un juez a Enrique Música. Según el agente, el ex ministro y ‘su querida’ iban a repartirse 55 millones por apoyar la concesión de una lotería instantánea en Valencia. El juez envió el pasado lunes el caso al Tribunal Supremo”.

El artículo continuaba en la página 6 del diario. En dicha página aparecía, en grandes caracteres el siguiente titular: “Música y su querida se iban a repartir 55 millones”.

Precedía a este titular, como rótulo, la frase “Acusación contra el ministro”. Bajo el titular se escribía: “Por apoyar la concesión de una lotería en Valencia - Un juez envía el caso al Supremo”.

El artículo continuaba con la siguiente entrada, en negrita: “Valencia.- El ex ministro de Justicia Enrique Música y ‘su querida’ se iban a repartir 55 millones de pesetas por apoyar la concesión de una lotería instantánea en Valencia. Un traficante de drogas lo ha contado así al titular del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valencia, Eloy Velasco Núñez. El pasado lunes, el juez ordenó que el caso pase al Tribunal Supremo”.

El cuerpo del artículo era del siguiente tenor:

“Rafael Segarra Timoneda, agente judicial encarcelado por tráfico de drogas, relató los hechos al juez el 15 de julio de 1989. Según Segarra, el entonces Ministro de Justicia y dirigente del PSOE Enrique Música iba a recibir 45 millones de pesetas y ‘su querida’ María Doval 10 millones por apoyar la concesión de una lotería instantánea ante la Consellería de Hacienda de la Comunidad Valenciana, administrada también por socialistas. El dinero lo ofrecía una empresa que no ha sido aún identificada. En el reparto iba a entrar también la dueña de una casa de masajes de Valencia.

La declaración consta en el sumario abierto por presunta mafia policial en un caso de drogas donde presuntamente existe una conexión entre delincuentes y cargos judiciales.

Segarra escribió desde la prisión a Música, diciéndole quién era y pidiéndole que mediara por él. Habían salido juntos a la sala de fiestas de Valencia ‘La Belle Epoque’. ‘Yo iba con mi chavala y él con su querida’, dice Segarra en el sumario.

El juez ha ordenado ahora que el caso pase al Supremo para que ‘actúe en consecuencia’. Al ser Música diputado, el Supremo es el único órgano judicial competente para investigar el caso.

María Doval ha reconocido a CLARO que ‘durante los tres años que el ministro estuvo separado de su mujer’ mantuvo con él ‘una relación amistosa’.

‘Conocía a su hermano y a sus hijos. Fue una relación que en ningún momento se ocultó. La conocía toda mi familia, así como mi actual marido, aunque a Enrique hace ya casi dos años que no le veo’.

El juego lo controla en la Comunidad Valenciana una Comisión Técnica que depende de la Secretaría General de la Consellería de Hacienda. En 1988 se planteó poner en marcha la lotería instantánea, pero el proyecto se paralizó debido a que ya había gran cantidad de juegos”.

Firmaba el artículo M. Carneiro.

II. Fundamentos jurídicos

1. ... La resolución aquí impugnada, por el contrario, condenó a la demandante de amparo, así como a la periodista que firmó la noticia y al director del diario, a abonar al Sr. Múgica Herzog la cantidad de 50 millones de pesetas, como autores de una intromisión ilegítima en su honor; ahora bien, los demandantes de amparo no se alzan contra el montante de la indemnización, por lo que tal aspecto de la cuestión quedará al margen del pronunciamiento de este Tribunal. La Sentencia del Tribunal Supremo en cuestión estimó que la información ofrecida por el diario, a pesar de su interés general, no era veraz por haberse obtenido quebrantando el secreto genérico sumarial, y sin haber realizado la más mínima investigación. De otro lado, la Sala rechazó que el artículo enjuiciado pudiera encuadrarse en la categoría del denominado “reportaje neutral”, pues el diario ofreció la información anticipando graves conclusiones. Finalmente, los titulares de la noticia habrían creado una situación “fuera de contexto” ya que el contenido del reportaje no fundamentó el titular más o menos escandaloso del periódico.

En las alegaciones de la demanda se sostiene que el Tribunal Supremo realizó una ponderación de los derechos en conflicto que no se ajusta a la jurisprudencia constitucional porque la información publicada, examinada en su conjunto, está protegida constitucionalmente al tener relevancia pública y ser veraz. La controvertida noticia habría sido difundida por una periodista profesional recogiendo las declaraciones de dos personas, procedentes no sólo del procedimiento judicial sino también de las conversaciones mantenidas con ellos. El hecho de que se obtuviera una copia de las declaraciones sumariales no implicaría que fueran obtenidas mediante una revelación indebida pues no consta cómo llegaron a manos de la periodista, ni siquiera que el sumario fuera declarado secreto. Por otra parte, se habría interpretado extensivamente el secreto del sumario, en contra de lo establecido en la sentencia 13/1985, de 31 de enero. Se trataría, por el contrario, de un reportaje neutral en cuanto que la información publicada se basó en las mencionadas declaraciones y, por ello, se actuó dentro de los límites de la libertad de información constitucionalmente protegida.

Por su parte, la representación procesal del Sr. Múgica Herzog se opone a la concesión del amparo por varios motivos. Alega que no es trasladable al caso la doctrina sobre el secreto del sumario contenida en la sentencia 13/1985 ya que en aquella resolución se enjuició una información que se había cubierto antes de la existencia misma del sumario. Por el contrario, en este caso la información no se obtuvo rectamente al extraerse de un sumario al que la informadora no tenía legítimamente acceso y que, por ello, no está constitucionalmente protegida. Tampoco sería una información veraz ya que no se cumplió el deber de diligencia: la conversación de la periodista con el Sr. Segarra no fue propiamente una verificación, pues tuvo lugar con posterioridad a la publicación de la noticia, y no se contrastó con otras fuentes, ni quedó acreditado que se contactara con el mismo Sr. Múgica Herzog. No se trataría tampoco de un reportaje neutral, como defiende la recurrente, ni toda la información contenida en el mismo tendría interés público, ni podría privarse del honor al Sr. Múgica Herzog por su carácter de personaje público.

...

...

3. Recordábamos en la citada sentencia 158/2003, de 15 de septiembre (FJ 3), que “este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en torno a los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos (sentencia 144/1998, de 30 de junio, FJ 2). Dicha doctrina parte de la posición

especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información que no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (sentencia 21/2000, de 31 de enero, FJ 4 y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su supremacía sobre otros derechos fundamentales (Sentencias 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor garantizado en el art. 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (Sentencias 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/1998, FJ 2; 21/2000, FJ 4; 112/2000, FJ 6; y 76/2002, de 8 de abril, FJ 3)”.

En el supuesto que ahora se analiza, la demandante sostiene la relevancia pública de la información difundida y el carácter de personaje público del Sr. Música Herzog, extremos que se admiten en la Sentencia impugnada al considerar que el asunto relatado es de interés general, por tratarse de un tema de corrupción y tráfico de influencias, apareciendo además implicado en el mismo un antiguo Ministro. Por el contrario, la representación procesal del Sr. Música Herzog niega el pretendido interés público de la información publicada, al menos de aquella parte referida a su vida privada, que estima innecesaria y gratuita.

El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (Sentencias 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 11/2000, de 17 de enero, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7). En la categoría de “personajes públicos” deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos (sentencia 148/2001, de 27 de junio, FJ 6). En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera (sentencia 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7).

En el presente caso es evidente la relevancia pública de la información publicada en el diario “Claro”, por cuanto en ella se da noticia de unas actuaciones de contenido penal que se siguen en un Juzgado de Valencia, en las que se implica en una operación de tráfico de influencias al Sr. Música Herzog, personaje político conocido por haber sido Ministro de Justicia y ser en aquel momento Diputado de las Cortes Generales, motivo por el cual el Juzgado remitió las diligencias sumariales al Tribunal Supremo. La noticia se refiere, pues, a una posible utilización de su posición política para apoyar la concesión a una empresa privada de una lotería que iba a poner en marcha la Administración autonómica valenciana y, por lo tanto, afecta a la gestión de un asunto público de indudable interés general en el que aparece implicado un personaje público.

Ciertamente, en la noticia también se vincula afectivamente al Sr. Música Herzog con otra persona, la Sra. Doval, que igualmente estaría implicada en la presunta operación, citando para ello las declaraciones efectuadas al periódico por aquélla, en las

que desvela una antigua relación amistosa con el Sr. Múgica Herzog. La revelación de esta circunstancia no puede considerarse “innecesaria para la información difundida” (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 8) y por ello lesiva del art. 18.1 CE, por cuanto describe la relación entre las personas que aparecen implicadas en el sumario objeto de la información, según declaraciones de un tercero incorporadas al sumario y las efectuadas por una de ellas. Precisamente por tratarse de un posible caso de corrupción y tráfico de influencias, las conexiones entre los presuntos implicados en el mismo no carecen de interés para la información, por lo que aparece *prima facie* justificada.

En suma, la información que es objeto de enjuiciamiento en este recurso de amparo debe estimarse que es de relevancia pública tanto por la materia a la que se refiere como por las personas que en ella intervienen, y así se ha apreciado en las sucesivas instancias judiciales del proceso *a quo*.

4. Es por tanto el requisito de la veracidad el que propiamente es objeto de controversia en el presente proceso de amparo, puesto que el Tribunal Supremo, en contra de lo declarado en instancia y apelación, estimó que en este caso no se había cumplido, al considerar que la información publicada no fue rectamente obtenida por proceder de un sumario con violación de su secreto.

...

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional “no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (Sentencias 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 40/1992, de 30 de marzo; 232/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre; 76/1995, de 22 de mayo; 6/1996, de 16 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 134/1999, de 15 de julio; 192/1999, de 25 de octubre). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (Sentencias 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.” (Sentencias 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2000, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2000, de 25 de febrero, FJ 5; y 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4).

Precisando el alcance de la diligencia exigible a un profesional de la información hemos señalado asimismo que “no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (Sentencias 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el

cumplimiento de este requisito constitucional, y que aparecen recogidos en las citadas Sentencias. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible “adquirirá su máxima intensidad, ‘cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere’ (Sentencias 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (Sentencias 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5, 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3).”

Y continuábamos diciendo que “también debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo ‘la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia’ o ‘la transmisión neutra de manifestaciones de otro’ (sentencia 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la sentencia 240/1992 y se reiteran en la sentencia 28/1996: ‘el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.’ (sentencia 21/2000, de 31 de enero, FJ 6)” (sentencia 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4).

5. En el presente caso, la noticia publicada en el diario “Claro” da cuenta de unas declaraciones que figuran en el sumario núm. 2/90, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valencia, supuestamente efectuadas ante el Juez instructor por el Sr. Segarra Timoneda, Agente judicial encarcelado por tráfico de drogas, y en las que desvelaba que el Sr. Múgica Herzog y “su querida” se iban a repartir una determinada cantidad de dinero por apoyar ante la Consellería de Hacienda de la Comunidad Valenciana la concesión a una empresa privada, sin identificar, de una lotería instantánea. En el cuerpo de la noticia se afirma que dicha declaración “consta en el sumario abierto por presunta mafia policial en un caso de drogas”, y que el Juez ha ordenado que el caso pase al Tribunal Supremo al ser éste competente para su investigación.

En la Sentencia de instancia se da como probado documentalmente que la información publicada por el diario “Claro” “se limita a sacar a la luz pública información obrante en el sumario núm. 2/90” (fundamento de Derecho tercero), habiendo aportado la parte demandada una transcripción de la referida declaración sumarial, certificada por el Juzgado de Instrucción, y una transcripción de la conversación mantenida por la periodista con la Sra. Doval el 24 de abril de 1991, documentos a los que se refiere el fundamento de Derecho segundo de dicha Sentencia. Resulta pues probado que la periodista obró con la diligencia profesional debida en la comprobación y cotejo de la información divulgada con los datos contenidos en la declaración sumarial, que reproduce parcialmente, y en la verificación de la relación entre los implicados en el sumario, mediante la entrevista mantenida con la Sra. Doval. El hecho de que posteriormente el Tribunal Supremo decidiera archivar las actuaciones penales por la imprecisión de la denuncia (Auto de 1 de octubre de 1991), no convierte en inveraz la información publicada, pues se comprobó su contenido antes de difundir la noticia, contrastando los hechos relatados: que existía un sumario abierto en un Juzgado de Instrucción de Valencia, que en el mismo figuraban unas declaraciones en las que se denunciaba al Sr. Múgica Herzog y a la Sra. Doval por su implicación en un posible tráfico de influencias, y que las actuaciones fueron remitidas por el Juzgado al Tribunal Supremo.

La Sentencia aquí impugnada, sin embargo, considera que la información publicada por el diario “Claro” no cumplió el requisito de la veracidad porque no fue rectamente obtenida, al proceder de un sumario con violación de su secreto.

6. Al hablar del requisito de la veracidad este Tribunal se ha referido en algunas ocasiones a la “información rectamente obtenida y difundida” (Sentencias 6/1988, de 21

de enero, FJ 5; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 4/1996, de 16 de enero, FJ 4), o a la “información rectamente obtenida y razonablemente contrastada” (sentencia 123/1993, de 19 de abril, FJ 4) como aquella que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones. En éstos y en otros pronunciamientos (Sentencias 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7), la información “rectamente obtenida” se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información. Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente (sentencia 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5); por el contrario, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia propia del informador (sentencia 21/2000, de 31 de enero, FJ 8).

Nuestra jurisprudencia ha vinculado pues la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, entendida como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información; pero nunca hemos relacionado esa exigencia con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto de sumario (en el mismo sentido, sentencia 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 5). De modo que la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una “revelación indebida” (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina. En efecto, lo que hemos de dilucidar en el presente caso es si la información publicada puede o no reputarse lesiva del honor y, por lo tanto, si, desde la perspectiva de la tutela que constitucionalmente corresponde al honor de las personas, estamos o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Delimitado así el objeto de nuestro juicio, el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto —con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión— en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor.

Consideración general a la que hay que añadir que, en el supuesto en cuestión, tal revelación del secreto de sumario no consta como un hecho probado en el proceso *a quo*. Es más, la cuestión fue expresamente excluida por el Juzgador de instancia, quien declaró en su Sentencia que el objeto del procedimiento era “la publicación periodística antedicha en cuanto pueda suponer intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y por tanto eludiendo cualquier pronunciamiento sobre la revelación de la información obrante en unas actuaciones procesales penales”(FJ 1). De ahí que en el proceso no quedara acreditado si la información publicada fue o no obtenida ilícitamente, y ello porque en el juicio no se probó de qué forma el medio de comunicación había tenido acceso a las declaraciones incorporadas a las actuaciones sumariales.

Ha de concluirse, por tanto, que no puede apreciarse la inveracidad de la información publicada sobre la base de que constituya una revelación del secreto de sumario.

7. Descartado lo anterior hemos de analizar si la noticia publicada constituye o no información veraz en el sentido que nuestra jurisprudencia da a esta exigencia y que, como acabamos de decir, radica en si por parte del informador se han cumplido o no los

deberes de diligencia que le son exigibles en orden a la comprobación de la verdad de las noticias.

En el presente caso, la noticia revelada por el diario “Claro” saca a la luz pública unas declaraciones obrantes en un sumario abierto de Valencia y las efectuadas al medio de comunicación por una de las personas implicadas en las mismas, transcribiendo parcialmente tales declaraciones, sin alteración relevante. Así pues, hemos de analizar si estamos o no ante un “reportaje neutral”, cuyas notas características sintetizábamos en nuestra sentencia 76/2002, de 8 de abril, FJ 4. Según la doctrina allí establecida, para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

“a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (Sentencias 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [sentencia 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)].

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (sentencia 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (sentencia 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (sentencia 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”.

Cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la sentencia 76/2002, de 8 de abril, FJ 4, “en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (sentencia 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (Sentencias 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)”; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso, cabe afirmar que el contenido del reportaje aquí enjuiciado cumple *prima facie* con los requisitos expuestos al haberse demostrado en el proceso que las declaraciones que recoge el periódico realmente existían, que lo declarado por el Sr. Segarra coincide con lo transcrito en la noticia, y que la Sra. Doval manifestó a la periodista lo que se recoge en el reportaje.

8. Dicho esto, es preciso examinar si el contenido neutral del reportaje ha quedado desvirtuado por la forma en que el medio de comunicación ha transmitido al público lo transcrito. En tal orden de consideraciones, este Tribunal ha señalado que “un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (sentencia 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). A lo que añadiría, años más tarde, que si bien “la intención de quien informa no es un canon de veracidad”, la forma de narrar y enfocar una información sí que debe “tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero” (sentencia 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

En la Sentencia recurrida se alude, sin mayores precisiones, a una denominada “teoría del derecho norteamericano del titular de prensa (*headline*)”. Pues bien, no cabe

duda del decisivo papel que corresponde a los titulares de prensa en la transmisión de una noticia y en la subsiguiente configuración de la opinión pública. Ello es así, en principio, porque los potenciales destinatarios del titular son, por hipótesis, mucho más numerosos que los lectores de la propia noticia. Una circunstancia que se acrecentará cuando el titular se inserte en la portada de la publicación y, sobre todo, si en su confección se utilizan caracteres tipográficos desproporcionados. En efecto, como señalábamos en nuestra sentencia 178/1993, de 13 de octubre —evocada por la Sentencia del Tribunal Supremo en cuestión—, el derecho de información se extiende a la noticia “que no pasa de ser mero relato de hechos que viene encabezado por un titular igualmente limitado a narrar hechos, con la brevedad usual de los titulares” (FJ 3), pero no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad, al socaire de un reportaje neutral, están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas.

En el supuesto examinado, el titular de portada, que utiliza grandes caracteres tipográficos para plantear un interrogante (“Múgica ¿Untado con 45 millones? ¿Y 10 para su amante?”), podría considerarse insidioso al lanzar una duda sobre la integridad del conocido político. Se trata, en efecto, de una pregunta con una fuerte carga incriminatoria que el propio medio formula asumiendo de este modo un protagonismo que podría poner en cuestión la “neutralidad” característica del “reportaje neutral”, al situar en el centro de la información la imputación de fondo que la declaración transcrita contiene y no el hecho mismo de la declaración. Sin embargo, ello se ve atemperado en la misma portada, donde ya inicialmente se alude al origen judicial del caso (“Un juez de Valencia envía el caso al Supremo”), y donde comienza la noticia con una referencia inmediata a las fuentes: “Un agente judicial ha acusado ante un juez a Enrique Múgica. Según el agente, el ex ministro y ‘su querida’ iban a repartirse 55 millones por apoyar la concesión de una lotería instantánea en Valencia. El juez envió el pasado lunes el caso al Tribunal Supremo”. Por otra parte, el titular del interior (“Acusación contra el ex Ministro”: “Múgica y su querida se iban a repartir 55 millones”) permite deducir que la imputación tiene su fuente en un tercero y que no es hecha suya indubitadamente por el medio de comunicación. En consecuencia, el análisis minucioso del titular y cuerpo de la noticia no permite sostener que se hayan sobrepasado los límites del derecho a la información.

9. En último término, aun admitiendo, en hipótesis, que el titular publicado en la portada del diario “Claro”, considerado aisladamente, pudiera situarse, por su forma y contenido, extramuros de la libertad de información constitucionalmente garantizada, en línea con lo dicho por la Sentencia impugnada, en todo caso, dada la conclusión alcanzada en el fundamento jurídico anterior acerca de la básica neutralidad del texto considerado (que dista mucho de ser una serie de datos inconexos, como se afirma en dicha Sentencia), hubiera resultado necesario un examen conjunto de la noticia (sentencia 178/1993, de 13 de octubre, FJ 6), que abarcara contenido y titulares. Dicho en otros términos, ante un reportaje como el aquí enjuiciado, la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida tenía que haber realizado la valoración global de la noticia, a la que acabamos de referirnos y, en consecuencia, una ponderación concreta de los derechos fundamentales enfrentados (sentencia 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7). Sin embargo, no lo ha hecho así al razonar básicamente sobre el origen ilícito de la información publicada —por lo que niega toda veracidad al reportaje, en el sentido consagrado por la doctrina constitucional— y de manera aislada sobre el titular, lo que le conduce a apreciar sin matices la intromisión en el derecho al honor del recurrente en casación, sin valorar adecuadamente la libertad de información. Falta de ponderación que se pone especialmente de manifiesto en la determinación de la indemnización, en la que, por otra parte, tampoco se atiende a los criterios sentados en el art. 9.3 de la Ley de 5 de mayo de 1982, pues ni se tiene en cuenta la difusión del medio ni se valora el beneficio que éste hubiera podido obtener.

Por tanto, en la medida en que la Sentencia en cuestión, por cuanto se ha dicho, no atiende suficientemente, desde una perspectiva constitucional, a las exigencias dimanantes de la libertad de información en el seno de una sociedad democrática, ha de afirmarse que no resulta respetuosa con el contenido del art. 20.1 d) CE.

F A L L O

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por Sílex Media Limitada y Compañía, sociedad en comandita y, en su virtud:

1º Reconocer que se ha vulnerado a la recurrente el derecho consagrado en el art. 20.1 d) CE.

2º Anular la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998 (recurso de casación núm. 1436/94).

3. 5. SENTENCIA 31/1994 SECUESTRO, MEDIOS DE COMUNICACIÓN, DERECHO DE CREACIÓN, POSICIÓN DEL LEGISLADOR

1. **Fija lo debatido en el presente caso.**
2. **¿Observa el tribunal que se ha dado “secuestro”? ¿Cómo lo define el Tribunal?**
3. **Qué alega básicamente la parte actora sobre el derecho a crear televisiones?**
4. **Observa la doctrina del Tribunal sobre el derecho de creación de los medios de comunicación en relación con las libertades reconocidas en el art. 20.1 a) y d) C.E**
5. **Qué distinción es la relativa a los derechos primarios y secundarios o instrumentales?**
6. **Qué dice el tribunal sobre la declaración de servicio público de la televisión.**
7. **Qué consecuencias tiene dicha declaración para el tribunal.**
8. **Cómo observa el tribunal una virtual prohibición de esa modalidad de televisión, como consecuencia de la omisión del legislador.**
9. **Que dice el tribunal sobre el tiempo que tiene el legislador para la regulación.**
10. **¿Es posible la concesión del amparo por omisión legislativa?**

II. Fundamentos jurídicos

1. Las pretensiones de amparo de las entidades recurrentes, cuyas demandas son sustancialmente idénticas, se dirigen contra sendas Resoluciones del Gobierno Civil de Huesca, por las que se les requirió para que en el plazo más breve posible cesasen en sus emisiones de televisión por cable y procediesen al desmontaje de sus instalaciones, por no adecuarse su funcionamiento a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 31/1987, de 18 de

diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (L.O.T.). A juicio de las demandantes de amparo, las citadas Resoluciones administrativas vulneran los derechos de libertad de expresión y comunicación reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E.; violan el derecho fundamental que resulta de la prohibición constitucional del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información si no es mediante resolución judicial (art. 20.5 C.E.); así como, por último, lesionan los derechos recogidos en el art. 24.2 C.E., al constituir actos materialmente sancionadores y haberse omitido en el procedimiento administrativo el trámite de audiencia previa a las actoras. Ninguna infracción de derechos fundamentales se imputa de manera directa e inmediata a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y del Tribunal Supremo que agotaron en la vía judicial previa confirmando las Resoluciones administrativas impugnadas, por lo que los presentes recursos de amparo se encuadran de lleno dentro del supuesto del art. 43 LOTC.

Con el fin de delimitar claramente las cuestiones suscitadas, conviene recordar, como se ha dejado constancia en los antecedentes, que las entidades actoras venían ejerciendo la actividad de televisión por cable en las localidades de Sabiñánigo y Monzón, respectivamente, previa autorización municipal para el tendido de cables necesario para la emisión, distribuyendo a los aparatos conectados a sus instalaciones material audiovisual, que incluía producciones cinematográficas y programas culturales, deportivos e informativos de índole local. Las Resoluciones del Gobierno Civil, ambas de idéntico contenido, que requirieron el cese de las emisiones y el desmontaje de las instalaciones, se fundaron, según resulta de las actuaciones judiciales, en que la televisión, incluida la propagada por cable, había sido calificada por el legislador como servicio de difusión (art. 25.2 L.O.T.) y, por ello, como servicio público esencial de titularidad estatal (art. 2.1 L.O.T.), cuya prestación en régimen de gestión indirecta está sometida a concesión administrativa (art. 25.1 L.O.T.), desarrollando las entidades recurrentes en amparo dicha actividad, la cual no resultaba encuadrable en el supuesto excepcionado en el art. 25.3 de la L.O.T., sin haber obtenido la inexcusable concesión administrativa previa.

...

3. La segunda de las infracciones constitucionales en que se funda la pretensión de amparo es la violación del derecho fundamental que resulta de la prohibición constitucional del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información si no es mediante resolución judicial (art. 20.5 C.E.).

La cuestión suscitada, sin embargo, no presenta tampoco mayor consistencia toda vez que falla la calificación como secuestro, a los efectos del art. 20.5 C.E., de lo ordenado por las Resoluciones administrativas impugnadas, pues sólo una injustificada licencia del lenguaje, desprovista de toda base jurídica, podría equiparar aquellas Resoluciones con el secuestro de un medio de información. A este respecto basta con señalar que «no cabe calificar de secuestro una actuación que no se dirige contra publicaciones o grabaciones o cualquier otro soporte de una comunicación determinada, esto es, de un mensaje concreto, sino contra el instrumento capaz de difundir, directamente o incorporándolos a un soporte susceptible a su vez de difusión, cualquier contenido comunicativo» (sentencia 144/1987, fundamento jurídico 3.). En definitiva, lo que se arguye por las entidades actoras es que los requerimientos efectuados por el Gobierno Civil de Huesca, por carecer aquéllas de la preceptiva autorización para emitir, violan el derecho a que las publicaciones y grabaciones no sean objeto de secuestro si no es por orden judicial y ese derecho no ha sido afectado por las Resoluciones contra las que se dirigen las demandas de amparo, pues la autoridad gubernativa se ha limitado a requerir a las recurrentes que cesasen en su actividad de emisión por faltar los requisitos administrativos habilitantes para su realización; requisitos que debieron cumplirse antes del inicio de las emisiones.

4. El núcleo esencial de la argumentación de las demandas se centra en la lesión de los derechos de libertad de expresión y comunicación [art. 20.1 a) y d) C.E.]. Sostienen las solicitantes de amparo que el contenido de las citadas libertades comprende el derecho a crear televisiones por cable de alcance local, por tratarse de un medio o soporte de difusión que, al utilizar el cable coaxial para conectar el centro emisor con los aparatos receptores, es enteramente compatible con la recepción de otras televisiones por cable, así como con las emisiones televisivas realizadas por ondas o vía satélite, de modo que no hay en la actividad de televisión por cable posibilidad de que se creen por razones técnicas situaciones fácticas de monopolio ni de oligopolio, única circunstancia que legitimaría, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, el establecimiento de un monopolio de derecho del Estado sobre dicho medio de comunicación. Consiguientemente, la exigencia de concesión administrativa que establece el art. 25 de la L.O.T. para la gestión indirecta de la televisión por cable, lo que no es sino consecuencia de su configuración como servicio público de titularidad estatal, no constituye un requisito admisible para el ejercicio en tales casos de las libertades de expresión y comunicación.

Por tanto, las Resoluciones administrativas impugnadas -confirmadas por las Sentencias recaídas en la vía judicial- al requerir a las recurrentes en amparo que cesasen en sus emisiones y desmontasen sus instalaciones por estar desarrollando dicha actividad sin haber obtenido la previa concesión administrativa habrían conculcado los derechos reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E. Finalmente, se aduce la posible inconstitucionalidad del art. 25.2 de la L.O.T., por cuanto el mencionado precepto, derogando el art. 1.4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, reguladora del Estatuto de la Radio y Televisión, engloba en el concepto de televisión a la televisión local por cable, para, a partir de esa conceptualización, condicionar el ejercicio de esa actividad a la obtención de una previa concesión administrativa que se otorga discrecionalmente.

Antes de cualquier otra consideración, ha de recordarse, en relación con los alegatos dedicados a la posible inconstitucionalidad del art. 25.2 de la L.O.T., que la vía del recurso de amparo no es la adecuada para la impugnación directa de las Leyes. De la posible inconstitucionalidad de una Ley sólo podrá conocer este Tribunal, a través del recurso de amparo, cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que resulte contrario a la Constitución. Por ello, su conocimiento sobre la disconformidad con la Constitución de la Ley aplicada reviste necesariamente un carácter instrumental respecto a la vulneración concreta e individualizada del derecho fundamental. Esto así, debe limitarse este Tribunal en este tipo de proceso a examinar las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas en cuanto tales y a determinar si las mismas han lesionado los derechos fundamentales de las recurrentes reconocidos en el art. 20 C.E. Sólo si se estimasen los recursos y se considerase que el origen de la lesión de los derechos fundamentales por aquellas Resoluciones estuviera en la aplicación del citado art. 25.2 de la L.O.T., esta Sala tendría que elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del citado artículo para que el mismo, en nueva Sentencia, se pronunciara sobre dicha constitucionalidad (Sentencias 206/1990, fundamento jurídico 5.; 119/1991, fundamento jurídico 4.).

Asimismo, ha de señalarse, frente a la construcción argumental de las demandantes de amparo, que la exigencia de concesión administrativa para la gestión indirecta de la televisión por cable de alcance local no es consecuencia de su calificación como actividad de televisión, sino de la configuración de ésta como servicio público esencial de titularidad estatal. Ninguna relevancia ofrece desde la perspectiva de los derechos recogidos en el art. 20.1 C.E., el que en la noción legal de televisión se englobe, en razón del contenido en que la actividad consiste, la televisión por cable, que, contra lo que se afirma en las demandas de amparo, ya aparecía calificada, con independencia

de su alcance, como actividad televisiva en el art. 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, sin que, por otra parte, aquella noción suponga, en modo alguno, una ruptura o quiebra del concepto de televisión comúnmente utilizado en otros ordenamientos jurídicos y en los textos internacionales; como así resulta, por lo demás, de que las mismas recurrentes en amparo definan como televisión la actividad que desarrollaban. Bajo el alegato expuesto, lo que realmente se pretende es cuestionar la consideración como actividades de difusión distintas la televisión mediante cable de alcance local y las emisiones o transmisiones de imágenes a las que se refiere el art. 25.3 de la L.O.T. y que resultan excluidas del concepto de televisión. Al respecto ha de recordarse, como ya se dijo en la sentencia 189/1991, que la conexión con redes exteriores, el empleo del dominio público y la extensión de las emisiones o transmisiones más allá del ámbito establecido en el citado art. 25.3 de la L.O.T. son condiciones suficientes para diferenciar una y otra actividad de difusión, así como para someterlas a regímenes jurídicos distintos por tratarse de actividades, relaciones o ámbitos perfectamente diferenciados con arreglo a criterios objetivos (fundamento jurídico 4.).

5. Llegados a este punto, es necesario recordar, siquiera sea sucintamente, la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre el derecho de creación de los medios de comunicación en relación con las libertades reconocidas en el art. 20.1 a) y d) C.E. y sobre la configuración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal, pues la exigencia de concesión administrativa para la gestión indirecta de la televisión por cable de alcance local es, sin duda, consecuencia de aquella conceptualización de la televisión.

Cierto es, como se señala en las demandas de amparo, que este Tribunal tiene declarado desde la sentencia 12/1982, y reiterado posteriormente en otras resoluciones, que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho de crear medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (fundamento jurídico 3.; también, Sentencias 7/1982, fundamento jurídico 3.; 181/1990, fundamento jurídico 3.; 206/1990, fundamento jurídico 6.; 119/1991, fundamento jurídico 5.). Ahora bien, también hemos dicho que si éste es el principio general en nuestro ordenamiento, aquel derecho no es absoluto y presenta indudables límites, debiendo compaginarse con la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (Sentencias 12/1982, fundamento jurídico 3.; 74/1982, fundamento jurídico 2.; 181/1990, fundamento jurídico 3.; ATC 1.325/1987). Ahondando en esta línea, «no se puede equiparar -dijimos en la sentencia 206/1990- 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. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial» (fundamento jurídico 6.; sentencia 119/1991, fundamento jurídico 5.). Así, en relación con la radiodifusión y la televisión señalamos, en las últimas Sentencias citadas, que «plantentan, al respecto, una problemática propia y están sometidas en todos los ordenamientos a una regulación específica que supone algún grado de intervención administrativa, que no sería aceptable o admisible respecto a la creación de otros medios. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 10.1, último inciso, refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho de libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa» (fundamentos jurídicos 6. y 5., respectivamente).

Es en el marco descrito donde se incardina la configuración de la televisión como servicio público esencial, calificación que deriva del ordenamiento jurídico del sector

globalmente considerado, en el que la televisión está declarada servicio público sin distinción del medio técnico que utilice ni de los contenidos que transmita y esa declaración, como hemos dicho en la sentencia 12/1982, «aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico político se encuentra dentro de los poderes del legislador» (fundamento jurídico 3.). Así se establece en el Estatuto de la Radio y la Televisión (art. 1.2) y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (art. 2.1), y por lo que se refiere concretamente a la televisión propagada por cable, ha sido calificada por el legislador como servicio de difusión (art. 25.2 L.O.T.) y por ello como servicio público esencial de titularidad estatal (art. 2.1 L.O.T.).

Como se concluyó en la sentencia 206/1990, y ahora es necesario reiterar «la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad» (fundamento jurídico 6.). Así pues, configurada genéricamente por el legislador la televisión, como un servicio público esencial, cuya prestación en régimen de gestión indirecta requiere, como consecuencia de dicha conceptualización, la previa obtención de una concesión administrativa, y resultando constitucionalmente legítima aquella calificación, decae el que constituía elemento esencial de la argumentación de las demandantes de amparo, pues no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E., la necesidad de obtener una concesión administrativa para que los particulares puedan desempeñar la actividad de difusión televisiva de ámbito local mediante cable.

6. La calificación de la televisión como servicio público ciertamente no es, en absoluto, «una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la publicatio limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar» (sentencia 206/1990, fundamento jurídico 6.). En este sentido, este Tribunal, en más de una ocasión, ha señalado alguna de las condiciones que hacen constitucionalmente legítima la regulación de esa actividad como servicio público. Así, con referencia en general a los medios de comunicación, ha dicho que «para que se produzcan dentro del orden constitucional tienen ellos mismos que preservar el pluralismo» (Sentencias 12/1982, fundamento jurídico 6.; 206/1990, fundamento jurídico 6.) y, por lo que respecta a la televisión privada, que en su organización han de respetarse «los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado» (Sentencias 12/1982, fundamento jurídico 6.; 205/1990, fundamento jurídico 6.); habiendo manifestado también que este Tribunal no puede dejar de ser sensible a las tendencias tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros Tribunales Constitucionales Europeos que han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada (sentencia 206/1990, fundamento jurídico 6.).

Es de resaltar, a los efectos de los presentes recursos de amparo, que el legislador, al contemplar la gestión por los particulares del servicio de televisión, sólo ha regulado expresamente hasta el momento la emisión de cobertura nacional por medio de ondas hertzianas, no habiendo desarrollado la modalidad de televisión por cable, y, más concretamente, la de alcance local. En efecto, la Ley 10/1988 sobre Televisión Privada, a la luz de su contenido legal, únicamente puede entenderse como Ley de esa modalidad de televisión privada de ámbito nacional y no de la de todas las posibles formas de gestión indirecta de la misma, pues no contempla una regulación global de la gestión por los particulares de la televisión como servicio de difusión, ni siquiera de todas las modalidades técnicamente posibles de televisión privada, con distinto alcance y

mediante diversos soportes tecnológicos; y es tan sólo una ordenación parcial del acceso a un medio o soporte tecnológico, entre todos los posibles, de la actividad televisiva.

Por lo que hace a la televisión local por cable, la omisión del legislador en su desarrollo, plasmada en la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión, viene de hecho a impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta, dentro del contexto de la normativa aplicable, la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable. Precisamente, en el vacío legislativo existente, con la consiguiente prohibición de la actividad resultante del mismo, radica el fundamento último de las Resoluciones administrativas impugnadas, en las que se requiere a las recurrentes en amparo el cese en sus emisiones de televisión local por cable y el desmontaje de sus instalaciones por carecer de la concesión administrativa previa para emitir, la cual, como es obvio, no era posible obtener.

Así las cosas, hay que cuestionarse, por lo que se refiere a la televisión local por cable, si una virtual prohibición de esa modalidad de televisión, como consecuencia de la omisión del legislador, está justificada y tiene un fundamento razonable y, por consiguiente, si es constitucionalmente legítima, pues ya ha tenido ocasión de advertir este Tribunal, y es necesario reiterarlo nuevamente, que una legislación que impida, al no preverla, «la emisión de televisión de alcance local y mediante cable podría ser contraria, no sólo al art. 20 C.E., tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, sino también a los derechos y valores constitucionales cuya garantía justifica para el legislador la configuración de la televisión como servicio público, con la consiguiente vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución» (sentencia 189/1991, fundamento jurídico 3.). En los casos ahora contemplados, a diferencia del supuesto que fue objeto de la sentencia 206/1990, el examen de esa omisión del legislador respecto a la televisión local por cable resulta posible y necesario para la resolución de los presentes recursos de amparo, ya que la pretensión de las sociedades demandantes es que se les reconozca el derecho a la actividad de difusión televisiva de carácter local y por cable, cuya satisfacción, en razón del soporte tecnológico empleado, no requiere la atribución directa de frecuencias y potencias a efectos de emitir, lo que, sin duda, no resultaría posible obtener en una Sentencia de amparo (sentencia 12/1982, fundamento jurídico 2.; 206/1990, fundamento jurídico 8.).

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 (sentencia 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 (Sentencias 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 (Sentencias 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.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por «Lady Cocinas, S.A.» y por «Teledimo, S.A.», y, en consecuencia:

1. Reconocer a las recurrentes su derecho a la libertad de expresión y de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E.

2. Restablecerlas en la integridad de su derecho fundamental y anular las Resoluciones del Gobierno Civil de Huesca, de 28 de abril de 1989, por las que requirió a las entidades demandantes el cese en las emisiones de televisión local por cable y el desmontaje de sus instalaciones, así como las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 20 de julio de 1989, y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 21 de marzo y 28 de junio de 1989, que las confirmaron.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

DÉCIMO. OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS

1. Derecho de reunión

1. 1. LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/1995, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Capítulo II del Título II).

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 7).

Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal (art. 513-514, 540).

A) Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, en su redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril

1. Ejerces el derecho de reunión cuando te juntas con unos amigos a ver un partido de fútbol en tu casa. ¿Y una boda en un local público? ¿Y los miembros de un partido político en su sede? (art. 2). (No olvides dimensión constitucional y legal son diferentes)
2. ¿Quiénes son responsables del “buen orden” de las reuniones y manifestaciones? (art. 4). Si los participantes de la manifestación causan daños, ¿quién responde?
3. Observa la posibilidad de disolver reuniones “Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes”.¿Crees que una manifestación de excombatientes de la república podría ser disuelta? (art. 5).
4. Eres residente marroquí, ¿puedes manifestarte legalmente?
5. Eres inmigrante ilegal en una manifestación contra la guerra. ¿Crees que la policía puede actuar pidiendo los papeles de los manifestantes buscando quienes en virtud de la ley de extranjería no puedan participar en dicha manifestación?
6. A la luz del código penal: tu manifestación convocada para salvar la calabaza autóctona, ha degenerado en una lucha campal con los partidarios de la calabaza genéticamente modificada. Se han producido destrozos y heridos, puesto que participantes de ambos bandos, portaban navajas. ¿Eres por ello responsable? ¿Y los participantes de la manifestación?
7. Previendo una alteración del orden público, no te han permitido tu manifestación pro calabazas, pero en tu obstinación, tú y treinta y cinco de tus camaradas os reunís. ¿Asumes alguna responsabilidad penal?

CAPÍTULO PRIMERO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo primero.

1. El derecho de reunión pacífica y sin armas, reconocido en el artículo 21 de la Constitución, se ejercerá conforme a lo dispuesto en la presente Ley Orgánica.

2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas, con finalidad determinada.

3. Son reuniones ilícitas las así tipificadas por las Leyes penales.

Artículo segundo.

Se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes:

a) Las que celebren las personas físicas en sus propios domicilios.

b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad.

c) Las que celebren los Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas.

d) Las que celebren los profesionales con sus clientes en lugares cerrados para los fines propios de su profesión.

e) Las que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica.

CAPÍTULO II: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo tercero.

1. Ninguna reunión estará sometida al régimen de previa autorización.

2. La autoridad gubernativa protegerá las reuniones y manifestaciones frente a quienes traten de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho.

Artículo cuarto.

1. Las reuniones, sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.

3. *Modificado por Ley Orgánica 4/1997.* Los participantes en reuniones o manifestaciones, que causen un daño a terceros, responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquéllos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos.

4. La asistencia de militares de uniforme, o haciendo uso de su condición militar, a reuniones o manifestaciones públicas se regirá por su legislación específica.

Artículo quinto.

La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.
- b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista.

CAPÍTULO III: DE LAS REUNIONES EN LUGARES CERRADOS

Artículo sexto.

Los organizadores y promotores de reuniones, incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, que se celebren en lugares, locales o recintos cerrados, podrán solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa.

Artículo séptimo.

Los delegados de la autoridad gubernativa no intervendrán en las discusiones o debates ni harán uso de la palabra para advertir o corregir a los participantes, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CAPÍTULO IV: DE LAS REUNIONES EN LUGARES DE TRÁNSITO PÚBLICO Y MANIFESTACIONES

Artículo octavo.

La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo. Si se tratare de personas jurídicas la comunicación deberá hacerse por su representante.

Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación, a que hace referencia el párrafo anterior, podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas.

Artículo noveno. *Modificado por Ley Orgánica 9/1999*

1.- En el escrito de comunicación se hará constar:

a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de éstas.

b) Lugar, fecha, hora y duración prevista.

c) Objeto de la misma.

d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas.

e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.

2.- La autoridad gubernativa notificará al Ayuntamiento afectado los datos contenidos en el escrito de comunicación, excepto cuando se trate de una convocatoria urgente de las previstas en el párrafo segundo del artículo anterior, a fin de que éste informe en un plazo de veinticuatro horas sobre las circunstancias del recorrido propuesto. En caso de no recibirse el informe en dicho plazo, el mismo se entenderá favorable. El informe se referirá a causas objetivas tales como el estado de los lugares donde pretenda realizarse, la concurrencia con otros actos, las condiciones de seguridad de los lugares con arreglo a la normativa vigente y otras análogas de índole técnico. En todo caso, el informe no tendrá carácter vinculante y deberá ser motivado.

Artículo décimo. *Modificado por Ley Orgánica 9/1999*

Si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada, y notificarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo undécimo.

De no ser aceptada por los organizadores o promotores la prohibición u otras modificaciones propuestas, podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, en el plazo de cuarenta y ocho horas, trasladando copia de dicho recurso debidamente registrada a la autoridad gubernativa con el objeto de que aquélla remita inmediatamente el expediente a la Audiencia. El Tribunal tramitará dicho recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Esta Ley tiene carácter general y supletorio respecto de cualquiera otras de las que se regule el ejercicio de derecho de reunión.

Segunda.- Queda derogada la Ley 17/1976, de 2 de mayo, reguladora del Derecho de Reunión, y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

En tanto no se promulgue la Ley Electoral prevista en el artículo 81.1 de la Constitución, las reuniones y manifestaciones que se realicen con motivo de campaña de propaganda electoral estarán sujetas a la jurisdicción de los órganos de la Administración electoral.

DISPOSICIÓN ADICIONAL *Añadida por Ley Orgánica 9/1999*

Tendrán la consideración de autoridad gubernativa a los efectos de la presente Ley, además de las de la Administración General del Estado, las correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias para protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Estatutos y en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y conforme al proceso de despliegue de las respectivas policías autónomas.

B) Ley de extranjería

Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación.

1. *Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre* Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

C) Código penal

(habría de tenerse en cuenta, entre otros, la regulación penal y disciplinaria militar)

Artículo 513.

Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:

- 1- Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.
- 2- Aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso.

Artículo 514. Modificado por Ley Orgánica 2/1998, de 15 de Junio

1. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el número 1 del artículo anterior y los que, en relación con el número 2 del mismo, no hayan tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. A estos efectos, se reputarán directores o promotores de la reunión o manifestación los que las convoquen o presidan.

2. Los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas u otros medios igualmente peligrosos serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Los Jueces o Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

3. Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior.

4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o, perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si los hechos se realizaren con violencia, y con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo.

5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes.

Artículo 540.

La autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años y multa de seis a nueve meses.

A) Sentencia TC 66/1995 (concepto, límites y requisitos prohibición, necesaria fundamentación)

1. ¿Si se pasa el breve plazo que tiene la administración para prohibir la reunión comunicada previamente, a la vista de lo afirmado por el tribunal, hace que sea imposible prohibir la reunión o manifestación?
2. Observa la definición de la libertad de reunión y su conexión con la libre expresión manifestada en el FJ 3º.
3. Fija tu atención en los requisitos de los límites a este derecho expresados por el tribunal (FJ 3):
4. ¿basta la sospecha de que va a haber altercados para una prohibición? ¿es necesaria la absoluta seguridad de que va a haber altercados?
5. Observa qué dice el tribunal de cómo se ha de interpretar el orden público como límite del derecho a la reunión (FJ 3). Observa en particular lo que se concluye en el párrafo “En segundo lugar, y como consecuencia de lo dicho anteriormente...”
6. Según lo que afirma el Tribunal, crees que en general afecta al “orden público” que se genere un atasco de tráfico.
7. Observa lo que afirma el tribunal de cuándo considera que afecta al orden público la afectación al tráfico, subraya que criterios afirma (“obstrucción total”, “volumen de tráfico” “características de la zona” “tiempo de la manifestación”, “incomunicación de zonas”, “imposibilidad de prestación de servicios esenciales”.
8. Visto lo anterior, consideras siempre se ha de prohibir una manifestación en la calle Colón de Valencia (observa también qué criterios “flexibilizadores” establece el tribunal).
9. Subraya los requisitos de la resolución prohibitiva del derecho de reunión, sistematizados por el Tribunal Constitucional.
10. ¿Puede la administración cambiar el recorrido propuesto por los promotores-organizadores? ¿Si es así, bajo qué requisitos?
11. Observa los motivos fijados por el tribunal para considerar admisible en el presente caso la prohibición de la reunión anunciada (fj4º).
12. A la vista de esta sentencia, realiza el borrador de resolución prohibitiva de la manifestación solicitada (inicio de este documento).

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 25 de mayo de 1992, que prohíbe la celebración de una concentración convocada por la Federación actora, por estimar que «el lugar elegido

por los convocantes (...) constituye una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos», en la que la reunión programada «provocaría un total colapso de tráfico, que afectaría (...) a ejes circulatorios esenciales», así como a la seguridad vial que «se integra en (...) la seguridad pública y es fundamental para garantizar los servicios públicos esenciales en zona de paso y ejes de tránsito básicos para la ciudad (policía, bomberos, ambulancias...)», por todo ello concluye que «la realización de la concentración convocada (...) va a incidir gravemente en la perturbación del tráfico y el orden público ciudadano (...) concurriendo en consecuencia las razones previstas en el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983», es decir, «razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para las personas o bienes».

Esta Resolución fue posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de junio de 1992, también recurrida en el presente proceso constitucional de amparo. El órgano judicial consideró que en el caso de autos existían efectivamente motivos suficientes para prohibir el ejercicio del derecho fundamental de reunión en lugar de tránsito público y, en consecuencia, desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido por el cauce de la Ley 62/1978 contra la citada Resolución de la Delegación del Gobierno.

Nos hallamos, pues, ante un recurso de los previstos en el art. 43 LOTC, cuyo objeto es el Acuerdo gubernativo impeditivo de la concentración proyectada.

Las peticiones formuladas por las partes en este proceso de amparo, así como los hechos y las alegaciones que las fundan, han sido ya reseñadas en los Antecedentes por lo que podemos entrar, sin necesidad de reiterar estos extremos, en el enjuiciamiento de las tres cuestiones planteadas, a saber: las consecuencias que derivan de la extemporaneidad de la prohibición gubernativa; la constitucionalidad o no de la aplicación al caso del límite al ejercicio del derecho de reunión establecido en los arts. 21.2 C.E. y 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión; y, finalmente, la denunciada falta de proporcionalidad de la medida adoptada al no haber ejercido la autoridad gubernativa la facultad de proponer la modificación de la fecha, lugar o duración de la concentración prevista en ese mismo precepto de la Ley Orgánica 9/1983.

[...]

3. El núcleo argumental de la demanda de amparo se centra, en efecto, en la vulneración del derecho reconocido en el art. 21 C.E. que, a juicio de la recurrente, ha producido la decisión de la Delegación del Gobierno de prohibir la concentración convocada al considerar que existían razones fundadas para creer que su realización alteraría el orden público con peligro para personas y bienes.

El derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración transitoria-, el finalista -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración- (por todas, sentencia 85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo» posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones.

No obstante, también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado.

El propio texto constitucional en su art. 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes. La cuestión de fondo que aquí enjuicamos es, precisamente, la de la corrección constitucional de la ponderación efectuada por la autoridad gubernativa, confirmada por el órgano judicial, entre el ejercicio del derecho de reunión -en su modalidad de concentración o reunión estática en lugar de tránsito público- y el referido límite constitucional, todo ello desde la perspectiva, propia del caso, de la repercusión de ese ejercicio en la circulación de vehículos por vías urbanas que soportan una importantísima densidad de tráfico.

El primer requisito impuesto por la Constitución para poder aplicar el límite del art. 21.2 es la existencia de «razones fundadas» de alteración del orden público. Para que pueda prohibirse una concentración no basta, pues, la mera sospecha o la posibilidad de que la misma produzca esa alteración, sino que quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público -naturalmente, con toda la certeza o la seguridad que puede exigirse a un razonamiento prospectivo aplicado al campo del comportamiento humano-. En cualquier caso, como advierte correctamente la recurrente, si existen dudas sobre la producción de estos efectos, una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de favor libertatis y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración.

En cuanto al contenido del límite previsto en el art. 21.2 C.E., la «alteración del orden público con peligro para personas o bienes», debe advertirse de entrada que para delimitar su alcance no resulta ni necesario en la práctica ni correcto en el plano teórico, entrar a definir de modo abstracto y general el concepto de orden público. Esto es así porque el mentado precepto constitucional no se refiere genéricamente al orden público sin más, sino al orden público con peligro para personas o bienes y esta situación de peligro, como comprobaremos de inmediato, no es un elemento adjetivo que simplemente modula o califica externamente un concepto previo de orden público, sino un elemento sustantivo que define el contenido de ese concepto. Por otra parte, esta noción de orden público con peligro para personas o bienes debe analizarse en el contexto del precepto constitucional del que forma parte, es decir, como límite del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público.

Desde esta perspectiva, para resolver la cuestión así acotada basta con señalar lo siguiente: primero, que, interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimentan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado. Al ponderar la aplicación el límite del art. 21.2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad).

En segundo lugar, y como consecuencia de lo dicho anteriormente, las concentraciones tan sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el art. 21.2 C.E., cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados. Estos son los dos elementos que configuran el concepto de orden público con peligro para personas y bienes consagrado en este precepto constitucional. Ciertamente, el normal funcionamiento de la vida colectiva, las pautas que ordenan el habitual discurrir de la convivencia social, puede verse alterado por múltiples factores, que a su vez pueden afectar a cuestiones o bienes tan diversos como la tranquilidad, la paz, la seguridad de los ciudadanos, el ejercicio de sus derechos o el normal funcionamiento de los servicios esenciales para el desarrollo de la vida ciudadana; sin embargo, sólo podrá entenderse afectado el orden público al que se refiere el mentado precepto constitucional cuando el desorden externo en la calle ponga en peligro la integridad de personas o de bienes.

Con todo, debe precisarse que ese peligro no es sinónimo de utilización de la violencia sobre personas o cosas por parte de quienes participan en las concentraciones. Las reuniones no pacíficas -y así deben considerarse cabalmente a aquellas en las que los participantes llevan a cabo actos violentos- ya resultan excluidas del derecho de reunión por el primer párrafo de este precepto. El párrafo segundo del art. 21 C.E. no delimita el contenido del derecho de reunión, sino que establece un límite a su ejercicio y otorga a los poderes públicos una facultad que, como veremos, estos deben ejercer proporcionadamente, de modo que, por ejemplo, antes de prohibir una concentración por esta causa, deben proponer las modificaciones que permitan el ejercicio del derecho. Si la cláusula «con peligro para personas o bienes» fuese sinónimo de reunión no pacífica no cabría otra alternativa que su prohibición, puesto que se trataría de una acción ajena o no integrada en el referido derecho. Así, pues, si se da, como debe darse, un contenido propio y específico al límite del derecho de reunión consagrado en el art. 21.2 C.E. y a la facultad por él atribuida a los poderes públicos, deberá concluirse que en su ámbito se incluyen los peligros para personas o bienes derivados de las acciones violentas que puedan derivarse de la celebración pacífica de la concentración, ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o a paliar los citados peligros.

Aplicando estas premisas al caso de las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por las vías de tránsito público lo primero que cabe afirmar es que sólo en supuestos muy concretos podrá concluirse que la afectación del tráfico conlleva una alteración del orden público con peligro para personas o bienes. Es cierto que la paralización del tráfico con la finalidad primordial de alterar la paz pública no constituye un objeto integrable en el derecho de reunión en lugares de tránsito público, cuyo objeto, como hemos expuesto anteriormente, es el intercambio y la comunicación pública de ideas y reivindicaciones. Sin embargo, no es menos cierto que por su propia naturaleza el ejercicio de ese derecho requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. En suma, la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión (sentencia 59/1990). En una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación. Precisamente, para hacer compatibles estos dos usos de los lugares de tránsito público, el art. 21.2 C.E. ha establecido la exigencia de la comunicación previa al objeto de que los poderes públicos puedan adoptar las medidas preventivas necesarias para lograr esa

compatibilidad. Concretamente desde la perspectiva del art. 21.2 C.E., para poder prohibir la concentración deberá producirse la obstrucción total de vías de circulación que, por el volumen de tráfico que soportan y por las características de la zona -normalmente centros neurálgicos de grandes ciudades-, provoquen colapsos circulatorios en los que, durante un período de tiempo prolongado, queden inmovilizados vehículos y se impida el acceso a determinadas zonas o barrios de la ciudad por imposibilidad de que la autoridad gubernativa habilite vías alternativas de circulación. En estos supuestos de colapso circulatorio con inmovilización e imposibilidad de acceso a determinadas zonas por inexistencia de vías alternativas, como se dijo en la citada sentencia 59/1990, puede resultar afectado el orden público con peligro para personas o bienes si, por ejemplo, resulta imposibilitada la prestación de servicios esenciales con incidencia en la seguridad de personas o bienes, como son los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas.

Así, pues, no cualquier corte de tráfico o invasión de calzadas producido en el curso de una manifestación o de una concentración puede incluirse en los límites del art. 21.2 C.E. Para poder restringir el ejercicio del derecho de reunión deberán ponderarse, caso a caso, todas las circunstancias específicas concurrentes en cada una de las reuniones que pretendan llevarse a cabo al objeto de determinar si efectivamente existen razones fundadas para creer que el colapso circulatorio tendrá las características y los efectos antes descritos. Por ello no puede admitirse, como bien advierte la recurrente, la afirmación genérica de que determinadas calles o zonas de una ciudad no son idóneas para el ejercicio del derecho de manifestación o de reunión debido a la densidad de tráfico que circula por ellas por término medio. Para prohibir las reuniones no puede invocarse una genérica conflictividad circulatoria, ya que, incluso en esas zonas de densa circulación, pueden darse casos en los que las circunstancias específicas de las reuniones convocadas -por ejemplo, la hora, el carácter festivo del día, el previsible escaso número de asistentes o la garantía de no obstrucción prolongada de calzadas- lleven a la convicción de que no existen razones fundadas de que la reunión va a producir un colapso circulatorio que altere el orden público con peligro para personas o bienes.

Esa ponderación casuística corresponde hacerla a los poderes públicos y en especial a la autoridad gubernativa que, en el supuesto de que decida prohibir la concentración, dado que se trata de limitar el ejercicio de un derecho fundamental y en atención a lo establecido explícitamente en el art. 21.1 C.E., que habla de la existencia de «razones fundadas», debe: a) motivar la Resolución correspondiente (sentencia 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión de que celebrarse se producirá la alteración del orden público proscrita, y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental. La autoridad gubernativa debe arbitrar las medidas adecuadas para garantizar que las concentraciones puedan llevarse a cabo en los lugares y horas programados sin poner en peligro el orden público; desviando, por ejemplo, el tráfico por otras vías o prohibiendo la ocupación prolongada de las calzadas y disponiendo los instrumentos necesarios para hacer efectiva tal prohibición. Sólo podrá restringirse el ejercicio del derecho de reunión cuando estas medidas preventivas resulten imposibles de adoptar, o sean infructuosas para alcanzar el fin propuesto -por ejemplo, porque no permitan hacer accesible la zona afectada-, o sean desproporcionadas -por ejemplo, cuando los posibles itinerarios alternativos supongan retrasos o rodeos irrazonables.

Por último, y en relación con lo que acaba de decirse, debe advertirse que incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá

utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983 y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse.

Es esta última, sin embargo, una facultad que la Administración no puede ejercer de forma totalmente discrecional (sentencia 36/1982), y que viene condicionada por la programación realizada por los promotores. Esto hará que, en ocasiones, la utilización de esta facultad de introducir modificaciones resulte vedada o, cuando menos, sometida a importantes condicionamientos. Por ejemplo, respecto a las alteraciones relativas al lugar de concentración o manifestación, la autoridad gubernativa deberá tener presente que este elemento objetivo configurador del derecho de reunión tiene en la práctica un relieve fundamental, ya que está íntimamente relacionado con el objetivo de publicidad de las opiniones y reivindicaciones perseguido por los promotores por lo que ese emplazamiento condiciona el efectivo ejercicio del derecho. En realidad, en ciertos tipos de concentraciones el lugar de celebración es para los organizadores la condición necesaria para poder ejercer su derecho de reunión en lugares de tránsito público, puesto que del espacio físico en el que se desenvuelve la reunión depende que el mensaje que se quiere transmitir llegue directamente a sus destinatarios principales. Esto acontece, por ejemplo, en los supuestos en los que los reunidos pretenden hacer llegar sus opiniones o sus reivindicaciones, no sólo a la opinión pública en general o a los medios de comunicación, sino muy particularmente a determinadas entidades o, mejor, a determinadas personas que ocupan cargos en las mismas. La posibilidad de realizar la concentración en un lugar próximo a la sede de las entidades afectadas y en un horario de trabajo se convierte, en estos casos, en factores determinantes a la hora de ejercer el derecho de reunión. Naturalmente, de ello no se infiere que, en estos supuestos, este tipo de concentraciones siempre deba poder celebrarse en los lugares programados por los organizadores, pero sí puede influir, como veremos, en la facultad de ofrecer alternativas por parte de la autoridad gubernativa.

Es más, incluso en los casos en los que los reunidos no pretendan comunicar sus opiniones a unos destinatarios específicos sino a la opinión pública en general, el lugar de la concentración no puede considerarse en absoluto indiferente y, en consecuencia, tampoco cabe hablar de discrecionalidad de la Administración al ofrecer lugares alternativos. Con ello no se trata sólo de afirmar que el lugar propuesto debe tener suficiente tránsito público como para garantizar la publicidad que constituye uno de los elementos esenciales del contenido del derecho, sino que ese lugar debe garantizar una repercusión pública -en número y características de los destinatarios, es decir, de quienes pueden tener noticia de la reunión, incluidos los medios de comunicación- que se aproxime al máximo a la que pretendan alcanzar los promotores en el lugar por ellos programado.

4. De la aplicación de las premisas sentadas en el fundamento precedente al caso enjuiciado cabe concluir que la Resolución de la autoridad gubernativa prohibiendo la concentración convocada resulta suficientemente motivada y fundada y que, a la luz de los hechos declarados probados, efectivamente concurrían en este supuesto las circunstancias que permiten adoptar tan grave medida de restricción del ejercicio del derecho fundamental consagrado en el art. 21 C.E.

La motivación de la Resolución se plasma en el Considerando cuarto en el que se alude a «la perturbación del tráfico y el orden público ciudadano (...) concurriendo en consecuencia las razones previstas en el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983». Es cierto que la mera perturbación del tráfico no puede ser motivo de suspensión de una concentración en aplicación del límite previsto en el art. 21.2 C.E. y que tampoco puede serlo la simple alteración del orden público puesto que, como hemos reiterado, el referido precepto constitucional exige que esa alteración entrañe peligro para personas o bienes; sin embargo, el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, al que explícitamente se

remite la Resolución, sí se refiere a esa situación de peligro y por ello mismo puede considerarse suficientemente motivada.

La fundamentación, por su parte, se basa en dos órdenes de razonamiento: primero, el «total colapso de tráfico» que se produciría no sólo en el lugar de concentración sino también en la Puerta del Sol, calle de Alcalá, Gran Vía y plaza de la Cibeles. El colapso derivaría necesariamente de la «elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos» que posee esta zona de la ciudad y en la «realización de obras en la calle Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes». La segunda línea argumental se refiere a la necesidad de garantizar los servicios públicos esenciales (policía, bomberos, ambulancias...) relacionándolo con la seguridad vial y la seguridad pública.

Es cierto, que ni la seguridad vial -que, por otra parte, no se demuestra cómo se pondría aquí en peligro- ni la seguridad pública son, sin más, sinónimo de orden público sin peligro para personas y bienes; también es cierto que hubiera sido deseable un mayor desarrollo argumental demostrativo de que el colapso sería «total», como afirma la Resolución impugnada, es decir, con bloqueo prolongado de vehículos e imposibilidad de acceso a una amplia zona de la ciudad, y que este extremo se demostrase atendiendo por igual a las características genéricas de circulación de esa zona y a las circunstancias específicas de la concentración convocada -número previsible de personas, horario, etc.-, puesto que, como queda dicho, ninguna concentración puede prohibirse atendiendo solamente a las condiciones objetivas de tráfico que soportan las calles afectadas, sino que es necesario tener en cuenta las características que en cada caso concurren en la reunión convocada. Y, por otra parte, también hubiera sido preferible que se razonase con mayor detalle los efectos sobre los servicios esenciales afectados y cómo todo ello puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes.

Sin embargo, si se lee atentamente la Resolución, se llega a la conclusión que la misma no carece de fundamentación suficiente puesto que, aunque se centra esencialmente en consideraciones de tipo genérico relativas al tráfico, no olvida en absoluto las circunstancias específicas de la concentración convocada -por ejemplo, se hace referencia a la hora de la celebración, a las obras que se estaban realizando en aquel momento en algunas calles, etc.

Lo mismo cabe decir respecto de la posibilidad de adoptar medidas alternativas que garantizasen la celebración de la concentración. Aunque de modo no explícito, se desprende claramente de la Resolución que la autoridad gubernativa consideró que éstas no hubieran resultado eficaces, primero, porque la amplitud de la zona afectada no permitía habilitar vías alternativas que impidiesen el bloqueo de vehículos y permitiesen el acceso -por otros itinerarios- a las zonas afectadas, evitando su aislamiento, y en segundo lugar, porque las características de la concentración hacían inviable la adopción de otras medidas tendentes a garantizar que los servicios de ambulancia, bomberos y similares podrían seguir prestándose.

Con todo, no basta con que la Resolución esté efectivamente motivada y fundada, sino que debe analizarse si el contenido de la misma es idóneo para justificar la prohibición en aplicación del límite previsto en el art. 21.2 C.E. Para llevar a cabo este juicio, debemos partir de la declaración de hechos probados contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es cierto, como señala la recurrente, que esta Resolución judicial comienza su razonamiento reconociendo la dificultad de determinar si la medida prohibitiva adoptada era necesaria, pero esta advertencia no se formula como resultado del proceso de enjuiciamiento sino, a su inicio, como apertura retórica para advertir que la dificultad de la cuestión hace necesario aplicar a su enjuiciamiento un complejo proceso de ponderación. Al final de ese proceso, al Tribunal no le cabe duda que debe desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, basándose para ello en el caos circulatorio que la concentración produciría, dada la

elevada densidad de circulación de la zona, y el día y hora elegidos por los promotores. Concretamente afirma que «el tráfico de la plaza de Canalejas accede a través de tres calles que proceden de la Puerta del Sol y de las plazas de Santa Ana y Jacinto Benavente, encauzándose su salida de aquella plaza por las calles Sevilla y carrera de San Jerónimo. La interrupción del tráfico por la calle Sevilla, con mucho, la de más anchura de todas las citadas, necesariamente ha de causar un notable incremento del tráfico en la zona al no poder abandonar la mencionada plaza de Canalejas sino por la carrera de San Jerónimo, mucho más estrecha que la calle Sevilla. A lo anterior hay que añadir: 1) Que en la actualidad no se puede desembocar desde la carrera de San Jerónimo en la plaza de las Cortes, por la existencia de obras, de tal manera que para salir a la calle Alcalá desde las plazas antes mencionadas de Santa Ana, Jacinto Benavente y Sol, única y exclusivamente se puede utilizar la estrecha calle de Cedaceros. 2) Que se trata de un zona eminentemente comercial. 3) Que existe un gran número de líneas de transporte diario que transitan por la zona, lo que hace que las alteraciones del tráfico afecten a un mayor número de personas. 4) Que el día y hora elegidos por los promotores de la manifestación (un viernes laborable a las trece horas) aumenta considerablemente los trastornos que los vecinos y transeúntes puedan sufrir».

Si a estos datos añadimos otros también recogidos en las actuaciones, como la duración programada -dos horas y media-, el importante número previsible de asistentes a la concentración -que respondía a la convocatoria de dos centrales sindicales de la representatividad de (F.E.B.A.S.O.-U.G.T.) y F.E.B.A.-CC.OO y tenía un objetivo tan previsiblemente movilizador como es el apoyo a la negociación del convenio de la banca privada- o la afectación directa no sólo de la vía en la que pretendía celebrarse la concentración sino de las calles adyacentes en una amplia extensión, no cabe duda que en el caso enjuiciado se dan las circunstancias que permiten restringir el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público, ya que no existen dudas razonables de que la concentración hubiera producido un bloqueo total de la calzada, que por su duración, por la hora y el día elegidos y por las características del tráfico en la zona hubiera provocado un bloqueo de vehículos con imposibilidad de acceso de servicios esenciales a una zona importante de la ciudad y tampoco cabe duda que no podía exigirse en este caso la adopción de medidas preventivas (como la previsión de vías alternativas u otros medios que garantizaran la prestación de servicios tales como los de ambulancia, policía o bomberos), puesto que, dadas las circunstancias concurrentes en la concentración programada y la amplitud y las características de la zona afectada no era previsible que las mismas hubieran podido evitar los referidos efectos.

Llegados a este punto todavía debemos hacer una última precisión puesto que, como hemos apuntado anteriormente, la adopción de una medida tan drástica como la prohibición de celebrar una concentración debe ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que sólo será constitucionalmente legítima si no existen otros medios de preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión. Concretamente, los demandantes de amparo afirman que en el presente caso la autoridad gubernativa antes de prohibir la concentración debía haber propuesto las modificaciones de fecha, lugar o duración a tenor de lo que establece el propio art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983. A dar respuesta a esta tercera y última cuestión dedicaremos el próximo y también último fundamento jurídico.

5. Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era

proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Pues bien, no cabe duda que la prohibición de la celebración de la concentración permite alcanzar el fin perseguido -la protección del orden público con integridad de personas y bienes-. El problema se centra en determinar si cumple los otros dos requisitos enunciados, y, muy especialmente, el relativo a la necesidad de la medida o, más concretamente, a si la prohibición total del ejercicio del derecho resultaba imprescindible o cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido, como la propuesta de la modificación de las circunstancias de celebración de la concentración, relativas al lugar, a la hora o al modo de realización de la misma prevista en el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983.

La respuesta a esta cuestión debe ser positiva, ya que, en este caso concreto, no podía exigirse a la autoridad gubernativa la propuesta de medidas menos restrictivas del derecho de reunión, puesto que, tal como plantearon la concentración sus promotores, toda propuesta de modificación del lugar o la hora hubiera desvirtuado el objetivo perseguido por los mismos. De hecho, así lo reconocen en las alegaciones vertidas en el presente proceso de amparo en las que manifiestan que el lugar fue elegido porque en él «se concentran importantes y muy numerosas oficinas, varias de ellas centrales, de los principales Bancos del país (coinciden, entre otros, Banesto, B.B.V., B.H.A., Banco Vitalicio, Banco Exterior (ex-Rural), Banco Zaragozano, B.N.P., Banco de Madrid, etc.). De ahí que plantear que los Sindicatos de Banca se concentren en otro lugar (se nos escapa cuál, porque la protesta no llegaría a los responsables de los Bancos, que es a quien va dirigida), o a otra hora, por ejemplo, por la tarde, cuando están cerradas las citadas oficinas, significa en la práctica negarles el ejercicio del derecho de reunión y de un importante medio de acción sindical, en ambos aspectos contra la garantía constitucional».

La autoridad gubernativa, sobre todo respecto de las concentraciones estáticas en lugares y en horarios que tienen un relieve especial para los convocantes puesto que son condición necesaria para que las opiniones y las reivindicaciones lleguen a sus destinatarios principales, ve muy reducida su facultad de proponer cambios respecto del lugar y hora, puesto que, como bien dicen los recurrentes, estas modificaciones pueden llevar en la práctica a desvirtuar o negar el ejercicio del derecho. En estos casos, la autoridad gubernativa, antes de prohibir la concentración, deberá ser especialmente diligente a la hora de proponer o arbitrar los medios necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de reunión en el lugar y hora programados por los promotores. Sin embargo, como queda dicho, en el caso de autos concurren datos objetivos suficientes para concluir que esas medidas alternativas hubieran resultado infructuosas.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Voto particular ...

B) Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, filmación de manifestantes (conurrencia de derechos en juego, claro ejemplo de seguimiento de todos los “pasos”)

1. Sigue los hechos del caso.
2. ¿Se te ocurre cómo se inició la vía judicial ante un caso como el presente?
3. Sobre los hechos relatados, qué derechos consideras que están afectados? Qué derechos se analizan en el presente recurso de amparo? ¿Por qué no se analizan todos los derechos que podrían estar afectados?
4. ¿Existe alguna forma de concurrencia o conexión entre derechos fundamentales? En ese caso, ¿cómo la enfoca el Tribunal? Sobre qué bases el Tribunal conecta uno y otro derechos. Observa que se trata de delimitación de derechos (FJ 3º).
5. ¿En qué consiste la intervención sobre el-los derecho-s? (inicio del FJ 5º, con detalles en inicio FJ 6º) Fija la atención en cómo el tribunal subraya más tarde el efecto psicológico que produce el hecho para fundamentar su relevancia (FJ 6 fine).
6. Observa cómo plantea el Tribunal Constitucional los “pasos” que ha de seguir para analizar y enjuiciar el caso (inicio del FJ 5º).
7. Observa lo que se señala sobre la previsión legal de la restricción. La posible trascendencia que tiene que sólo se cuente con una genérica previsión legal para la filmación.
8. Qué finalidad legítima analiza el tribunal como potencial restrictor de los derechos en juego (FJ 7º)? Observa cómo el tribunal “fija” en el texto constitucional el “bien constitucional” que se afirma por el Gobierno vasco y anteriores resoluciones judiciales.
9. Observa cómo el tribunal examina si la teórica finalidad legítima de la intervención se dio o no en la realidad fáctica del caso. Considera el tribunal en el caso presente que concurrían la existencia de un bien constitucional en juego?
10. ¿Si el tribunal considerase que no había necesidad vinculada a este bien constitucional, haría falta seguir examinando la proporcionalidad de la intervención en el derecho?
11. Observa en el FJ 8º cómo el tribunal resume el requisito de la proporcionalidad, ten muy presente tales afirmaciones. Fija tu atención en la proyección de la teoría y los parámetros de la proporcionalidad en este caso concreto.
12. Finalmente, considera la importancia que dota el tribunal al principio de la intervención menos gravosa en los FFJJ 8 y 9.

Hechos

En la mañana del día 27 de enero de 1993, fecha en la que había sido convocada una huelga general en toda España por diversos Sindicatos, varios militantes de éstos participaron en un piquete informativo que desarrolló su actividad en el polígono industrial del barrio Martutene de Donostia-San Sebastián (al parecer, miembros todos del Sindicato Langile Abertzaleen Batzardeak (L.A.B.)).

Dicho piquete, integrado por más de cincuenta personas y que desplegaba su actividad en la vía pública del citado polígono, «informaba a viandantes y otros trabajadores que acudían a sus centros de trabajo en coche», sin que existiera ninguna alteración del orden público, desarrollándose en todo momento su labor «dentro de la más absoluta normalidad» y sin que se produjera ningún hecho que se pudiese considerar delictivo.

Durante el tiempo en que duró la acción del piquete fueron llegando varios coches patrulla de la Ertzaintza y, a una distancia de entre seis y diez metros, varios policías tomaron fotografías y filmaron aquella acción, sin que se atendiera la solicitud de algunos miembros del piquete de que cesara la filmación y la toma de fotografías ni sus intentos de identificarse ante la Ertzaintza.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1....

En consecuencia, la cuestión fundamental que debe resolver el presente recurso de amparo consiste en determinar si aquella filmación, y las Sentencias que la convalidaron por entenderla no lesiva de los derechos fundamentales invocados, han vulnerado o no dichos derechos.

Según se describe con mayor detalle en el apartado segundo de los antecedentes, con motivo de un día de huelga general convocada en toda España por diversos Sindicatos, varios militantes y simpatizantes sindicales participaron en un piquete informativo en el polígono industrial del barrio de Martutene de San Sebastián.

...

3. Los derechos fundamentales que se invocan y se consideran vulnerados en la demanda de amparo son los de libertad sindical (art. 28.1 C.E.) y huelga (28.2 C.E.). A estas supuestas lesiones a las que debe contraerse nuestro examen, sin que proceda analizar aquí otros derechos fundamentales, como los de intimidad personal y propia imagen (art. 18.1 C.E.) o de reunión y manifestación (art. 21 C.E.). Aunque estos últimos derechos son considerados por la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, lo cierto es que tales derechos no se han invocado ni alegado en momento alguno en la vía previa ni, en todo caso, su vulneración se ha alegado en este proceso constitucional, por lo que deben quedar fuera de nuestro análisis.

Ciñendo, pues, el examen a los derechos de libertad sindical y de huelga, hay que comenzar por recordar, de un lado, la íntima conexión existente entre ambos y, de otro, que el derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 C.E. «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (sentencia 254/1988, fundamento jurídico 5.; y, AATC 71/1992 y 17/1995), o, en otros términos, encaminadas a «recabar la solidaridad de terceros» (sentencia 123/1983, fundamento jurídico 4.). En definitiva, el derecho de huelga incluye «el derecho de difusión e información sobre la misma» (sentencia 332/1994, fundamento jurídico 6., reiterada por las Sentencias 333/1994 y 40/1995), integrándose en el contenido esencial de dicho derecho de huelga el derecho a

«difundirla y a hacer publicidad de la misma» (ATC 158/1994). Como dice este último Auto, con cita del ya mencionado art. 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977, el «requerimiento pacífico a seguir la huelga» forma parte del derecho que proclama el art. 28.2 C.E.

Ciertamente, y como no puede ser de otro modo, se trata de una publicidad «pacífica» (art. 6.6 citado), sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (por todas, Sentencias 332/1994, fundamento jurídico 6. y 137/1997, fundamento jurídico 3.), por lo que resulta obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (ATC 158/1994), libertad que les reconoce expresamente el art. 6.4 del Real Decreto-ley 17/1977. Es patente que quien ejerce la coacción psicológica o presión moral para extender la huelga se sitúa extramuros del ámbito constitucionalmente protegido y del ejercicio legítimo del derecho reconocido en el art. 28.2 C.E. De un lado, porque limita la libertad de los demás a continuar trabajando y, por otro, porque afecta a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos como son la dignidad de las personas y su derecho a la integridad física y moral -arts. 10.1 y 15 C.E.-, como tuvo ocasión de señalar la sentencia 2/1982, fundamento jurídico 5., respecto a los límites del derecho fundamental de reunión y manifestación, y cuya doctrina se ha aplicado a los límites del derecho de huelga por, entre otras resoluciones, las Sentencias 332/1994, fundamento jurídico 6. y 137/1997, fundamento jurídico 3.; y, los AATC 71/1992 y 158/1994.

Además de estar obligado a partir de los hechos declarados probados por los órganos judiciales [art. 44.1 b) LOTC], a la hora de determinar si se han producido inaceptables extralimitaciones en la difusión y publicidad de la huelga este Tribunal tiene igualmente que respetar el margen de apreciación de aquellos órganos en el ejercicio de sus competencias (art. 117.3 C.E.)(sentencia 332/1994, fundamento jurídico 6., con cita de la sentencia 120/1983, fundamento jurídico 3.; y ATC 158/1994), si bien hay que precisar que, estando en juego un derecho material, como aquí ocurre (derechos de libertad sindical y de huelga), y no el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E., el control por parte del Tribunal de las resoluciones judiciales no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (Sentencias 94/1995, fundamento jurídico 4.; y 188/1995, fundamento jurídico 5.). En este sentido, por ejemplo, no es aceptable presumir que el derecho a hacer publicidad de la huelga reconocido en el art. 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977 se va a ejercer de forma antijurídica (ATC 17/1995).

4. En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales declaran expresamente probado que la acción del piquete informativo «se desarrolló dentro del marco legal» y de la más «absoluta normalidad», sin que existiera ninguna alteración del orden público y sin que se produjera ningún hecho que se pudiese considerar delictivo. Tampoco los órganos judiciales han puesto en duda, en momento alguno, la legalidad de la huelga general convocada el 27 de enero de 1993, a la que sin duda es aplicable lo dicho en la sentencia 36/1993 (fundamento jurídico 3.), respecto de la huelga general convocada el 14 de diciembre de 1988. Y, en fin, tampoco ha cuestionado nadie la vía procesal seguida por el Sindicato demandante, el cual recurrió a la modalidad procesal regulada en Capítulo Undécimo del Título II de la L.P.L. (tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas; arts. 175 a 182).

5. Partiendo, pues, de la legalidad de la actuación del piquete que fue fotografiado y filmado, lo que debemos examinar es si esa toma de fotografías y filmación en vídeo lesionó o no los derechos fundamentales invocados.

Es verdad que la actuación policial no impidió ni imposibilitó por completo la actividad del piquete. Así lo afirman los órganos judiciales y así lo reconoce expresamente el Sindicato demandante. Pero lo que hay que dilucidar es, en primer

lugar, si la filmación restringió o limitó, aunque fuese levemente, el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, singularmente, del derecho de huelga; en segundo lugar, si, en caso afirmativo, existía un derecho, un bien, o un interés jurídico constitucionalmente relevante que autorizase esa restricción; y, por fin, si dicha medida restrictiva resultaba justificada o proporcionada en este caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la existencia o no de medidas alternativas igualmente eficaces y a «la proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental» (sentencia 52/1995, fundamento jurídico 5.).

6. Consta en los hechos declarados probados que algunos miembros del piquete - en la demanda se afirma que debidamente acreditados y de diversos Sindicatos mayoritarios, circunstancia esta última que efectivamente se comprueba a la vista de las actuaciones judiciales- trataron de identificarse y solicitaron de la Ertainzta la cesación de la toma de fotografías y de las filmaciones, alegando que no había razón alguna para ello. Sin dar mayores explicaciones, la policía no atendió sus intentos de identificarse ni tampoco su petición de cese de la filmación, actividad que se prosiguió de forma constante e ininterrumpida.

A lo anterior hay que añadir un dato de relieve muy notable para la resolución del presente caso: en el momento de producirse los hechos ahora enjuiciados no existía ninguna disposición legal que regulase el uso, la conservación y el destino de lo filmado. En efecto, aunque la filmación no estuviese ayuna de una genérica habilitación legal [art. 11.1 e), f) y h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], lo cierto es que en ninguna disposición se preveían con detalle suficiente los supuestos y requisitos de su utilización ni la custodia de lo filmado, su uso, sus controles posteriores y los derechos de los posibles interesados; en definitiva, no existía una disposición legal que estableciese un régimen de garantías de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de ser afectados por el uso de esa medida.

Todas estas circunstancias permiten avanzar ya en este momento que, efectivamente, la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad, pues, no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de este proceder -es decir, sin que los afectados puedan conocer los motivos de la medida adoptada-, sin que se acepte su ofrecimiento de identificación y, sobre todo, sin saber qué uso van a hacer de la filmación las fuerzas de seguridad y qué tipo de controles van a existir sobre la misma. Es más, esos efectos disuasorios pueden producirse también sobre los ciudadanos a los que se dirige la información de los piquetes, con la consiguiente enervación, cuando menos parcial, de los efectos de extensión y publicidad de la huelga perseguidos por quienes ejercen ese derecho constitucional.

En suma, las circunstancias concurrentes permiten afirmar que la filmación incidió en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de huelga, configurándose como un obstáculo, objetivamente constatable, al modo de lo dicho en la sentencia 52/1995 (fundamento jurídico 2.), para la plena efectividad del derecho de huelga.

7. Establecido que la grabación de imágenes restringió el libre ejercicio del derecho de huelga, hay que examinar, seguidamente, si esta restricción respondía a un interés o a un bien constitucionalmente protegido.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco justifica la grabación en las competencias generales de policía que tiene la Administración Pública consistentes en proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. A las citadas competencias

hace igualmente referencia el escrito de alegaciones de la representación del Gobierno Vasco, insistiendo en la labor de prevención de desórdenes y de preservación de aquellos derechos y libertades que llevó a cabo la policía en el presente supuesto. Estos son, efectivamente, bienes constitucionalmente relevantes, que, como hemos afirmado en múltiples resoluciones (por todas sentencia 91/1983, fundamento jurídico 3.), pueden dentro de ciertos límites restringir el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y cuya preservación está constitucionalmente atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ex art. 104.1 C.E. que explícitamente establece que «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

Ciertamente, como hemos reiterado, consta en los hechos declarados probados que en el supuesto aquí enjuiciado la actuación de los piquetes se produjo «dentro de la más absoluta normalidad», sin que existiera ninguna alteración de la seguridad ciudadana. Es cierto también que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social aprecia que no existía razón alguna justificativa de la actuación policial, llegando a la conclusión de que la misma revela «una clara desconfianza» hacia los piquetes, desconociendo «su razón de ser (...) y (...) sus límites», actuando la policía «con excesivo celo y rigor (...), presumiendo la posibilidad de altercados u otros incidentes por la acción de un piquete, en ejercicio de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente». El órgano judicial parece reprochar a la actuación judicial que partiera de la presunción de que el derecho a hacer publicidad de la huelga se iba a ejercer de forma antijurídica, contrariamente a lo establecido por el ATC 17/1995.

Sin embargo, no es menos cierto que, en principio, no puede negarse a radice la posibilidad de que, en determinadas circunstancias y con las debidas garantías, puedan emplearse medidas de control como la aquí enjuiciada en orden a la prevención de alternaciones de la seguridad ciudadana y a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. En el presente caso, la representación del Gobierno Vasco trata de justificar la toma de fotografías y la filmación por la habitualidad de los desórdenes públicos que acompañan a las convocatorias de huelga general, añadiendo que tales desórdenes eran de público conocimiento en el día de la huelga realizada el 27 de enero de 1993, puesto que, según alega -aunque, como destaca la Sentencia del Juzgado de lo Social, el Gobierno Vasco no desplegó actividad probatoria alguna tendente a acreditar este extremo- ese día ya se habían producido en varios puntos de Donostia-San Sebastián.

En suma, a la vista de estos datos, puede concluirse que en el presente caso concurría la existencia de un bien constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana que, en principio, podía justificar la adopción de una medida de control preventivo. No obstante, lo que debemos indagar para concluir nuestro enjuiciamiento es si, como acabamos de apuntar, la medida concreta restrictiva del derecho de huelga resulta constitucionalmente proporcionada, dadas las circunstancias específicas del caso y las garantías concretas adoptadas en su aplicación.

8. En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. No procede, sin embargo, reproducir aquí en detalle la doctrina de este Tribunal sobre aquel citado principio (por todas, Sentencias 66/1995, 55/1996 y 207/1996 y las por ellas citadas; también, y entre otras, Sentencias 37/1989, mencionada en el escrito de alegaciones del Gobierno Vasco, y 66/1991).

A los efectos que aquí importan, basta con recordar que, como sintetizan las Sentencias 66/1995, fundamento jurídico 5.; 55/1996, fundamentos jurídicos 6., 7., 8. y 9.; y 207/1996, fundamento jurídico 4. e), para comprobar si una medida restrictiva de

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

No hay inconveniente para aceptar que, en principio, la grabación de imágenes puede ser una medida susceptible de conseguir el objetivo de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos, como igualmente es capaz de captar la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos penales, pudiendo considerarse aquella grabación, con las debidas cautelas (por ejemplo, sentencia 190/1992, fundamento jurídico 3., respecto de las grabaciones magnetofónicas), como medio de prueba por los órganos judiciales.

Pero, si cabe aceptar lo anterior, por el contrario no puede apreciarse que, en el presente caso y atendidas las circunstancias concurrentes, la grabación de la actividad de quienes trataban de extender y hacer publicidad de la huelga fuera una medida imprescindible y justificada desde la perspectiva de la proporcionalidad, no ya en el sentido genérico de la proporcionalidad que, según el art. 5.2 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe presidir toda actuación policial, sino en el sentido específico propio del juicio de constitucionalidad relativo a la que hemos denominado proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental (por todas, sentencia 28/1983).

En efecto, debe partirse una vez más de la constatación de que las actividades de propagación y publicidad de la huelga se desarrollaron en todo momento de forma pacífica, dentro del marco legal, con la más absoluta normalidad y sin que se produjera ningún hecho que pudiera considerarse delictivo. El dato de que la huelga convocada fuese una huelga general -sobre cuya licitud constitucional ya se ha pronunciado este Tribunal (sentencia 36/1993, fundamento jurídico 3.)- no modifica la constatación precedente, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas alteraciones del orden en otros puntos de la ciudad no han sido probadas. En estas circunstancias, la decisión de filmar la actividad del piquete informativo como medida preventiva, aunque constitucionalmente posible en principio, debe resultar especialmente justificada, sobre todo atendiendo a las garantías concretas aplicadas para evitar efectos no estrictamente necesarios o desproporcionados.

Pues bien, estas garantías, hemos reiterado, no se dieron de modo suficiente en el presente supuesto: en primer lugar, porque, a pesar de la solicitud de los miembros del piquete, no se justificó la medida, siendo así que, según tiene declarado este Tribunal, «la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó» (sentencia 52/1995, fundamento jurídico 5.). En segundo lugar, no se aceptó como posible medida alternativa la identificación personal ofrecida por los participantes en la acción de dar publicidad a la huelga. Por otro lado, no se aportan datos que permitan concluir que dada la ausencia de peligro claro, actual o inminente de producción de violencia o coacción, y, más en general, de desórdenes que arriesgaran el ejercicio de derechos y libertades, fuese insuficiente la presencia de importantes efectivos de las fuerzas de orden público (los órganos judiciales declaran probado que estaban presentes varios coches patrulla de la Ertzaintza frente a algo más de cincuenta miembros del piquete) y, por el contrario, que resultara imprescindible para conseguir la anterior finalidad la filmación ininterrumpida y constante de toda la actividad pacífica de extensión y

publicidad de la huelga. Finalmente, y de modo muy especial, hay que insistir en que se constata la desproporción de la medida si se tiene en cuenta su especial incidencia disuasora y, en consecuencia, limitadora del derecho de huelga, derivada de la inexistencia en aquel momento de específicas previsiones legales sobre los supuestos y procedimientos para llevar a cabo filmaciones, singularmente importantes en materia de conservación, puesta a disposición judicial y derechos de acceso y cancelación de las grabaciones, al margen de las previsiones generales contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (referencia a esta Ley Orgánica pueden encontrarse en las Sentencias 254/1993, fundamento jurídico 9. y 143/1994, fundamento jurídico 7.).

9. Ciertamente, la filmación no produjo una ablación total del derecho de huelga, sino una simple restricción de su ejercicio. No obstante, atendiendo a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que en estos supuestos, en los que un derecho fundamental cuyo ejercicio no está constitucionalmente supeditado a ninguna comunicación previa se ve limitado por una actuación policial preventiva, rige el criterio interpretativo de favor libertatis (sentencia 66/1995, fundamento jurídico 3.), debe concluirse que la captación ininterrumpida de imágenes fue una medida desproporcionada para conseguir la finalidad que se pretendía con la misma. Así parece aceptarlo la Sentencia del Juzgado de lo Social cuando habla del «excesivo celo y rigor» y de la «clara desconfianza» hacia los piquetes que manifiesta la adopción de esta medida, que desconoce «su razón de ser (...) y (...) sus límites». Pero ni esta Sentencia, ni tampoco la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, realizaron una adecuada ponderación entre el derecho de huelga y la necesidad de prevenir situaciones de desorden y contrarias a otros derechos y libertades, toda vez que, como se viene razonando, existían medidas menos restrictivas para el derecho fundamental de huelga y a la vez idóneas para asegurar la evitación de desordenes y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Todo lo anteriormente expuesto conduce al otorgamiento del amparo.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por el Sindicato Langile Abertzaleen Batzordeak (L.A.B.) y, en consecuencia:

1. Reconocer que se han lesionado los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga (art. 28.1 y 2 C.E.) del Sindicato recurrente.
2. Restablecer en su derecho, y, a este fin, declarar la nulidad de las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, de 14 de marzo de 1994, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 20 de octubre de 1994, en la medida en que no han reparado aquella lesión.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

C) Remision: ver en tratados internacionales la referencia a STC 170/2008, de 15 de diciembre de 2008 que permite límites por motivos no señalados en el artículo 21 CE con apoyo del CEDH. Resarcimiento del derecho

2. Derecho de asociación

En el ámbito de este derecho, se ha optado por un análisis particular de la legislación estatal. El mismo permite, en general: observar cómo una ley estatal regula elementos típicos de una ley orgánica: cuestiones de titularidad, contenido del derecho, en particular delimitando las facultades y derechos que implica tanto para la asociación como para el asociado. También se encuentra en esta ley, y al amparo de la constitución, posibles límites externos al derecho y las garantías para su reconocimiento (por ejemplo, límites a denominación, disolución, etc.).

2. 1. RELACIÓN DE REGULACIÓN

Régimen general de asociaciones

Art. 22 CE

Ley 1/2002, reguladora del derecho de asociación

Decreto 1440/1965 sobre normas complementarias de la Ley de Asociaciones

Real Decreto sobre denominaciones de Asociaciones y sobre régimen jurídico de los promotores

Real Decreto sobre asociaciones de utilidad pública

Código Penal (arts. 510, 511, 515-521 y 539)

Extranjeros

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art.8)

Registro de asociaciones

Decreto sobre normas complementarias de la Ley de Asociaciones de 1964

Orden sobre el funcionamiento de los Registros de Asociaciones

Real Decreto sobre denominaciones de Asociaciones y sobre régimen jurídico de los promotores

Real Decreto sobre la inscripción registral de Asociaciones Juveniles

Asociaciones con ánimo de lucro

Real Decreto Legislativo 1564/1989, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas

Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Ley 27/1999, de Cooperativas

Real Decreto 1251/1999, sobre sociedades anónimas deportivas

Asimismo, hay abundante legislación autonómica.

2. 2. CÓDIGO PENAL

Observa el artículo 515, y considera la constitucionalidad y legalidad de una Asociación de Machistas Españoles (AME). O de una asociación Amigos Contra a los Blancos (ACB).

Artículo 515 (y siguientes).

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. *Modificada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.*

Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

Las organizaciones de carácter paramilitar.

Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

Las que promuevan el tráfico ilegal de personas. Añadido por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero

2. 3 .LEY ORGÁNICA DE ASOCIACIONES (EXTRACTOS)

- 1. Observa cuáles son las asociaciones de relevancia constitucional (Exposición de motivos, I).**
- 2. En la Exposición de motivos, II, observa las “dos facetas” de la protección del derecho de asociación. Ten en cuenta las mismas como contenido básico del derecho. ¿Se te ocurre un conflicto de una faceta “contra” la otra faceta?**
- 3. ¿En teoría, puede la Administración controlar materialmente la legalización de una asociación, en especial al gestionar los registros? (Exp. Motivos, V). Lee el artículo 30, y en particular el**

apartado 4º. Observa luego lo que se afirma en la sentencia 219/2001 que luego se incluye en los materiales.

4. Para la Exposición de motivos, cuáles los son los cuatro “elementos esenciales del contenido del derecho de asociación” (IX).
5. A la vista del texto de la ley, ¿es posible ser obligado a formar parte de una asociación? (art. 2).
6. Observa lo afirmado en el artículo 2. 5º. ¿Te suscita alguna duda de constitucionalidad? ¿Crees que una asociación de partidarios del franquismo, o del estalinismo obligatoriamente ha de ser “democrática” por cuanto a su organización interna”.
7. Puede recibir subvenciones una asociación de mujeres progresistas que sólo admita la entrada a mujeres, o una asociación de lesbianas (art. 4. 5º).
8. ¿A partir de qué momento tiene personalidad jurídica la asociación?, ¿es necesaria la inscripción para ello? (art. 5).
9. Quiero fundar la asociación “La Constitución es una basura intelectual”. Es posible desde el artículo 8 y el resto del ordenamiento jurídico? Cuándo podrían controlar dicha legalidad?
10. Para qué sirve la inscripción registral de la asociación (art. 10).
11. Siete socios de una asociación no registrada han contratado el alquiler del local de la asociación. Como el arrendatario no cobra, decide emprender acciones contra el socio más adinerado ¿actúa correctamente? ¿los otros seis socios tendrán alguna responsabilidad para con el socio más adinerado?
12. ¿Es posible que la asociación sólo permita ser miembro de los órganos de representación a los hombres, o a los hombres blancos? (art. 11 y 21).
13. En el terreno de la responsabilidad (art. 15), quiénes responden en general (decisiones, deudas, daños). Responden en todo caso?
14. Observa los derechos de los asociados del artículo 21 y considera si son derechos fundamentales.
15. Con unos colegas, quiero constituir la “Asociación de campaneros de España”, puedo hacerlo en el registro de mi Comunidad Autónoma? (arts. 25-26).
16. Garantías: ¿puede la Administración disolver una asociación?
17. Garantías: ¿puede disolverse judicialmente la asociación porque su nombre se considere que vulnera civilmente el derecho al honor de un colectivo, por ejemplo?
18. Soy miembro de una asociación, he sido expulsado, ante qué orden jurisdiccional puedo recurrir y por qué tipo de procedimiento. (recuerde parte general)
19. Pertenezco a la directiva de una Asociación, me han denegado el cambio de estatutos en el Registro autonómico, qué vías de recurso tengo?

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación Don Juan Carlos I, Rey de España.

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed:

Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, y de antigua tradición en nuestro constitucionalismo, constituye un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación, respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen.

Nuestra Constitución no es ajena a estas ideas y, partiendo del principio de libertad asociativa, contiene normas relativas a asociaciones de relevancia constitucional, como los partidos políticos (artículo 6), los sindicatos (artículos 7 y 28), las confesiones religiosas (artículo 16), las asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 51) y las organizaciones profesionales (artículo 52), y de una forma general define, en su artículo 22, los principios comunes a todas las asociaciones, eliminando el sistema de control preventivo, contenido en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y posibilitando su ejercicio.

...

III

El derecho de asociación proyecta su protección desde una doble perspectiva; por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social, y, por otro lado, como capacidad de las propias asociaciones para su funcionamiento.

La Ley, a lo largo de su articulado y sistemáticamente ubicadas, expresamente desarrolla las dos facetas.

En cuanto a la primera, aparecen los aspectos positivos, como la libertad y la voluntariedad en la constitución de las asociaciones, paralelamente a la contemplación de la titularidad del derecho a constituir asociaciones, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente, y los derechos inherentes a la condición de asociado; y los negativos, que implican que nadie pueda ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en su seno.

La segunda recoge la capacidad de las asociaciones para inscribirse en el Registro correspondiente; para establecer su propia organización en el marco de la Ley; para la realización de actividades dirigidas al cumplimiento de sus fines en el marco de la legislación sectorial específica; y, finalmente, para no sufrir interferencia alguna de las Administraciones, como tan rotundamente plasma el apartado 4 del artículo 22 de la Constitución, salvo la que pudiera venir determinada por la concurrencia de otros valores, derechos o libertades constitucionales que deban ser objeto de protección al mismo tiempo y nivel que el derecho de asociación.

IV

La creciente importancia que las asociaciones tienen en el tráfico jurídico aconseja, como garantía de quienes entren en dicho tráfico, que la Ley tome como punto de referencia -en relación con su régimen de responsabilidad- el momento en que se produce la inscripción en el Registro correspondiente.

Esta misma garantía hace necesaria la regulación de extremos importantes en el tráfico jurídico, como son el contenido del acta fundacional y de los estatutos, la modificación, disolución y liquidación de las asociaciones, sus obligaciones documentales y contables, y la publicidad de la identidad de los miembros de los órganos de dirección y administración.

La consecuencia de la inscripción en el Registro será la separación entre el patrimonio de la asociación y el patrimonio de los asociados, sin perjuicio de la existencia, y posibilidad de exigencia, de la responsabilidad de aquéllos que, con sus actos u omisiones, causen a la asociación o a terceros daños o perjuicios.

V

Del contenido del artículo 22.3 de la Constitución se deriva que la Administración carece, al gestionar los Registros, de facultades que pudieran entrañar un control material de legalización o reconocimiento.

Por ello, se regula el procedimiento de inscripción en los límites constitucionales mencionados, estableciéndose la inscripción por silencio positivo en coherencia con el hecho de tratarse del ejercicio de un derecho fundamental.

VI

La presente Ley reconoce la importancia del fenómeno asociativo, como instrumento de integración en la sociedad y de participación en los asuntos públicos, ante el que los poderes públicos han de mantener un cuidadoso equilibrio, de un lado en garantía de la libertad asociativa, y de otro en protección de los derechos y libertades fundamentales que pudieran encontrarse afectados en el ejercicio de aquélla.

Resulta patente que las asociaciones desempeñen un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social, contribuyendo a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza, para lo cual la Ley contempla el otorgamiento de ayudas y subvenciones por parte de las diferentes Administraciones públicas conforme al marco legal y reglamentario de carácter general que las prevé, y al específico que en esa materia se regule legalmente en el futuro.

Por ello, se incluye un capítulo dedicado al fomento que incorpora, con modificaciones adjetivas, el régimen de las asociaciones de utilidad pública, recientemente actualizado, como instrumento dinamizador de la realización de actividades de interés general, lo que redundará decisivamente en beneficio de la colectividad.

No puede olvidarse, en este aspecto, el importante papel de los voluntarios, por lo que la Administración deberá tener en cuenta la existencia y actividad de los voluntarios en sus respectivas asociaciones, en los términos establecidos en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado.

VII

En el capítulo VII se contemplan las garantías jurisdiccionales, sin las cuales el ejercicio del derecho de asociación podría convertirse en una mera declaración de principios.

La aplicación de los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, correspondientes en cada orden jurisdiccional, no ofrece duda alguna, en todos aquellos aspectos que constituyen el contenido fundamental del derecho de asociación.

Asimismo, el apartado 4 del artículo 22 de la Constitución es objeto de desarrollo, estableciéndose las causas de suspensión y disolución judicial de las asociaciones; y, en cuanto a la tutela, en procedimiento ordinario, de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil, la Ley no modifica, en esencia, la situación preexistente, remitiéndose en cuanto a la competencia jurisdiccional a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

...

IX

La presente Ley, en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera, es claramente respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, que se contiene en la sentencia de 23 de julio de 1998, en cuanto a la reserva de ley orgánica, y en lo que se refiere al sistema de distribución competencial que se desprende de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Por ello, también se ha tenido en cuenta la legislación autonómica existente en materia de asociaciones.

El rango de Ley Orgánica, ex artículo 81.1 de la Constitución, alcanza, en los términos del apartado 1, de la disposición final primera, a los preceptos de la Ley considerados como elementos esenciales del contenido del derecho de asociación, que se manifiesta en cuatro dimensiones: en la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; en la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias exteriores; y en un conjunto de facultades de los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen.

El artículo 149.1.1 de la Constitución habilita al Estado para regular y garantizar el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para garantizar la igualdad de todos los españoles, y la presente ley concreta dicha habilitación, en el ejercicio del derecho de asociación, en los aspectos relativos a la definición del concepto legal de asociación, así como en el régimen jurídico externo de las asociaciones, aspectos todos ellos que requieren un tratamiento uniforme.

El segundo de los títulos competenciales que se manifiesta en la Ley es el previsto en el artículo 149.1.6 de la Constitución, en cuanto se refiere a la legislación procesal y que responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.

La definición y régimen de las asociaciones declaradas de utilidad pública estatal tiene como finalidad estimular la participación de las asociaciones en la realización de actividades de interés general, y por ello se dicta al amparo del artículo 149.1.14 de la Constitución.

Las restantes normas de la Ley son sólo de aplicación a las asociaciones de competencia estatal, competencia que alcanzará a todas aquellas asociaciones para las cuales las Comunidades Autónomas no ostenten competencias exclusivas, y, en su caso, a las asociaciones extranjeras.

En definitiva, con la presente Ley se pretende superar la vigente normativa preconstitucional tomando como criterios fundamentales la estructura democrática de las asociaciones y su ausencia de fines lucrativos, así como garantizar la participación de las personas en éstas, y la participación misma de las asociaciones en la vida social y política, desde un espíritu de libertad y pluralismo, reconociendo, a su vez, la importancia de las funciones que cumplen como agentes sociales de cambio y transformación social, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. La presente Ley Orgánica tiene por objeto desarrollar el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución y establecer aquellas normas de régimen jurídico de las asociaciones que corresponde dictar al Estado.

2. El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico.

3. Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales.

Las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se regirán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

4. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico.

Artículo 2. Contenido y principios.

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente para la consecución de fines lícitos.

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

4. La constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico.

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

6. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares, como medida de fomento y apoyo, siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

7. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

8. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

9. La condición de miembro de una determinada asociación no puede ser, en ningún caso, motivo de favor, de ventaja o de discriminación a ninguna persona por parte de los poderes públicos.

Artículo 3. Capacidad.

Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios:

a. Las personas físicas necesitan tener la capacidad de obrar y no estar sujetas a ninguna condición legal para el ejercicio del derecho.

b. Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

c. Los miembros de las Fuerzas Armadas o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación.

d. Los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales.

e. Las personas jurídicas de naturaleza asociativa requerirán el acuerdo expreso de su órgano competente, y las de naturaleza institucional, el acuerdo de su órgano rector.

f. Las asociaciones podrán constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes.

g. Las personas jurídico-públicas serán titulares del derecho de asociación en los términos del artículo 2.6 de la presente Ley, salvo que establezcan lo contrario sus normas constitutivas y reguladoras, a cuyo tenor habrá de atenerse, en todo caso, el ejercicio de aquél.

Artículo 4. Relaciones con la Administración.

1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la constitución y el desarrollo de las asociaciones que realicen actividades de interés general.

2. La Administración no podrá adoptar medidas preventivas o suspensivas que interfieran en la vida interna de las asociaciones.

3. El otorgamiento de ayudas o subvenciones públicas y, en su caso, el reconocimiento de otros beneficios legal o reglamentariamente previstos, estará condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en cada caso.

4. La Administración competente ofrecerá el asesoramiento y la información técnica de que disponga, cuando sea solicitada, por quienes acometan proyectos asociativos de interés general.

5. Los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

6. Los poderes públicos no facilitarán ayuda alguna, económica o de cualquier otro tipo, a aquellas asociaciones que con su actividad promuevan o justifiquen el odio o la violencia contra personas físicas o jurídicas, o enaltezcan o justifiquen por cualquier medio los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Se considerará, a estos efectos, que una asociación realiza las actividades previstas en el párrafo anterior, cuando alguno de los integrantes de sus órganos de representación, o cualesquier otro miembro activo, haya sido condenado por sentencia firme por pertenencia, actuación al servicio o colaboración con banda armada en tanto no haya cumplido completamente la condena, si no hubiese rechazado públicamente los fines y los medios de la organización terrorista a la que perteneció o con la que colaboró o apoyó o exaltó.

Asimismo, se considerará actividad de la asociación cualquier actuación realizada por los miembros de sus órganos de gobierno y de representación, o cualesquiera otros miembros activos, cuando hayan actuado en nombre, por cuenta o en representación de la asociación, aunque no constituya el fin o la actividad de la asociación en los términos descritos en sus Estatutos.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación penal y en el artículo 30.4 de la presente Ley.

CAPÍTULO II

Constitución de las asociaciones

Artículo 5. Acuerdo de constitución.

1. Las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación.

2. El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10.

3. Lo establecido en este artículo se aplicará también para la constitución de federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones.

Artículo 6. Acta fundacional.

1. El acta fundacional ha de contener:

a. El nombre y apellidos de los promotores de la asociación si son personas físicas, la denominación o razón social si son personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.

b. La voluntad de los promotores de constituir una asociación, los pactos que, en su caso, hubiesen establecido y la denominación de ésta.

c. Los Estatutos aprobados que regirán el funcionamiento de la asociación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.

d. Lugar y fecha de otorgamiento del acta, y firma de los promotores, o de sus representantes en el caso de personas jurídicas.

e. La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno.

2. Al acta fundacional habrá de acompañar, para el caso de personas jurídicas, una certificación del acuerdo válidamente adoptado por el órgano competente, en el que aparezca la voluntad de constituir la asociación y formar parte de ella y la designación de la persona física que la representará; y, en el caso de las personas físicas, la acreditación de su identidad. Cuando los otorgantes del acta actúen a través de representante, se acompañará a la misma la acreditación de su identidad.

Artículo 7. Estatutos.

1. Los Estatutos deberán contener los siguientes extremos:
 - a. La denominación.
 - b. El domicilio, así como el ámbito territorial en que haya de realizar principalmente sus actividades.
 - c. La duración, cuando la asociación no se constituya por tiempo indefinido.
 - d. Los fines y actividades de la asociación, descritos de forma precisa.
 - e. Los requisitos y modalidades de admisión y baja, sanción y separación de los asociados y, en su caso, las clases de éstos. Podrán incluir también las consecuencias del impago de las cuotas por parte de los asociados.
 - f. Los derechos y obligaciones de los asociados y, en su caso, de cada una de sus distintas modalidades.
 - g. Los criterios que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación.
 - h. Los órganos de gobierno y representación, su composición, reglas y procedimientos para la elección y sustitución de sus miembros, sus atribuciones, duración de los cargos, causas de su cese, la forma de deliberar, adoptar y ejecutar sus acuerdos y las personas o cargos con facultad para certificarlos y requisitos para que los citados órganos queden válidamente constituidos, así como la cantidad de asociados necesaria para poder convocar sesiones de los órganos de gobierno o de proponer asuntos en el orden del día.
 - i. El régimen de administración, contabilidad y documentación, así como la fecha de cierre del ejercicio asociativo.
 - j. El patrimonio inicial y los recursos económicos de los que se podrá hacer uso.
 - k. Causas de disolución y destino del patrimonio en tal supuesto, que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo de la entidad.
2. Los Estatutos también podrán contener cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los promotores consideren convenientes, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la asociación.
3. El contenido de los Estatutos no podrá ser contrario al ordenamiento jurídico.

Artículo 8. Denominación.

1. La denominación de las asociaciones no podrá incluir término o expresión que induzca a error o confusión sobre su propia identidad, o sobre la clase o naturaleza de la misma, en especial, mediante la adopción de palabras, conceptos o símbolos, acrónimos y similares propios de personas jurídicas diferentes, sean o no de naturaleza asociativa.

2. No serán admisibles las denominaciones que incluyan expresiones contrarias a las leyes o que puedan suponer vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

3. Tampoco podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro en el que proceda su inscripción, ni con cualquier otra persona jurídica pública o privada, ni con entidades preexistentes, sean o no de nacionalidad española, ni con personas físicas, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, ni con una marca registrada notoria, salvo que se solicite por el titular de la misma o con su consentimiento.

Artículo 9. Domicilio.

1. Las asociaciones que se constituyan con arreglo a la presente Ley tendrán su domicilio en España, en el lugar que establezcan sus Estatutos, que podrá ser el de la sede de su órgano de representación, o bien aquel donde desarrolle principalmente sus actividades.

2. Deberán tener domicilio en España, las asociaciones que desarrollen actividades principalmente dentro de su territorio.

3. Sin perjuicio de lo que disponga el ordenamiento comunitario, las asociaciones extranjeras para poder ejercer actividades en España, de forma estable o duradera, deberán establecer una delegación en territorio español.

Artículo 10. Inscripción en el Registro.

1. Las asociaciones reguladas en la presente Ley deberán inscribirse en el correspondiente Registro, a los solos efectos de publicidad.

2. La inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros.

3. Los promotores realizarán las actuaciones que sean precisas, a efectos de la inscripción, respondiendo en caso contrario de las consecuencias de la falta de la misma.

4. Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación.

CAPÍTULO III

Funcionamiento de las asociaciones

Artículo 11. Régimen de las asociaciones.

1. El régimen de las asociaciones, en lo que se refiere a su constitución e inscripción, se determinará por lo establecido en la presente Ley Orgánica y en las disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo.

2. En cuanto a su régimen interno, las asociaciones habrán de ajustar su funcionamiento a lo establecido en sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con las normas de la presente Ley Orgánica y con las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la misma.

3. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año.

4. Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Sólo podrán formar parte del órgano de representación los asociados.

Para ser miembro de los órganos de representación de una asociación, sin perjuicio de lo que establezcan sus respectivos Estatutos, serán requisitos indispensables: ser mayor de edad, estar en pleno uso de los derechos civiles y no estar incurso en los motivos de incompatibilidad establecidos en la legislación vigente.

5. En el caso de que los miembros de los órganos de representación puedan recibir retribuciones en función del cargo, deberán constar en los Estatutos y en las cuentas anuales aprobadas en asamblea.

Artículo 12. Régimen interno.

Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente:

a. Las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General.

b. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.3, la Asamblea General se convocará por el órgano de representación, con carácter extraordinario, cuando lo solicite un número de asociados no inferior al 10 %.

c. La Asamblea General se constituirá válidamente, previa convocatoria efectuada quince días antes de la reunión, cuando concurran a ella, presentes o representados, un tercio de los asociados, y su presidente y su secretario serán designados al inicio de la reunión.

d. Los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de las personas presentes o representadas, cuando los votos afirmativos superen a los negativos. No obstante, requerirán mayoría cualificada de las personas presentes o representadas, que resultará cuando los votos afirmativos superen la mitad, los acuerdos relativos a disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación.

Artículo 13. Régimen de actividades.

1. Las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades.

2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo.

Artículo 14. Obligaciones documentales y contables.

1. Las asociaciones han de disponer de una relación actualizada de sus asociados, llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación. Deberán llevar su contabilidad conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación.

2. Los asociados podrán acceder a toda la documentación que se relaciona en el apartado anterior, a través de los órganos de representación, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

3. Las cuentas de la asociación se aprobarán anualmente por la Asamblea General.

Artículo 15. Responsabilidad de las asociaciones inscritas.

1. Las asociaciones inscritas responden de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

2. Los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación.

3. Los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes.

4. Las personas a que se refiere el apartado anterior responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados.

5. Cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas.

6. La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales.

Artículo 16. Modificación de los Estatutos.

1. La modificación de los Estatutos que afecte al contenido previsto en el artículo 7 requerirá acuerdo adoptado por la Asamblea General convocada específicamente con tal objeto, deberá ser objeto de inscripción en el plazo de un mes y sólo producirá efectos, tanto para los asociados como para los terceros, desde que se haya procedido a su inscripción en el Registro de Asociaciones correspondiente, rigiendo para la misma el sentido del silencio previsto en el artículo 30.1 de la presente Ley.

Las restantes modificaciones producirán efectos para los asociados desde el momento de su adopción con arreglo a los procedimientos estatutarios, mientras que para los terceros será necesaria, además, la inscripción en el Registro correspondiente.

2. La inscripción de las modificaciones estatutarias se sujetará a los mismos requisitos que la inscripción de los Estatutos.

Artículo 17. Disolución.

1. Las asociaciones se disolverán por las causas previstas en los Estatutos y, en su defecto, por la voluntad de los asociados expresada en Asamblea General convocada al efecto, así como por las causas determinadas en el artículo 39 del Código Civil y por sentencia judicial firme.

2. En todos los supuestos de disolución deberá darse al patrimonio el destino previsto en los Estatutos.

Artículo 18. Liquidación de la asociación.

1. La disolución de la asociación abre el período de liquidación, hasta el fin del cual la entidad conservará su personalidad jurídica.

2. Los miembros del órgano de representación en el momento de la disolución se convierten en liquidadores, salvo que los Estatutos establezcan otra cosa o bien los designe la Asamblea General o el juez que, en su caso, acuerde la disolución.

3. Corresponde a los liquidadores:

- a. Velar por la integridad del patrimonio de la asociación.
- b. Concluir las operaciones pendientes y efectuar las nuevas, que sean precisas para la liquidación.
- c. Cobrar los créditos de la asociación.
- d. Liquidar el patrimonio y pagar a los acreedores.
- e. Aplicar los bienes sobrantes de la asociación a los fines previstos por los Estatutos.
- f. Solicitar la cancelación de los asientos en el Registro.

4. En caso de insolvencia de la asociación, el órgano de representación o, si es el caso, los liquidadores han de promover inmediatamente el oportuno procedimiento concursal ante el juez competente.

CAPÍTULO IV

Asociados

Artículo 19. Derecho a asociarse.

La integración en una asociación constituida es libre y voluntaria, debiendo ajustarse a lo establecido en los Estatutos.

Artículo 20. Sucesión en la condición de asociado.

La condición de asociado es intransmisible, salvo que los Estatutos dispongan otra cosa, por causa de muerte o a título gratuito.

Artículo 21. Derechos de los asociados.

Todo asociado ostenta los siguientes derechos:

a. A participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos.

b. A ser informado acerca de la composición de los órganos de gobierno y representación de la asociación, de su estado de cuentas y del desarrollo de su actividad.

c. A ser oído con carácter previo a la adopción de medidas disciplinarias contra él y a ser informado de los hechos que den lugar a tales medidas, debiendo ser motivado el acuerdo que, en su caso, imponga la sanción.

d. A impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los Estatutos.

Artículo 22. Deberes de los asociados.

Son deberes de los asociados:

a. Compartir las finalidades de la asociación y colaborar para la consecución de las mismas.

b. Pagar las cuotas, derramas y otras aportaciones que, con arreglo a los Estatutos, puedan corresponder a cada socio.

c. Cumplir el resto de obligaciones que resulten de las disposiciones estatutarias.

d. Acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de gobierno y representación de la asociación.

Artículo 23. Separación voluntaria.

1. Los asociados tienen derecho a separarse voluntariamente de la asociación en cualquier tiempo.

2. Los Estatutos podrán establecer que, en caso de separación voluntaria de un asociado, éste pueda percibir la participación patrimonial inicial u otras aportaciones económicas realizadas, sin incluir las cuotas de pertenencia a la asociación que hubiese abonado, con las condiciones, alcances y límites que se fijen en los Estatutos. Ello se entiende siempre que la reducción patrimonial no implique perjuicios a terceros.

CAPÍTULO V

Registros de asociaciones

Artículo 24. Derecho de inscripción.

El derecho de asociación incluye el derecho a la inscripción en el Registro de Asociaciones competente, que sólo podrá denegarse cuando no se reúnan los requisitos establecidos en la presente Ley Orgánica.

...

Artículo 29. Publicidad.

1. Los Registros de Asociaciones son públicos.

2. La publicidad se hará efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos depositados en los Registros o por medios informáticos o telemáticos que se ajustará a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

Artículo 30. Régimen jurídico de la inscripción.

1. El plazo de inscripción en el correspondiente Registro será, en todo caso, de tres meses desde la recepción de la solicitud en el órgano competente. Transcurrido el plazo de inscripción señalado en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender estimada la solicitud de inscripción.

La Administración procederá a la inscripción, limitando su actividad a la verificación del cumplimiento de los requisitos que han de reunir el acta fundacional y los Estatutos.

2. Cuando se adviertan defectos formales en la solicitud o en la documentación que la acompaña, o cuando la denominación coincida con otra inscrita o pueda inducir a error o confusión con ella, o cuando la denominación coincida con una marca registrada notoria salvo que se solicite por el titular de la misma o con su consentimiento, se suspenderá el plazo para proceder a la inscripción y se abrirá el correspondiente para la subsanación de los defectos advertidos.

3. Cuando la entidad solicitante no se encuentre incluida en el ámbito de aplicación de la presente Ley o no tenga naturaleza de asociación, la Administración, previa audiencia de la misma, denegará su inscripción en el correspondiente Registro de Asociaciones e indicará al solicitante cuál es el registro u órgano administrativo competente para inscribirla. La denegación será siempre motivada.

4. Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada.

5. En los supuestos de los apartados 2 y 3 de este artículo podrán interponerse los recursos procedentes ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el supuesto del apartado 4 ante el orden jurisdiccional penal.

...

CAPÍTULO VII

Garantías jurisdiccionales

Artículo 37. Tutela judicial.

El derecho de asociación regulado en esta Ley Orgánica será tutelado por los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales de la persona, correspondientes en cada orden jurisdiccional, y, en su caso, por el procedimiento de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica.

Artículo 38. Suspensión y disolución judicial.

1. Salvo los supuestos de disolución por voluntad de los asociados, las asociaciones sólo podrán ser suspendidas en sus actividades, o disueltas, por resolución motivada de la autoridad judicial competente.

2. La disolución de las asociaciones sólo podrá declararse en los siguientes casos:

a. Cuando tengan la condición de asociación ilícita, de acuerdo con las leyes penales.

b. Por las causas previstas en leyes especiales o en esta ley, o cuando se declare nula o disuelta por aplicación de la legislación civil.

3. En los procesos a que se refiere el apartado anterior, el órgano judicial competente, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la suspensión provisional de la asociación hasta que se dicte sentencia.

Artículo 39. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será competente en todas las cuestiones que se susciten en los procedimientos administrativos instruidos en aplicación de la presente Ley Orgánica, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 40. Orden jurisdiccional civil.

1. El orden jurisdiccional civil será competente, en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno.

2. Los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al ordenamiento jurídico, por los trámites del juicio que corresponda.

3. Los asociados podrán impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que estimen contrarios a los Estatutos dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. En tanto se resuelven las contiendas de orden interno que puedan suscitarse en las asociaciones, las solicitudes de constancia registral que se formulen sobre las cuestiones controvertidas sólo darán lugar a anotaciones provisionales.

Artículo 41. Comunicaciones.

Los Jueces y Tribunales ordenarán la inclusión en los correspondientes Registros de Asociaciones de las resoluciones judiciales que determinen:

a. La inscripción de las asociaciones.

b. La suspensión o disolución de las asociaciones inscritas.

c. La modificación de cualquiera de los extremos de los Estatutos de las asociaciones inscritas.

d. El cierre de cualquiera de sus establecimientos.

e. Cualesquiera otras resoluciones que afecten a actos susceptibles de inscripción registral.

...

2. 4. SENTENCIA 219/2001 (EL REGISTRO COMO POSIBLE CONTROL MATERIAL DE LA ASOCIACIÓN)

- 1. Observa cómo el tribunal señala que la inscripción es un deber de la administración y que no hacerlo o hacerlo mal puede ser lesión del derecho de asociación. FJ 5º**
- 2. Observa ya en FJ 6º en el significado de “a los solos efectos de publicidad” para el tribunal, en especial cuando dice “que la exigencia de publicidad registral no es ocasión para que la Administración realice un control material sobre las asociaciones”.**
- 3. Observa el matiz que se hizo cuando no se trató de un partido político. Crees ahora que es verdad en la inscripción cabe o no un control material por la administración.**
- 4. Qué es, pues, lo que permite controlar el Tribunal Constitucional en el registro de asociaciones.**

5. Teniendo presente lo que antecede podemos ya pasar a determinar si la denegación por la Administración de la inscripción de los Estatutos de la Hermandad [Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo] tras su modificación en 1990 ha lesionado el derecho de asociación que el art. 22 CE le reconoce, como pretende la recurrente, o si aquel acto administrativo se halla amparado por una justificación que puede considerarse constitucionalmente legítima, como ha alegado el Abogado del Estado.

A tal fin es conveniente destacar, en primer lugar, que el art. 22.3 CE establece, literalmente, que «las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad». Es cuestión indiscutida por las partes que la publicidad registral se extiende a las modificaciones estatutarias de la asociación. Máxime cuando, como ocurre en el presente caso, la modificación afecta a elementos tan esenciales como son el nombre y la composición subjetiva. Y es que sólo la continua correspondencia del Registro con la realidad permite cumplir el fin de publicidad a que se refiere el art. 22.3 CE.

Sentado lo anterior hay que precisar que la inscripción no es sólo una carga de la asociación ya creada, sino también una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Se trata, incluso, de una prestación administrativa cuya realización defectuosa puede resultar lesiva del derecho de asociación. En este sentido, ya en la sentencia 291/1993, de 18 de octubre, sobre la Unión Democrática de Guardias Civiles, FJ 2, tuvimos ocasión de declarar que la omisión de toda actividad administrativa ante una petición de inscripción lesionaba, por sí, el derecho de asociación (art. 22 CE) de quienes promovían aquella inscripción. Siguiendo la línea marcada en aquella Sentencia, debemos añadir ahora que no sólo la omisión administrativa, sino también una denegación de inscripción infundada o arbitraria, puede lesionar el derecho de asociación de la Hermandad. Este es, por lo demás, el criterio seguido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de junio de 1994, en relación con la inscripción de la Asociación de Usuarios de Viviendas Militares, y donde expresamente se daba continuidad a la doctrina de nuestra sentencia 291/1993. En el caso que nos ocupa no cabe discusión sobre la existencia de una restricción a la publicidad registral que pedía la Hermandad.

6. La doctrina de este Tribunal viene haciendo hincapié en que **la inscripción registral de las asociaciones es «a los solos efectos de publicidad», como expresamente enuncia el art. 22.3 CE.** De esta forma, en la sentencia 85/1986, de 25 de junio, sobre el Partido Comunista de Aragón, FJ 2, declaramos que la exigencia de publicidad registral no es ocasión para que la Administración realice un control material sobre las asociaciones, máxime en relación con un tipo de asociación, como es un partido político, que goza de protección constitucional reforzada. *Este mismo criterio lo reiteramos -con algún matiz- en la sentencia 291/1993, FJ 2, donde la asociación no era ya un partido político, sino la Unión Democrática de Guardias Civiles; añadimos entonces que de la interdicción del control material por la Administración no resulta que en todo caso sea obligatoria la inscripción registral. Siguiendo esta advertencia y atendiendo al texto del art. 22.3 CE hay que afirmar que la inscripción registral es debida en relación con las «asociaciones constituidas al amparo de este artículo». Por tanto, la denegación de la inscripción será lícita siempre que se refiera a una asociación no amparada por el art. 22 CE.*

[el resto de la sentencia analiza si la Hermandad era o no una asociación reivindicativa al punto de ser un sindicato militar, excluido por el artículo 28. 1 CE, esto es, controla materialmente si se trata de una asociación excluida por la Constitución.]...

8.

12. La exposición que precede es de suyo suficiente para estimar que la denegación por la Administración del acceso de las modificaciones estatutarias de la Hermandad recurrente al Registro de Asociaciones, a los fines del art. 22.3 CE, denegación posteriormente confirmada en vía judicial, carece de justificación constitucional. Y ello porque no puede en absoluto establecerse, en el momento de decidir sobre la inscripción postulada y a la vista de los estatutos presentados, que la Hermandad recurrente sea una asociación cuya inscripción pueda impedirse al amparo de la Constitución y, más concretamente, al amparo del art. 22 CE o del art. 28.1 CE.

2. 5. OBLIGACIÓN DE FORMAR PARTE DE ASOCIACIONES, COLEGIACIÓN OBLIGATORIA

La libre asociación, como todas las libertades, incluye el derecho de no formar parte de asociaciones. No obstante, como todas las libertades, es susceptible de limitaciones, al punto de que se pueden configurar obligaciones de formar parte de colegios profesionales. El siguiente extracto permite observar los criterios que se aplican a esta intervención en el derecho de asociación.

¿Basta de declaración de una profesión como colegial para poder imponer la obligación de formar parte de un Colegio profesional? ¿Qué exige el tribunal?

La doctrina básica sobre la materia es la STC 194/1998, de 1 de octubre:

“la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36» (STC 89/1989, de 11 de mayo, FJ 8), sin embargo, «el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 CE, deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el libre ejercicio profesional y de oficio (art. 35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio

profesional haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificado por la necesidad de un interés público» (STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4). Así, «la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser considerados por este Tribunal» (SSTC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4).”

Recientemente, el Tribunal Constitucional a diferencia de otros supuestos anteriores (ejemplo: médicos y profesores de educación física), considera que la colegiación obligatoria de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local no se presenta como un instrumento necesario para la ordenación de su actividad profesional, pues se trata de funcionarios públicos que ejercen su actividad exclusivamente en el ámbito de la Administración pública (STC 76/2003, de 23 de abril, FJ 7).

3. Partidos políticos y su procedimiento de ilegalización

Nos encontramos ante una de las asociaciones de relevancia constitucional más típicas –con los sindicatos-. Su régimen constitucional viene definido por el artículo 22 matizado y conformado por el artículo 6. El desarrollo legal de este derecho en España ha sido –y es- bastante deficiente. En primer lugar, un “dejar hacer” ha marcado la materia, en segundo lugar, con la ley de 2002, la cuestión del conflicto vasco y el partido HB, EH, EHAK, Batasuna, etc. ha absorbido y determinado la regulación normalizada de la materia. Lo cierto, es que salvo la cuestión de la declaración de no constitucionalidad de un partido político, muy conflictiva en todo caso, queda prácticamente sin regulación la materia.

En particular se va a observar el régimen general y el de ilegalización de partidos. El mismo habría de ser completado, necesariamente, con las ya diversas resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley, la continuidad de partidos ilegales y los criterios para determinarlo. Lo cierto es que la convulsión política en la materia no ayuda a analizar desde el estricto punto de vista jurídico la materia en España.

3.1. LEY ORGÁNICA 6/2002, DE PARTIDOS POLÍTICOS

- 1. ¿Crees que un extranjero puede crear un partido político en España?, ¿Y formar parte de él? Piensa en un extranjero que pueda votar y ser votado a las elecciones municipales. (art. 1).**
- 2. ¿En que momento adquiere un partido personalidad jurídica? (art. 3).**
- 3. El artículo 4. 2º permite la suspensión de la inscripción de un partido en razón del “Examen de los requisitos para la inscripción” (art. 5). ¿Crees que esta suspensión –para**

comprobar, por ejemplo, si el partido cae en ilícito penal-concuerta con la doctrina de que estos derechos (asociación, por ejemplo) no pueden ser sometidos a control previo?

4. ¿En virtud del artículo 6 y del artículo 9 crees que es posible el “Partido contra la democracia de España”? ¿y el “Partido nazifascista español”?
5. Observa los requisitos del artículo 7. ¿Consideras que aseguran la democraticidad de los partidos políticos?
6. Puede el Partido de las Mujeres de Europa, limitar el acceso a hombres, ¿y limitar el acceso a los cargos directivos? (art. 8).
7. Crees que un partido puede –como se señala en la prensa habitualmente- expulsar al día siguiente a un diputado o concejal tráfnsfuga, o tras saltar un escándalo de corrupción (art. 8. 3).
8. Los derechos del artículo 8, son derechos fundamentales, cuáles.
9. Observa las actividades que pueden llevar a la ilegalización de un partido (art. 9. 2) y las conductas que expresan tales actividades. (art. 9. 3). Crees que es constitucional obligar a todos los partidos condenar todo acto terrorista expresamente.
10. Observa los medios de comprobación de tales actividades (art. 9. 4).
11. En qué procedimientos judiciales puede declararse la disolución judicial? Y la suspensión?
12. Quiénes pueden instar la declaración de ilegalidad de un partido al Tribunal Supremo –sala 61- (art. 11)?
13. Observa los efectos de la disolución judicial, en particular el trámite de ejecución para que sea efectivo con relación a la continuidad o sucesión de un partido disuelto. Art. 12. 1. b. Subraya los elementos para la detección de dicha continuidad.
14. Quién puede incitar al Tribunal Supremo a considerar la continuidad del partido ilegal en una nueva forma? Art. 12. 3º

[...]

CAPÍTULO I

De la creación de los Partidos Políticos

Artículo 1. Libertad de creación y afiliación.

1. Los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica.
2. La afiliación a un partido político es libre y voluntaria. Nadie puede ser obligado a constituir un partido o a integrarse o a permanecer en el mismo.
3. Los partidos políticos podrán constituir e inscribir federaciones, confederaciones y uniones de partidos mediante el cumplimiento de lo previsto en el presente capítulo y previo acuerdo expreso de sus órganos competentes.

Artículo 2. Capacidad para constituir.

1. Los promotores de un partido político deben ser personas físicas, mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, no estén sujetos a ninguna condición legal para el ejercicio de los mismos y no hayan sido penalmente

condenados por asociación ilícita, o por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal. Esta última causa de incapacidad no afectará a quienes hayan sido judicialmente rehabilitados.

2. Los partidos políticos constituidos podrán establecer en sus estatutos la creación y reconocimiento de organizaciones juveniles.

Artículo 3. Constitución y personalidad jurídica.

1. El acuerdo de constitución habrá de formalizarse mediante acta fundacional, que deberá constar en documento público y contener, en todo caso, la identificación personal de los promotores, la denominación del partido que se propone constituir, los integrantes de los órganos directivos provisionales, el domicilio y los estatutos por los que habrá de regirse el partido que trata de constituirse.

La denominación de los partidos no podrá incluir términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas. Tampoco podrá coincidir, asemejarse o identificarse, aun fonéticamente, con la de ningún otro partido previamente inscrito en el Registro o declarado ilegal, disuelto o suspendido por decisión judicial, con la identificación de personas físicas, o con la denominación de entidades preexistentes o marcas registradas.

2. Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos que, a estos efectos, existirá en el Ministerio del Interior, previa presentación en aquel del acta fundacional suscrita por sus promotores, acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley Orgánica.

Artículo 4. Inscripción en el Registro.

1. Los promotores de los partidos políticos realizarán las actuaciones necesarias para su inscripción. Los promotores de partidos no inscritos responderán personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceros, cuando hubieren manifestado actuar en nombre del partido.

2. Dentro de los veinte días siguientes a la presentación de la documentación completa en el Registro de Partidos Políticos, el Ministerio del Interior procederá a practicar la inscripción del partido. Dicho plazo quedará, sin embargo, suspendido si se considera necesario iniciar alguno de los procedimientos previstos en el artículo siguiente.

3. Salvo en los casos de suspensión del plazo a que se refiere el apartado anterior, transcurridos los veinte días de que dispone el Ministerio del Interior, se entenderá producida la inscripción, que confiere la personalidad jurídica, hace pública la constitución y los estatutos del mismo, vincula a los poderes públicos, y es garantía tanto para los terceros que se relacionan con el partido como para sus propios miembros.

4. La inscripción en el Registro producirá efectos indefinidamente mientras no se anote en el mismo su suspensión o disolución, bien por notificación de la decisión acordada por el propio partido de acuerdo con las previsiones estatutarias, bien por ser declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 10 y, en cuanto al alcance y efectos de la suspensión, en el apartado 8 del artículo 11 de la presente Ley Orgánica.

Artículo 5. Examen de los requisitos para la inscripción.

1. Cuando se adviertan defectos formales en el acta fundacional o en la documentación que la acompaña, o cuando los proponentes carezcan de capacidad, el Ministerio del Interior lo pondrá en conocimiento de los interesados para que puedan

subsanan los defectos advertidos. En tal caso, el plazo de inscripción se suspenderá desde el momento de la notificación y se reanudará una vez que los mismos hayan sido debidamente corregidos.

2. Cuando de la documentación presentada se deduzcan indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido, el Ministerio del Interior lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, dentro del plazo de veinte días a que se refiere el artículo anterior, mediante resolución fundada que irá acompañada de los elementos probatorios disponibles para apreciar dichos indicios.

3. El Ministerio Fiscal, en el plazo de veinte días desde que reciba la comunicación a que se refiere el apartado anterior, optará, en función de que se consideren suficientes o no los indicios de ilicitud penal, por ejercer ante la jurisdicción penal las acciones que correspondan o por devolver la comunicación al Ministerio del Interior a los efectos de completar la inscripción.

4. La remisión de la comunicación al Ministerio Fiscal determinará la suspensión del plazo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, durante todo el tiempo que medie hasta la devolución por el mismo al Ministerio del Interior de la comunicación fundada en la no apreciación de motivos suficientes de ilicitud penal o hasta que el Juez Penal resuelva sobre la procedencia de la inscripción o, en su caso, como medida cautelar, sobre la reanudación provisional del plazo para la inscripción. Dicha remisión y la correspondiente suspensión del plazo para la inscripción serán inmediatamente notificadas a los promotores interesados.

5. Las actuaciones administrativas relacionadas con la inscripción del partido político podrán recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme a las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. Cuando se persiguiese la inscripción en el Registro de Partidos Políticos de un partido que pretenda continuar o suceder la actividad de otro declarado ilegal y disuelto, se actuará conforme a lo previsto en el artículo 12 de esta Ley Orgánica.

CAPÍTULO II

De la organización, funcionamiento y actividades de los Partidos Políticos

Artículo 6. Principios democrático y de legalidad.

Los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes.

Artículo 7. Organización y funcionamiento.

1. La estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos.

2. Sin perjuicio de su capacidad organizativa interna, los partidos deberán tener una asamblea general del conjunto de sus miembros, que podrán actuar directamente o por medio de compromisarios, y a la que corresponderá, en todo caso, en cuanto órgano superior de gobierno del partido, la adopción de los acuerdos más importantes del mismo, incluida su disolución.

3. Los órganos directivos de los partidos se determinarán en los estatutos y deberán ser provistos mediante sufragio libre y secreto.

4. Los estatutos o los reglamentos internos que los desarrollen, deberán fijar para los órganos colegiados un plazo de convocatoria suficiente de las reuniones para preparar los asuntos a debate, el número de miembros requerido para la inclusión de asuntos en el orden del día, unas reglas de deliberación que permitan el contraste de pareceres y la mayoría requerida para la adopción de acuerdos. Esta última será, por regla general, la mayoría simple de presentes o representados.

5. Los estatutos deberán prever, asimismo, procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos.

Artículo 8. Derechos y deberes de los afiliados.

1. Los miembros de los partidos políticos deben ser personas físicas, mayores de edad, y no tener limitada ni restringida su capacidad de obrar. Todos tendrán iguales derechos y deberes.

2. Los estatutos contendrán una relación detallada de los derechos de los afiliados, incluyendo, en todo caso, los siguientes:

A participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos.

A ser electores y elegibles para los cargos del mismo.

A ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica.

A impugnar los acuerdos de los órganos del partido que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos.

3. La expulsión y el resto de medidas sancionadoras que impliquen privación de derechos a los afiliados sólo podrán imponerse mediante procedimientos contradictorios, en los que se garantice a los afectados el derecho a ser informados de los hechos que den lugar a tales medidas, el derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de las mismas, el derecho a que el acuerdo que imponga una sanción sea motivado, y el derecho a formular, en su caso, recurso interno.

4. Los afiliados a un partido político cumplirán las obligaciones que resulten de las disposiciones estatutarias y, en todo caso, las siguientes:

a. Compartir las finalidades del partido y colaborar para la consecución de las mismas.

b. Respetar lo dispuesto en los estatutos y en las leyes.

c. Acatar y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos directivos del partido.

d. Abonar las cuotas y otras aportaciones que, con arreglo a los estatutos, puedan corresponder a cada uno.

Artículo 9. Actividad.

1. Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

a. Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

b. Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c. Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

3. Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

a. Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b. Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c. Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

d. Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e. Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f. Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g. Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h. Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i. Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

4. Para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las

resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos.

Serán igualmente tomadas en consideración las sanciones administrativas impuestas al partido político o a sus miembros y las condenas penales que hayan recaído sobre sus dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados, por delitos tipificados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, sin que se hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

CAPÍTULO III

De la disolución o suspensión judicial de los Partidos Políticos

Artículo 10. Disolución o suspensión judicial.

1. Además de por decisión de sus miembros, acordada por las causas y por los procedimientos previstos en sus estatutos, sólo procederá la disolución de un partido político o, en su caso, su suspensión, por decisión de la autoridad judicial competente y en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del presente artículo. La disolución surtirá efectos desde su anotación en el Registro de Partidos Políticos, previa notificación del propio partido o del órgano judicial que decrete la disolución.

2. La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes:

a. Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal.

b. Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica.

c. Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

3. La suspensión judicial de un partido político sólo procederá si así lo dispone el Código Penal. Podrá acordarse también como medida cautelar, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en los términos del apartado 8 del artículo 11 de la presente Ley Orgánica.

4. El supuesto previsto en el párrafo a) del apartado 2 del presente artículo será resuelto por el Juez competente en el orden jurisdiccional penal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal.

5. Los supuestos previstos en los párrafos b) y c) del apartado 2 de este artículo serán resueltos por la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo siguiente de la presente Ley Orgánica, que tendrá carácter preferente.

6. La eventual coincidencia en el tiempo de los procedimientos judiciales previstos en los anteriores apartados 4 y 5 de este artículo respecto de un mismo partido político no interferirá la continuación de ambos hasta su finalización, produciendo cada uno de ellos los correspondientes efectos. No podrá, por el contrario, acordarse la disolución voluntaria de un partido político cuando se haya iniciado un proceso de declaración judicial de ilegalidad del mismo por razón de uno u otro apartado o de ambos.

Artículo 11. Procedimiento.

1. Estén legitimados para instar la declaración de ilegalidad de un partido político y su consecuente disolución, en virtud de lo dispuesto en los párrafos b) y c) del apartado 2 del artículo anterior de esta Ley Orgánica, el Gobierno y el Ministerio Fiscal.

El Congreso de los Diputados o el Senado podrán instar al Gobierno que solicite la ilegalización de un partido político, quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros, por las causas recogidas en el artículo 9 de la presente Ley Orgánica. La tramitación de este acuerdo se ajustará al procedimiento establecido, respectivamente, por la Mesa del Congreso de los Diputados y del Senado.

2. La acción por la que se pretende la declaración a que se refiere el apartado anterior se iniciará mediante demanda presentada ante la Sala especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que se adjuntarán los documentos que acrediten la concurrencia de los motivos de ilegalidad.

3. La Sala procederá inmediatamente al emplazamiento del partido político afectado, dándole traslado de la demanda, para que pueda comparecer ante la misma en el plazo de ocho días. Una vez comparecido en debida forma o transcurrido el plazo correspondiente sin haberlo realizado, la Sala analizará la admisión inicial de la demanda pudiendo inadmitir la misma mediante auto si concurre alguna de las siguientes causas:

a. Que se hubiera interpuesto por persona no legitimada o no debidamente representada.

b. Que manifiestamente no se cumplan los requisitos sustantivos o de forma para su admisión.

c. Que la demanda carezca manifiestamente de fundamento.

La apreciación de la concurrencia de alguna de las causas indicadas se pondrá de manifiesto a las partes para que puedan formular alegaciones sobre la misma en el plazo común de diez días.

4. Una vez admitida la demanda se emplazará al demandado, si hubiere comparecido, para la contestación a la demanda por el plazo de veinte días.

5. Si las partes lo han propuesto en sus escritos de demanda o de contestación o la Sala lo considera necesario, se abrirá un período de prueba que se regirá en cuanto a sus plazos y sustanciación por las reglas que sobre este extremo se contienen en los capítulos V y VI del Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. Del conjunto de la prueba practicada se dará vista a las partes, que podrán formular alegaciones sobre las mismas por plazo sucesivo de veinte días, transcurridos los cuales, se hayan formalizado o no, el proceso quedará concluso para sentencia que deberá dictarse en veinte días.

7. La sentencia dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo, que podrá declarar la disolución del partido político o desestimar la demanda, no será objeto de recurso alguno sin perjuicio, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y será ejecutiva desde el momento de su notificación. Si se decreta la disolución, la Sala ordenará la cancelación de la correspondiente inscripción registral, y el fallo producirá los efectos que se determinan en el artículo siguiente de esta Ley Orgánica. Si se desestima la demanda, ésta sólo podrá volver a reiterarse si se presentan ante el Tribunal Supremo nuevos elementos de hecho, suficientes para realizar valoraciones sobre la actividad ilegal de un partido diferentes a las ya contenidas en la sentencia.

8. La Sala, durante la tramitación del proceso, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar cualquiera de las medidas cautelares previstas en la Ley de

Enjuiciamiento Civil conforme al procedimiento previsto en la misma. En particular, la Sala podrá acordar la suspensión cautelar de las actividades del partido hasta que se dicte sentencia, con el alcance y los efectos que estime oportunos para salvaguardar el interés general. En tal caso, la Sala ordenará la correspondiente anotación preventiva en el Registro de Partidos Políticos.

Artículo 12. Efectos de la disolución judicial.

1. La disolución judicial de un partido político producirá los efectos previstos en las leyes y, en particular, los siguientes:

a. Tras la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución, procederá el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto. El incumplimiento de esta disposición dará lugar a responsabilidad, conforme a lo establecido en el Código Penal.

b. Los actos ejecutados en fraude de ley o con abuso de personalidad jurídica no impedirán la debida aplicación de ésta. Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto.

c. La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario.

2. Corresponde a la Sala sentenciadora asegurar, en trámite de ejecución de sentencia, que se respeten y ejecuten todos los efectos previstos por las leyes para el supuesto de disolución de un partido político.

3. En particular, corresponderá a la Sala sentenciadora, previa audiencia de los interesados, declarar la improcedencia de la continuidad o sucesión de un partido disuelto a la que se refiere el párrafo b) del apartado 1, teniendo en cuenta para determinar la conexión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión en contraste con los datos y documentos obrantes en el proceso en el que se decretó la ilegalización y disolución. **Además de las partes de este proceso, podrán instar el pronunciamiento de la Sala sentenciadora el Ministerio del Interior y el Ministerio Fiscal**, en el supuesto de que se presente para su inscripción conforme a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de esta Ley Orgánica.

4. La Sala sentenciadora rechazará fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen abuso de la personalidad jurídica, fraude de ley o procesal.

CAPÍTULO IV

De la financiación de los Partidos Políticos

Artículo 13. Financiación.

1. La financiación de los partidos políticos se llevará a cabo de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos.

2. De conformidad con la misma y con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y con la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, los partidos políticos asumen las obligaciones formales y personales en relación con la acreditación de fines y cumplimiento de

requisitos previstos en la citada normativa en lo que se refiere al control de los fondos públicos que reciben.

...

3. 2. SENTENCIA DEL TEDH ASUNTO HERRI BATASUNA Y BATASUNA C. ESPAÑA, DE 30 DE JUNIO DE 2009

¿Qué considera el tribunal sobre la finalidad de la decisión de disolver Batasuna?

¿Qué condiciones fija el TEDH para que un partido propugne cambios constitucionales o legales? Y qué posibilidades de actuar contempla para que el estado evite acciones contra la democracia.

¿Qué parámetros y argumentos utiliza el TEDH para considerar necesaria la medida en una sociedad democrática?

62. El Gobierno justifica la disolución como un medio para evitar que los partidos políticos demandantes actúen contra el sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos al sostener la violencia y las actividades de la organización terrorista ETA. Sostiene que los demandantes constituyen una amenaza para los derechos humanos, la democracia y el pluralismo. Además, el Gobierno niega que con la disolución se busque eliminar el pluralismo político en España, y recuerda a título de ejemplo la coexistencia pacífica en territorio español de varios partidos políticos de carácter nacionalista o independentista que ejercen normalmente su actividad.

b) Apreciación del Tribunal

63. El Tribunal considera que no se ha demostrado por los demandantes que su disolución esté motivada por razones distintas de las esgrimidas por los tribunales internos. En efecto, el Tribunal no puede estar de acuerdo con el argumento de los demandantes referido a intención del Gobierno de excluir de todo debate a la izquierda independentista vasca por medio de la disolución. A este propósito, se adhiere a las observaciones del Gobierno expuestas en el párrafo precedente y recuerda que varios partidos políticos caracterizados como “separatistas” coexisten pacíficamente en diversas comunidades autónomas españolas.

79. Sin embargo, este Tribunal debe recordar igualmente que un partido político puede hacer campaña en favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones : (1) los medios utilizados al efecto deben ser desde todo punto de vista legales y democráticos; (2) el cambio propuesto debe ser en sí mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De lo que resulta necesariamente que un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia, o proponen un proyecto político que no respete una o varias reglas de la democracia o que persiga su destrucción y el desconocimiento de los derechos y libertades que ella reconoce, no puede prevalerse de la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos (ver, mutatis mutandis, Partido socialista y otros c. Turquía, ya citada, §§46 et 47, Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumanía, ya citada, § 46, Yazar y otros c. Turquía, n^{os} 22723/93, 22724/93 et 22725/93, § 49, CEDH 2002-11, y Refah Partisi y otros, ya citada, § 98).

81. Este Tribunal considera sin embargo que no puede exigirse del Estado que espere para intervenir, a que un partido político se apropie del poder y comience a poner en práctica un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia, adoptando medidas concretas dirigidas a realizar tal proyecto y aunque el peligro del mismo para la democracia esté suficientemente demostrado y sea inminente. El Tribunal acepta que cuando la presencia de un peligro tal sea determinada por los tribunales nacionales como resultado de un examen minucioso sujeto a un control europeo riguroso, un Estado debe poder “razonablemente impedir la realización de un (...) proyecto político, incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que conlleven un riesgo de comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país” (Refah Partisi ya citada, § 102).

83. En este sentido, el Tribunal recuerda que el adjetivo « necesaria », en el sentido del artículo 11 § 2, implica una «necesidad social imperiosa». Por ello, el examen de la cuestión de si la disolución de un partido político por riesgo de atentado a los principios democráticos responde a una “necesidad social imperiosa” (ver, por ejemplo, Partido socialista y otros, ya citada, § 49) deberá concentrarse sobre el punto de saber si existen indicios que muestren que el riesgo de daño a la democracia, siempre con la condición de que se acrediten, es suficiente y razonablemente próximo y sobre si los actos y discursos constituyen un todo que da una imagen neta de un modelo de sociedad concebido y propugnado por el partido, y que estaría en contradicción con la concepción de una “sociedad democrática” (Refah Partisi, ya citada, § 104).

86. En conjunto, como han puesto de manifiesto los tribunales internos, se trata de comportamientos muy próximos al apoyo explícito a la violencia y de ensalzamiento de personas verdaderamente ligadas al terrorismo. Así, estos elementos pueden ser vistos como incitadores de conflictos sociales entre los partidarios de los partidos demandantes y el resto de las formaciones políticas, en particular las del País vasco. Recuerda al respecto que los actos y discursos de los miembros y dirigentes de los partidos demandantes invocados por el Tribunal supremo no excluyen el recurso a la fuerza para realizar su designio. Por consiguiente, el Tribunal considera que los argumentos de los tribunales nacionales han justificado suficientemente que las confrontaciones crean el riesgo de provocar movimientos violentos en la sociedad que perturbarían el orden público, como ya ha ocurrido en el pasado.

90. En opinión del Tribunal, las constataciones del Tribunal supremo deben inscribirse en el contexto de la preocupación internacional por la condena de la apología del terrorismo, de la que son exponente en el plano europeo la decisión-marco relativa a la lucha contra el terrorismo aprobada por el Consejo de la Unión europea el 13 de junio de 2002, que contempla la incitación al terrorismo en su artículo 4; la posición común de la Unión europea de 27 de diciembre de 2001 relativa a la lucha contra el terrorismo, adoptada poco después de los atentados del 11 de septiembre que obliga a los Estados a tomar medidas para suprimir “el apoyo activo y pasivo» a las entidades y personas terroristas; y, en fin, la Resolución 1308 (2002) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a las restricciones que afectan a los partidos políticos en los Estados miembros del Consejo de Europa, así como el convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, que entró en vigor el 1 de junio de 2007, firmada pero no ratificada por España, que en su artículo 5 prevé la incriminación de la “provocación pública a la comisión de una infracción terrorista”. Además, este último reconoce en su artículo 10 la responsabilidad de las personas morales que participen en

las infracciones terroristas que figuran en el Convenio y en su artículo 9 penaliza la contribución a la comisión de una de estas infracciones.

Finalmente, decisión:

1. Dice que no ha habido violación del artículo 11 del Convenio;
2. Dice que no procede examinar separadamente las quejas que afectan al artículo 10 del Convenio.

4. Partidos políticos e imposición de candidaturas electorales equilibradas por sexos. Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008

- 1. ¿Considera el tribunal que estamos ante una medida de discriminación inversa?**
- 2. ¿Sobre qué sujetos incide la medida legislativa (FJ 3º)? Qué importancia crees que tiene la fijación de los sujetos (a la vista del FJ 5º) ¿Qué derechos se consideran comprometidos por la decisión legislativa? (FJ 3º)**
- 3. Qué papel juega el artículo 9. 2º CE para resolver la cuestión (FJ 4º).**
- 4. ¿Qué finalidad afirma el Tribunal Constitucional que tiene la medida legislativa? ¿Y qué análisis de la restricción hace el tribunal (FJ 5º)**
- 5. ¿Como justifica el tribunal la especial posibilidad de afectar a los partidos políticos y a sus derechos fundamentales? (FJ 5º) ¿Qué derecho-s de los partidos queda-n afectados? (FJ 5º) ¿Queda afectada la libertad de expresión y la ideológica? (FJ 6º)**
- 6. ¿Qué se afirma del feminismo radical? (FJ 6º).**
- 7. Qué señala el tribunal sobre que las listas equilibradas suponen la fragmentación del cuerpo electora, de una democracia corporativa por intereses parciales o categorías de personas? FJ 10º**

Fj 1º. La literalidad del nuevo art. 44 bis LOREG es la siguiente:

"1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico".

Por otro lado se añade un nuevo párrafo al apartado 2 del art. 187, redactado en los siguientes términos:

"Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes".

También se añade el siguiente nuevo párrafo al apartado 3 del art. 201:

"Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes".

La reforma de la disposición adicional primera de la Ley electoral consiste en la modificación de su apartado 2 al objeto de introducir el nuevo art. 44 bis LOREG entre los preceptos que serán aplicables a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas.

Por último se incorpora una nueva disposición transitoria séptima a la Ley electoral redactada en los siguientes términos:

"En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis sólo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente Ley".

2. [...]

Ahora bien, fuera de los mandatos genéricos en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, los convenios internacionales (a diferencia de otros textos internacionales a los que se refieren las partes y que pese a su indudable valor político no tienen cabida en el mandato del art. 10.2 CE) no se pronuncian, en principio, sobre los concretos instrumentos utilizables por los Estados para darles cumplimiento.

[...] reforma legislativa, [...]no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo. [...]

El punto de partida de nuestro análisis se sitúa en el hecho de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, esto es, de acuerdo con el art. 44.1 LOREG, exclusivamente a los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y a las agrupaciones de electores. No se trata, por tanto, en puridad, de una condición de elegibilidad/causa de inelegibilidad, por lo que no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual. Es una condición referida a partidos políticos y a agrupaciones de electores, esto es, a entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia.

El problema constitucional de fondo se plantea, por tanto y sobre todo, en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16 CE y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), principalmente, en la medida en que el aludido equilibrio también se exige de las agrupaciones de electores. En cualquier caso es evidente que esa dimensión igualitaria también concurre, porque es imprescindible en el contexto de una legislación que persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública; pero sólo lo hace como una perspectiva superpuesta a la principal, esto es, a la que atiende a la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana.

4. [...] Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. [...]

Pues bien, en particular del art. 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que la igualdad sustantiva no sólo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía.

5. Dicho lo anterior, al preguntarnos sobre la legitimidad constitucional de la condición impuesta a los partidos por el art. 44 bis LOREG, la respuesta, como razonaremos, ha de ser afirmativa, toda vez que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas por sus funciones constitucionales (STC 48/2003, de 12 de marzo), son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el art. 9.2 CE, precepto éste que dota de legitimidad a las configuraciones legislativas del estatuto jurídico de los partidos, o de sus actividades con relevancia pública, orientadas a la realización efectiva de un principio tan fundamental del orden constitucional como es el de la igualdad (arts. 1.1 y 14 CE). [...]

Así pues el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados.

Que los partidos políticos, dada "su doble condición de instrumentos de actualización del derecho subjetivo de asociación, por un lado y de cauces necesarios para el funcionamiento del sistema democrático, por otro" (STC 48/2003, de 12 de

marzo, FJ 5), coadyuven por imperativo legal -esto es, por mandato del legislador constitucionalmente habilitado para la definición acabada de su estatuto jurídico- a la realización de un objetivo previsto inequívocamente en el art. 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar reparos de legitimidad constitucional, como ahora veremos. Y es que, es su condición de instrumento para la participación política y de medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular (art. 6 CE) lo que cualifica su condición asociativa como partidos y los diferencia netamente de las demás asociaciones, de manera que es perfectamente legítimo que el legislador defina los términos del ejercicio de esas funciones y cometidos de modo que la voluntad popular a cuya formación y expresión concurren y la participación para la que son instrumento sean siempre el resultado del ejercicio de la libertad y de la igualdad "reales y efectivas" de los individuos, como expresamente demanda el art. 9.2 CE.

Es evidente que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que, por lo demás, en ésta como en sus demás actividades están sometidos a la Constitución y a la ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas). Esta nueva limitación del equilibrio por razón de sexo, pues, ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional.

La libertad de selección de candidatos por los partidos se ve ciertamente limitada en razón de todas estas exigencias. La que concretamente ahora estamos examinando también lo hace. Con todo, esa constricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales. En otras palabras, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE), que les confiere el legislador (expresamente apoderado por dicho artículo para efectuarla); legislador que goza de una amplia libertad de configuración (aunque no absoluta, claro está). La validez constitucional de estas medidas, como se acaba de decir, resulta clara. En primer lugar porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9.2, 14 y 23 CE). En segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que, por tanto, solo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo. En fin, porque es inocuo para los derechos fundamentales de quienes, siendo sus destinatarios, los partidos políticos, no son, por definición, titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo.

Respecto de la aducida vulneración del art. 6 CE en conexión con el art. 22 interesa señalar que aun cuando este Tribunal ha identificado cuatro facetas o dimensiones del derecho fundamental de asociación -libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas; y, como dimensión inter privados, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse (STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 3)-, el

motivo impugnatorio que ahora nos ocupa no se refiere propiamente a ninguna de ellas sino más bien a la libertad de actuación externa. Por lo que hace a los ámbitos señalados, habida cuenta de que la normativa cuestionada no atañe a la vertiente individual del derecho fundamental, debemos descartar que produzca intromisión en las dos primeras dimensiones, libertades positiva y negativa de asociación, ni tampoco en la denominada "dimensión inter privados" del derecho fundamental de asociación. Igualmente, como quiera que esa normativa no versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos políticos, tampoco existe vulneración alguna de la dimensión relativa a la libertad de organización y funcionamiento internos. [...]

6. Frente a lo afirmado en el recurso y en la cuestión, la normativa impugnada tampoco vulnera la libertad ideológica de los partidos políticos ni su libertad de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE]. No lo hace, en primer lugar, de la propia ideología feminista. Una norma como el art. 44 bis LOREG no hace innecesarios los partidos o idearios feministas, pero, a partir de ese precepto, es el propio art. 9.2 CE el que, una vez concretado en términos de Derecho positivo su mandato de efectividad, convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres. En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Cierto que un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art. 14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material tal como establece el 9.2 CE. [...]

En particular, no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugnen postulados que pudiéramos denominar "machistas" o "feministas". Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo.

De otro lado, tampoco padece la libertad ideológica de los partidos en general, es decir, de los que no hacen del feminismo el núcleo de su definición ideológica. Más precisamente, no desaparece el componente instrumental de esa libertad en que consiste su capacidad para incluir en sus candidaturas a quienes resulten más capacitados o idóneos para la oferta pública de su programa en la concurrencia electoral y, después, en su caso, para defender el programa del partido en el seno de las instituciones en las que hayan podido integrarse como representantes de la voluntad popular. Esa libertad de los partidos no es, como ya se ha dicho, absoluta o ilimitada, y también se ve condicionada por todos los requisitos jurídicos constitutivos de la capacidad electoral, entre otros, y para el caso de las elecciones generales, el de la nacionalidad, o por aquellos que, como el ahora examinado, no afectan a aquella capacidad individual, sino a los partidos y agrupaciones habilitados para la presentación de candidaturas, y entre los que se cuenta la exigencia de un número determinado de candidatos o cuanto implica el sistema de listas bloqueadas. [...]

10. Finalmente, en cuanto a la queja, que ha de entenderse referida al apartado 1 del art. 23 CE sobre la fragmentación del cuerpo electoral, no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías. Como ya hemos apuntado, el principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo. Pues bien, debemos añadir ahora que las previsiones de la disposición adicional segunda LOIMH no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y

elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo.

No cabe atender, pues, al argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano -"una e indivisible" para los Diputados recurrentes- la divisoria del sexo. Baste decir que el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él. Este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento. Las causas determinantes de la condición de elector no afectan, por tanto, a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido.

UNDÉCIMO. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTADES DE LA ENSEÑANZA

Nos encontramos ante un conjunto de derechos, libertades, principios y mandatos que bien podemos englobar en los genéricos “derecho a la educación” y “libertad de enseñanza”. Cabe adelantar que, por cuanto al derecho a la educación, se trata quizá del único derecho fundamental esencialmente prestacional. En palabras del tribunal: sentencia 86/85, de 10 de julio, FJ 3º, se afirma que “El derecho de todos a la educación ... incorpora junto a su contenido primario de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho”. Esta procura de efectividad es muy intensa y conectada con el derecho subjetivo mismo a la educación y lo cierto es que esta faceta social –prestacional no está bien configurada constitucionalmente en nuestro país.

En todo caso se incluye una selección de extractos sobre el derecho de educación y su problema competencial y a renglón seguido una de las más importantes sentencias de nuestra historia constitucional que asienta un cuadro bastante delimitado del tratamiento del derecho a la educación y, en especial, de las libertades de la enseñanza en nuestro país. Sobre estas bases, se acude a la legislación, incluida la reciente ley de educación de 2006.

La legislación que afecta a estos derechos y libertades es inabarcable, por cuanto queda afectado en los ámbitos estatal y autonómico, a la par de multiplicarse por su dimensión institucional y prestacional. Por cuanto al contenido constitucional, en esta unidad se fija la atención en los titulares y alcance del derecho, así como las vías de resolución por nuestro tribunal de los conflictos más típicos que se han dado.

1. Síntesis de regulación y esquema

1. 1. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y ESQUEMA

Debes tener claro este cuadro, por cuanto a la libre enseñanza al final de esta unidad, al punto de saber reproducirlo.

Artículos:

Art. 10.1 libre desarrollo personalidad.

Art. 16 libertad ideológica y religiosa.

Art. 20 libertad de cátedra y libertad científica.

Art. 27 todo.

Competencial (art. 81 indirecto, art. 149. 1. 1ª, 15ª, 30ª).

Contenidos, libertad de enseñanza:

“Libertad de enseñanza” (reconocida autónomamente en el art. 27. 1º), incluye:
La llamada “libertad académica” (por la LOU), que incluye:

Libertad de estudio (unida a artículo 16 del estudiante).

Libertad de cátedra del docente (art. 20. 1. c) muy condicionada por factores como: carácter público o privado del centro, habilitación personal que reúne para la docencia, alumnado que es objeto de su actividad y tipo de educación.

y la libertad de investigación (20. 1. b).

Libertad de creación de centros (art. 27. 6, diferente del art. 38 de creación de empresas), que incluye, a su vez: el derecho a establecimiento –o no- de ideario (art. 27.6º y 3º)

Libre elección de centro educativo público o privado (art. 27. 1º, en su caso 3º), sin perjuicio de que no esté garantizado su acceso a cargo de los poderes públicos.

Libre elección por padres (art. 27. 3º y 16) y, en su caso, por los alumnos (art. 16) de la educación conforme a sus convicciones.

Desde el punto de vista de los **sujetos**:

Alumnos: libertad de estudio (art. 16), derecho *y deber* a la educación. Derecho a educación conforme a sus convicciones (art. 16), libertad de elección de centro (también en dependencia de edad). Participación en la enseñanza y gestión (Art. 27. 5º y 7º). Obligación respeto ideario centro privado. La madurez y capacidad real de ejercicio de los derechos condicionan mucho su amplitud y posible convergencia con otros derechos (como los de los padres). ¿Derecho de huelga? ¿Derecho de acceso en igualdad de sexo?

Padres: derecho a educación de sus hijos conforme a sus convicciones (art. 27. 3º y art. 16), libertad de elección de centro (también en dependencia de edad hijo, art. 27). Participación en la enseñanza y gestión (Art. 27. 5º y 7º). Obligación respeto ideario centro privado.

Docentes: libertad académica (estudio, cátedra e investigación), neutralidad en centros públicos y respeto ideario centro. Participación en la enseñanza y gestión (Art. 27. 5º y 7º).

Centros educativos: privados: derecho de creación, dirección, gestión (art. 27. 6º), imponer o no ideario (art. 27. 6º y 3º). Autonomía (constitucional claro en el caso de Universidades, art. 27. 10º), obligación de neutralidad en los públicos. Obligación de respeto libertad de cátedra de profesores y de otros derechos de padres y alumnos.

Estado: distribución competencial, en todo caso, programación general de la enseñanza y neutralidad, inspección, obligación satisfacer prestacionalmente el derecho, garantía general del objeto de la educación y de la participación.

2. Tratamiento jurisprudencial

2. 1. FACULTADES CONTENIDAS EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Observa las facultades que comprende el derecho a la educación

A partir del texto constitucional y los tratados internacionales y su debida interpretación, el derecho a la educación implica el derecho a la escolarización en los diversos niveles, el derecho a recibir enseñanza religiosa, el derecho a recibir una enseñanza asequible (presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes), accesible (el derecho a elegir centro, el derecho de acceso y admisión, la eliminación de barreras materiales y asequibilidad efectiva a las enseñanzas acceso a sistema de becas y ayudas, gratuidad), aceptable (educación de calidad, ajustada al objeto constitucional de la educación y evitación del fracaso escolar) y adaptable. Asimismo cabe tener en cuenta el derecho a no ser discriminado, a ser evaluado objetivamente y con garantías, el derecho permanecer y progresar, a no ser sancionado arbitrariamente, al reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes; a recibir la educación en lengua comprensible, etc.), a ser informado y orientado así como el derecho a participar en la planificación de la enseñanza y en la gestión de los centros subvencionados con dinero público

(elaboración propia)

Dada “la estrecha conexión de todos estos preceptos, [los contenidos en el artículo 27 CE] derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicompresiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar.” (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º).

En la sentencia 86/85, de 10 de julio, FJ 3º, se señala que supone un derecho de prestación por cuanto incluye la gratuidad de la enseñanza básica, a la vez que es un derecho primario de libertad con una dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad.

El derecho a la educación, según se desprendía de la sentencia 5/81, de 13 de febrero, incluye el derecho a una educación con unas garantías mínimas de calidad (FJ 27º b));

así como la no arbitrariedad en las medidas disciplinarias educativas (FJ 28º).

A juicio del magistrado F. Tomás y Valiente, incluye “el derecho a una educación plural, regida por la libertad” (punto 4º),

al igual que el derecho a la elección de la educación religiosa, filosófica o moral que elijan los padres (punto 7º).

Para los magistrados J. Arozamena Sierra y F. Rubio Llorente se trata también del derecho a recibir una educación en condiciones de igualdad ex 14 y 149. 1.

En la sentencia 77/1985, de 27 de junio, se recuerda que el derecho a la educación incluye, también, el derecho de los alumnos a la estabilidad de los profesores (FJ 26º).

Igualmente, en esta sentencia se recuerda que el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados (FJ 4º).

En el auto 855/1987, de 8 de julio, FJ 2º se advierte que el derecho educación conlleva la articulación del procedimiento que haga posible las pruebas o exámenes.

Asimismo, en la sentencia 129/1989, de 17 de julio se considera que el derecho a la educación no incluye el derecho a la elección del turno de trabajo en una empresa privada.

En la sentencia 195/1989, de 27 de noviembre, FJ 3º, se señala que el derecho a la educación no incluye la prestación de los poderes públicos del derecho a recibir la educación en la lengua de preferencia de los padres,

en la sentencia 24/1994, de 24 de enero, FJ 1º se recuerda que el objeto de la educación (art. 27. 2 CE) forma parte del derecho a la educación que debe recibirse;

asimismo, en su FJ 2º se entiende que el derecho a la educación incluye el derecho y deber de la escolarización de los menores.

En la sentencia del catalán, 337/1994, de 23 de diciembre, en su FJ 11 se afirma que el derecho a la educación incluye el derecho a recibir la educación en una lengua que los alumnos puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten.

Por último, en el auto 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º, se asevera que el derecho a la educación incluye la facultad de elegir centro docente por los padres (no como exigencia prestacional al Estado),

así como el derecho a acceder al centro escolar elegido y su correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, y por ende, de no ser expulsado arbitrariamente.

no supone el derecho a un escrupuloso respeto de todas y cada una de las garantías procesales que puedan pertreñarse (en el ámbito de la expulsión)

Cabe no olvidar, no obstante, que, dada “la estrecha conexión de todos estos preceptos, [los contenidos en el artículo 27 CE] derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicompresiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar.” (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º).

2. 3. SENTENCIA TC 5/1981, DE 13 DE FEBRERO

Recurso de inconstitucionalidad sobre la antigua LOECE (Ley Orgánica 5/80, que establece el Estatuto de Centros Escolares (LOECE))

1. **A la vista del motivo primero de impugnación, fija el conflicto que analiza el tribunal.**
2. **Observa en que preceptos de la constitución ubica el Tribunal Constitucional a la “libertad de enseñanza” y sus derivaciones(FJ 7).. Observa y compara con lo afirmado en el punto 4 del voto particular. Sobre estas dos fuentes, observa ahora el esquema introducido al inicio de esta unidad sobre la libertad de enseñanza.**
3. **Observa los límites constitucionales que afirma el Tribunal de la libertad de creación de centros docentes. (FJ 7) Crees que la “unidad de España” es un límite, como señala el Tribunal.**
4. **Observa dónde ubica el tribunal en el texto constitucional el derecho a establecer un ideario educativo. (FJ 8).**
5. **Crees en general que el ejercicio de los derechos fundamentales pueden ser sometidos a “autorización previa”?. En este caso lo**

admite el tribunal (FJ 8º), sobre qué base. Recuerda ahora lo que se dijo sobre el derecho a emitir información y su carácter secundario e instrumental.

6. Observa en el punto 5 del voto particular lo relativo al derecho del artículo 27. 3 de la Constitución. En este punto, subraya la diferencia establecida entre “educación” y “enseñanza”.
7. Observa en el punto 6 de este vp. Cuáles son los “terrenos comunes” de la enseñanza pública y privada. Qué preceptos se considera de aplicación.
8. ¿Crees que el establecimiento de un ideario educativo por un centro docente puede quedar sometido a autorización previa? (FJ 8).
9. Subraya el principio afirmado en este punto 6 del vp. “a mayor financiación pública a centros docentes privados, habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar (profesores, padres y, en su caso, alumnos) en el control y gestión de la misma.” Tenlo en cuenta para cualquier cuestión de relaciones horizontales de derechos.
10. Observa el alcance del ideario educativo (FJ 8). ¿Va más allá de los aspectos religiosos y morales? Observa lo que afirma el voto particular en su punto 7º, crees que incluye el “carácter propio” los caracteres como de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes. Observa la relación de este derecho con el artículo 27. 3º Ce. Relaciona esto luego con la LOE y los conceptos de proyecto educativo y carácter propio.
11. Observa del punto 8 del voto particular, los requisitos en la fijación del ideario y la finalidad de éstos. Puede un centro cambiar de ideario. ¿Crees posible un derecho a la cláusula de conciencia de los profesores de centros privados?
12. A la vista del texto de la sentencia (FJ 8) ¿Condiciona el artículo 27. 2º el alcance posible del derecho al ideario educativo? Qué límites fija el punto 9 y 10 del voto al ideario educativo. Observa en particular lo afirmado respecto del artículo 27. 2. A la vista de ello, ¿crees posible en un centro musulmán que se afirme en el ideario educativo el seguimiento de la ley islámica? ¿Y en un centro católico es posible impartir una docencia que supedita la mujer al hombre?
13. Observa el conflicto de derechos constitucionales planteados en el FJ 9 de esta sentencia.
14. Quiénes son los titulares de la libertad de cátedra: ¿los catedráticos, los profesores de universidad, los profesores de universidad y de instituto, todos los profesores? (FJ 9)
15. ¿Es igual la libertad de cátedra de un catedrático de universidad y la de un profesor sustituto de escuela infantil?, qué factores dice el Tribunal Constitucional que modulan el ejercicio de esta libertad. (FJ 9)
16. ¿Es igual la libertad de cátedra en un centro público o privado? ¿Y en un centro privado con ideario educativo o sin él? (FJ 9)

17. **¿Qué es la neutralidad ideológica de los centros públicos para el Tribunal? (FJ 9)**
18. **¿En los centros privados, el ideario del centro limita la libertad de cátedra del docente? Le puede limitar de forma absoluta, es decir, ¿un profesor ateo tiene necesidad de hacer apología del catolicismo en un colegio religioso católico? ¿puede este profesor en clase negar aspectos esenciales de la doctrina católica? ¿puede el docente del centro privado ser expulsado por ser homosexual? ¿y por haberse divorciado? ¿Y por afirmar en el bar fuera del centro en una charla con alumnos que no cree nada en la religión del ideario del centro? (FJ 10 y 11). Observa lo que se afirma en los puntos 16, 17 y 18 del voto particular.**
19. **Según lo afirmado en el punto 19 del voto particular, ¿es posible exigir contractualmente al profesor de un centro privado religioso que renuncie a divorciarse mientras quiera ser profesor, o a ejercer la homosexualidad en su vida privada?**
20. **Observa el voto particular por cuanto a la libertad de cátedra (punto 11 y ss.). Fija la definición y objeto que se da de la misma (especialmente en pt. 12 vp). Observa en particular el carácter instrumental de esta libertad subrayado por Carl Schmitt.**
21. **¿Pueden los padres de un centro religioso discrepar del ideario, pueden ser expulsados sus hijos por hacerlo? (punto 20 y ss. voto particular, en especial, punto 22).**

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

(...)

Motivo primero.

5. En lo que el recurrente califica como «motivo primero» de su recurso se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 15, 18, y 34 de la Ley Orgánica 5/80, que establece el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) en cuanto que «al reconocer el derecho de los propietarios de los centros a establecer un ideario al que no señalan limitaciones en su alcance, por lo que pueda invadir y limitar la libertad ideológica y religiosa de los profesores y su derecho a la producción, creación de investigación literaria, artística, científica y técnica y la comunicación de sus resultados; puede invadir y limitar también los derechos de los padres de los alumnos reconocidos en la Constitución y la libertad ideológica de los alumnos». Se indica, en concreto, que los citados artículos de la LOECE infringen los artículos 16.1 y 2; 20.1 b), c) y 27.1 y 7 de la Constitución. En el desarrollo de la argumentación se insiste, sobre todo, en la contradicción entre el derecho a establecer un ideario y la libertad de cátedra (artículo 20.1 c) Constitución) argumentando de modo mucho más sumario en relación con las demás infracciones apuntadas.

[...]

6. [...]

La conexión lógica existente entre los preceptos impugnados obliga a examinar, en primer lugar, el artículo 34, en cuanto consagra el derecho de los titulares de centros privados de enseñanza a establecer un ideario educativo propio de los mismos; en segundo lugar el artículo 15, en cuanto que señala que el respeto a dicho ideario es límite de la libertad de enseñanza de los profesores y, por último, el artículo 18, en

cuanto que precisa que este ideario sirve también de límite a las actividades de las Asociaciones de Padres de Alumnos.

7.La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16.1 20.1. a). Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2.

En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1, de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador.

Aunque la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6) incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así, en tanto que ésta (artículo 20.4 Constitución) está limitada esencialmente por el respecto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tienen la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales y la muy importante, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.

Es claro, por último, que cuando en el ejercicio de esta libertad, se acomete la creación de centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas, se insertos por tanto en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad, como exige el apartado 2.º del artículo 27, hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, con las precisiones y matizaciones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel.

8.El derecho que el artículo 34 LOECE reconoce a los titulares de los centros privados para «establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución» forma parte de la libertad de creación de

centros, en cuanto equivale a la posibilidad de optar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (artículo 38) consagra.

Como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de éstos a establecer un ideario educativo propio se mueve dentro de los límites de aquella libertad ya aludidos de manera sumaria en el apartado anterior. Es precisamente la existencia de estos límites, la que hace indispensable que, como señala en su escritor el Abogado del Estado, el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley (art. 33) sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados, pues el establecimiento de ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación.

El derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centro docentes, tienen los límites necesarios de este derecho de libertad. No son límites que deriven de su carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, pues no hay esta relación de instrumentalidad necesaria aunque sí una indudable interacción. El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el artículo 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral.

Tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27. 2.º de la Constitución y en el artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etcétera, el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad. No se trata, pues, de un derecho ilimitado ni lo consagra como tal el artículo 34 de la LOECE, que explícitamente sitúa sus límites en el respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Este precepto sería efectivamente inconstitucional, como el recurrente pretende, si no señalase limitaciones al alcance del ideario, pero mediante esa referencia a los principios y declaraciones de la Constitución los establece de manera genérica y suficiente y no puede ser tachado de inconstitucionalidad.

9.La inadecuación del artículo 15 de la LOECE a la Constitución la fundamenta el recurrente en el argumento de que, al señalar el «respeto al ideario propio del centro» como límite de la libertad de enseñanza de los profesores, se subordina la libertad que a estos concede la Constitución al derecho que a los titulares de los centros otorga la Ley, sin procurar la necesaria articulación entre ambos. El análisis del argumento obliga a entrar en el de la libertad de cátedra que la Constitución proclama en el artículo 20.1.c).

Aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente «cátedras» y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable sólo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un

importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora.

Se trata, sin embargo, como en principio ocurre respecto de los demás derechos y libertades garantizados por la Constitución, de una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos, y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer término, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar.

En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tienen un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible. Libertad de cátedra es, en ese sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales.

Junto a este contenido puramente negativo, la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior que no es necesario analizar aquí. En los niveles inferiores, por el contrario, y de modo, en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo puesto que, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (artículo 27.5 y 8) y, de la otra y sobre todo, éste no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones.

En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la confesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.

10. En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, y en cuanto aquí interesa, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular. Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro. La libertad de cátedra del profesorado de estos centros están plena como la de los profesores de los centros públicos y ni el artículo 15 de la LOECE ni ningún otro precepto de esta Ley la violan al

imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario propio del centro.

Problema bien distinto es el que suscita la posible colisión entre el ejercicio de la libertad de enseñanza por el titular del centro al dotar a éste de un ideario propio y la libertad de enseñanza que, dentro de los límites de dicho ideario, y en desarrollo del artículo 27.1 de la Constitución concede la ley a los profesores de los centros privados. La enseñanza y sobre todo la enseñanza en los niveles regulados por la LOECE tiene exigencias propias que son incompatibles con una tendencia expansiva de cualquiera de estas dos libertades, cuya articulación recíproca será tanto más fácil cuanto mayor, conciencia se tenga de estas limitaciones que dimanen de su propio concepto.

La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente el centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sin sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo no resulten contrarios a aquél. La virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios.

La fórmula utilizada por el artículo 15 de la LOECE cuyo sentido es coincidente con el de las fórmulas adoptadas por los Tribunales Constitucionales de otros países europeos al resolver situaciones más o menos análogas, fórmulas a las que el propio recurrente se refiere en su escrito, no es por tanto contraria a la Constitución.

Es evidente que la diferencia de criterio entre el titular del centro y el profesor que en él presta sus servicios puede dar origen a conflictos cuya solución habrá de buscarse a través de la jurisdicción competente y, en último término y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas de este mismo Tribunal por la vía de amparo y no mediante el establecimiento apriorístico de una doctrina general.

11. Es también claro en el mismo orden de ideas, que las actividades o la conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado de ideario propio pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza que la LOECE (artículo 15) les otorga y, en consecuencia, como un motivo suficiente para romper la relación contractual entre el profesor y el centro. Sólo la jurisdicción competente y también, en último término, este mismo Tribunal a través del recurso de amparo, podrán resolver los conflictos que así se produzcan, pues aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, puedan hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada.

12. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 18 que el recurrente pretende en este «motivo primero» de su recurso, se apoya en la limitación que la existencia de un ideario propio impone a la participación de los padres de alumnos en el control y gestión del centro. Como es obvio, esta pretendida inconstitucionalidad se

daría sólo, de existir, en los centros privados sostenidos con fondos públicos, que son los únicos en los que, pudiendo estar dotados de un ideario propio, hay también un derecho constitucionalmente garantizado a los padres de alumnos para intervenir en su gestión y control «en los términos que la ley establezca».

La amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario, limitada sólo por la necesidad de respetar el «contenido esencial» del derecho garantizado (artículo 53.1) haría ya en sí misma imposible considerar esta regulación legal como no adecuada a la Constitución. A mayor abundamiento es claro, sin embargo, que al haber elegido libremente para sus hijos un centro con un ideario determinado están obligados a no pretender que el mismo siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con tal ideario; aunque sí puedan pretender legítimamente que se adopten decisiones que, como antes se indicaba respecto de la libertad de enseñanza que la ley otorga a los profesores de este género de centros, no puedan juzgarse, con arreglo a un criterio serio y objetivo, contrarias al ideario.

[...]

Voto particular Sentencia TC 5/1981

VOTO PARTICULAR sobre el Motivo primero de la sentencia formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas.

[...]

4. Antes de analizar los artículos de la LOECE impugnados, es necesario trazar el marco de referencia dentro del cual habrá que insertarlos.

Al decir en el inciso segundo del artículo 27.1 que «se reconoce la libertad de enseñanza», la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural, regido por la libertad. Se trata, pues, de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los «valores superiores» de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo (artículo 1.1 CE).

El reconocimiento constitucional del principio de libertad de enseñanza tiene sus más importantes concreciones en los preceptos siguientes:

a) El 27.6 CE en el cual «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes». Esta es la manifestación primaria de la libertad de enseñanza. Su reconocimiento implica la inexistencia de un monopolio estatal docente y, en sentido positivo, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado. Como se ha escrito recientemente en Francia a este respecto «la libertad de enseñanza es una fórmula de equilibrio. Significa que ni el Estado ni otra colectividad, religiosa por ejemplo, domina imperiosamente a la juventud. Significa también, que el padre de familia no se encuentra desposeído de los derechos que posee por la naturaleza misma de las cosas sobre la formación del espíritu de sus hijos».

b) El artículo 20.1.c) de la Constitución en el cual se establece la libertad de cátedra, equívocamente denominada por el legislador ordinario «libertad de enseñanza» en el artículo 15 de la LOECE. Por ser el principio de la libertad de enseñanza, colocado en el frontispicio del artículo 27, una invocación a la ordenación del sistema educativo bajo el signo de la libertad y del pluralismo, impone la necesidad de que se interpreten dentro del marco general del artículo 27 aquellos preceptos

constitucionales que recogen derechos, como éste, cuyo ámbito natural de ejercicio es la institución docente.

c) El artículo 23 de la LOECE que garantiza el pluralismo ideológico interno de los centros docentes públicos.

Por esta triple vía se persigue como objetivo el pluralismo educativo, que ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en su sentencia de 7 de diciembre de 1976, como «esencial para la preservación de la sociedad democrática».

5. Tanto con el artículo 27.1, como con el 27.6, ambos de la Constitución, como con el artículo 23 de la LOECE se trata de hacer realizable otro derecho fundamental recogido en nuestra Constitución: el que tienen los padres a que se dé a sus hijos una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3).

Merced al juego entre los citados preceptos, los padres podrán satisfacer su derecho reconocido en el 27.3 tanto a través de la escuela pública, gracias a una instrucción no orientada ideológicamente por el Estado, como por medio de las escuelas privadas, informadas cada una de ellas por una determinada ideología entre las cuales, en principio, podrá elegir cada ciudadano. Precisamente en función de este derecho fundamental del 27.3. CE, puede encontrar su justificación el derecho a establecer un ideario educativo en los centros docentes privados, punto importante sobre el que volveremos luego.

Con arreglo a diversos tratados, acuerdos y declaraciones internacionales que, según los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución, deben utilizarse para interpretar el derecho fundamental del artículo 27.3 de nuestra Constitución al que también ellos hacen referencia, este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, entendida ésta como la transmisión de conocimientos científicos y aquélla como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología. Por ello nuestra Constitución habla (artículo 27.3) de «formación religiosa y moral»; el artículo 26.3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del «tipo de educación»; los pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos (artículo 18.4) y de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 13.3) hablan de «educación religiosa y/o moral», expresión que aparece también en el artículo 5.1.b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960.

A nadie se le oculta la dificultad para distinguir lo que constituye enseñanza y lo que sea educación; pero aun siendo conscientes de tales obstáculos, importa señalar esa vinculación del derecho de los padres con el campo educativo, según los textos internacionales, pues ello ha de servir de base para ulteriores precisiones interpretativas en torno al «ideario educativo» de que tratan los artículos de la LOECE impugnados.

6. La concurrencia entre centros escolares creados por los poderes públicos (artículo 27.5 CE y título II LOECE) y Centros escolares privados (artículo 27.6 CE y título II LOECE) significa que nuestro sistema educativo (artículo 27.8 CE) está compuesto por instituciones escolares debidas a una u otra iniciativa, pero tendentes unas y otras a dar satisfacción a los derechos fundamentales y a los fines educativos señalados por la Constitución. Unas y otras instituciones escolares son convergentes y complementarias entre sí, noción esta reiteradamente subrayada por el TEDH.

Por ello la escuela privada no puede concebirse como un área de libertad de los particulares frente al Estado, no es «una escuela libre frente al Estado» (sentencia del Bundesverfassungsgericht de 14 de noviembre de 1969); entre ella y la escuela pública hay muchos terrenos comunes, como indica la Constitución en los párrafos 2, 5, 8, 7 y 9 del artículo 27 relativos estos dos últimos a la ayuda o sostenimiento financieros concedidos a centros docentes privados por los poderes públicos.

Pues bien, con relación a este último aspecto puede afirmarse en principio de que a mayor financiación pública a centros docentes privados, habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar (profesores, padres y, en su caso, alumnos) en el control y gestión de la misma. Este principio, que informa sin duda la Ley Debré, de 31 de diciembre de 1959, y que se refleja también, por ejemplo, en la famosa sentencia del TEDH sobre el caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968 al aproximar la escuela privada subvencionada más a la escuela pública que a la privada no subvencionada, se plasma en el párrafo 7 del artículo 27 de nuestra Constitución bajo la forma de la intervención no del Estado, pero sí de los ya citados protagonistas de la comunidad escolar en el control y gestión de la misma.

7. Los artículos 15, 18 y 34 de la LOECE imponen el respeto al ideario propio de un centro o reconocen el derecho a establecerlo, pero no dicen qué debe entenderse por «ideario educativo». Por otra parte esta expresión no se encuentra en nuestra legislación educativa preconstitucional, ni aparece en las leyes ni en la jurisprudencia constitucional de países insertos en la misma área cultural que España, por lo cual no puedo compartir la opinión expresada por la mayoría de este Tribunal en el párrafo 10 de los fundamentos jurídicos, de que la fórmula utilizada por el artículo 15 de la LOECE coincide en su sentido con el de las fórmulas adoptadas por los Tribunales Constitucionales de otros países europeos. Antes de declarar constitucionales o inconstitucionales los artículos citados e impugnados, es ineludible la necesidad de comprender y definir qué es el ideario educativo de un centro.

En Alemania se emplean expresiones como «tipos» de escuela («Art» en singular, artículo 7.5 de la Grundgesetz), o «Schurformen», o se habla de «Charakter» o «Peculiaridad» («Eligenart»), o del «cuño» («Ausprägung») o configuración («Gestaltung») de tales o cuales centros docentes. En Francia, desde la Ley Debré de 31 de diciembre de 1959 se utiliza, tomándola de su artículo 1, la expresión «caractère propre». Es de advertir que todos estos términos se usan con referencia a los centros o establecimientos (no a sus titulares o fundadores) y casi siempre como expresión de su caracterización ideológica o religiosa, matiz este que parece subrayado entre nosotros con la expresión «ideario».

El «ideario» de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualesquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro. Puesto que los padres tienen el derecho fundamental recogido en el artículo 27.3 de la Constitución, el ideario de cada centro docente privado cumple una función instrumental en relación con tal derecho, función que consiste en informar a los padres de qué tipo de educación moral y religiosa se imparte a los alumnos de este centro, para que aquéllos puedan escogerlo con pleno conocimiento de causa para sus hijos. Por eso los artículos 15 y 34 de la LOECE califican al ideario como «educativo», lo que significa que, igual que ocurre con el derecho de los padres regulado por el 27.3 CE y por los tratados internacionales citados, el ideario afecta positiva y directamente a la esfera educativa, en cuanto indica que sólo se dará en el centro una determinada formación moral y religiosa con exclusión de cualquier otra, pero sólo afecta a la esfera de la enseñanza de un modo negativo y limitativo, restringiendo la libertad de cátedra de los profesores en el sentido que luego veremos.

De este modo, la enseñanza, en cuanto que, por un lado está programada por los poderes públicos (artículo 27.5 CE) y por otra parte, se imparte bajo el respeto al derecho de libertad de cátedra de los profesores (artículo 20.1.c CE y artículo 15 LOECE, interpretados en los términos contenidos en las páginas siguientes) constituye un campo menos influido por los idearios educativos de los diversos centros que el terreno específicamente educativo y formativo. En este sentido se ha escrito recientemente en Francia que incluso en los centros asociados al Estado y dotados de un «caractère

propre», «la neutralidad continúa siendo la regla de la enseñanza en sí misma considerada. Es, pues, en las actividades educativas ajenas («étrangeres») a la escolaridad obligatoria y también en la atmósfera general del establecimiento, donde puede manifestarse el carácter propio (del centro)».

8. La formulación del ideario debe ser pública, sintética e inequívoca, para que pueda ser conocida y comprendida por los padres de los alumnos y por cualquier otra persona eventualmente interesada. Aunque la fijación del ideario es un derecho reconocido por el artículo 34 de la LOECE a los titulares de los centros privados, éstos no podrán alterarlo a su arbitrio, pues, una vez establecido, el ideario pasa a ser un elemento objetivo y propio de la institución escolar y su arbitraria modificación o sustitución por el titular conllevaría una conducta fraudulenta en relación con los padres, que habiendo elegido tal centro para la educación de sus hijos en función de o, al menos, con conocimiento de, un determinado ideario, vieran después sometidos a los alumnos a una educación ideológicamente diferente, y con los profesores que aceptaron trabajar en un centro cuya orientación ideológica no les pareció impedimento para incorporarse a él, pero tal vez no se sintieran en la misma disposición respecto a la nueva ideología del centro.

Así entendido, el ideario educativo de un centro debe ser permeable a las convicciones ideológicas de todos los sujetos protagonistas, junto con el titular, de la comunidad escolar: profesores, padres y, eventualmente, alumnos, quienes, siempre junto con aquél, deberán intervenir en la toma de decisiones que impliquen la aplicación del ideario a situaciones concretas o que expresen la interpretación, acaso evolutiva, del mismo.

9. El artículo 34.1 de la LOECE dice que «se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución». El adjetivo «propio» tiene un significado ambiguo en esta frase, pues podría entenderse que está referido al centro o a su titular, pero inequívocas expresiones de los artículos 15 («ideario educativo propio del centro») y 18 («el ideario del centro») de la misma LOECE permiten corregir la ambigüedad del artículo 34. Entendido como ideario del centro, interpretada esta expresión en los términos expuestos en los párrafos precedentes, y habida cuenta de la explícita mención contenida en el artículo 34.1 respecto a los principios y declaraciones de la Constitución como límites infranqueables para cualquier ideario educativo, hay que concluir afirmando la constitucionalidad del derecho a establecer idearios educativos, y por consiguiente de la frase antes transcrita del artículo 34.1 de la LOECE.

Conviene, sin embargo, indicar que ese derecho, cuyos límites es necesario fijar, puede no ser ejercido por su titular y que en consecuencia puede haber centros privados sin ideario educativo pues el establecimiento de éste es un derecho (artículo 34.1 LOECE) pero en modo alguno un deber.

Al margen de eso es necesario afirmar que serán contrarios a la Constitución y, por consiguiente, nulos aquellos idearios que vulneren algún principio o declaración de nuestra norma suprema. Tiene razón el representante del Gobierno al afirmar que le parece difícilmente concebible una sentencia interpretativa de este Tribunal «que precise el alcance de los límites del derecho a establecer un ideario, porque siendo estos los generales de la Constitución, interpretar los mismos llevaría a la interminable tarea doctrinal de interpretar la Constitución en su integridad.

Sin embargo, hay algunos principios o declaraciones constitucionales que, por constituir los fundamentos de la regulación constitucional de nuestro sistema educativo, vinculan de manera directa y específica a los titulares de centros privados a la hora de establecer, si quieren hacer uso de la facultad que les confiere el artículo 34.1 LOECE, el ideario del centro. Es por ello pertinente mencionarlos aquí someramente.

10. El artículo 27.2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el «ideario educativo de la Constitución». Tal vez por reconocerlo así el legislador ordinario lo ha reproducido, aunque no literalmente, en el artículo 21 de la LOECE.

Pues bien, la primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana» del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del 27.2 son complementivos de aquellos otros del artículo 10.1 de la CE en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución.

Por imperativo del mismo precepto (artículo 27.2 CE) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado artículo 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento.

Uno de los principios fundamentales de la democracia es el de tolerancia. Sin duda por entenderlo así la LOECE lo ha recogido en su artículo 36.c, al incluir entre los derechos de los alumnos el de ser «educados en un espíritu de comprensión, tolerancia y convivencia democrática». Conviene, sin embargo, tener en cuenta que no será posible realizar este derecho de los alumnos si el mismo principio de tolerancia no informa todas las relaciones entre los diferentes componentes de la comunidad escolar, pues la coherencia de una labor educativa consiste en transmitir al educando aquello que los educadores practican. Por eso la Constitución exige el respeto a esos mismos -a todos ellos- principios constitucionales en relación con la creación y consiguiente organización de los centros privados (artículo 27.6 CE).

11. La libertad de cátedra es una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, entendida ésta como principio organizativo de nuestro sistema educativo. El artículo 20.1.c de la CE reconoce y protege el derecho «a la libertad de cátedra», recogiendo esta expresión, que ya había sido utilizada en nuestros anteriores textos constitucionales por el artículo 48 de la Constitución de 1931, donde con referencia a todos los «maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial» se reconocía y garantizaba «la libertad de cátedra». A ésta se refiere también sin duda alguna el artículo 15 de la LOECE cuando, dentro de los límites allí establecidos, declara «garantizada la libertad de enseñanza» de «los profesores». Habría sido preferible que la expresión «libertad de enseñanza» se hubiera utilizado tan sólo en el sentido amplio del 27.1 CE; pero es lo cierto que dentro de nuestra tradición legislativa sobre temas educativos y de instrucción pública dicha locución se ha empleado con pluralidad de significados, en uno de los cuales ha equivalido a la libertad de los Profesores «de exponer y discutir lo que piensan» y ello en atención a que la ciencia «debe ser libre en sus manifestaciones, cualquiera que sea el encargado de enseñarla» (Decreto del Ministro de Fomento Manuel Ruiz Zorrilla de 21 de octubre de 1868, «Colección legislativa», tomo C, páginas 416-424).

Considero necesario matizar al menos la afirmación contenida en el párrafo II.9 de la Sentencia de que «tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior o, quizás más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente cátedras». Sin entrar en que eso pueda haber sido o no así en la tradición alemana, pues a la doctrina alemana se refiere inmediatamente el texto en cuestión, importa aclarar

que la tradición española al respecto es muy otra. La expresión «libertad de cátedra» aparece sólo en uno de nuestros textos constitucionales, el de 1931, cuyo artículo 48 la refiere, según he dicho a «los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial». En textos legales anteriores como el Decreto de 21 de octubre de 1868, el Real Decreto de 26 de febrero de 1868, la Real Orden circular de la misma fecha, y la Real Orden de 3 de marzo de 1875 no se habla de «libertad de cátedra» sino de libertad de enseñanza, locución ciertamente polisémica, pero equivalente en uno de sus sentidos, como ya he expuesto, a libertad de todo profesor o maestro, lo fuesen de la enseñanza oficial o de la privada. La tradición española (obviamente mucho más importante para nosotros que cualquier otra) se inicia en aquellos textos, se continúa en el artículo 48 de la Constitución de la II República y enlaza (aunque no sin interrupciones) con el artículo 20.1.c de la vigente Constitución.

12. Ya en algunos de los textos citados se apunta la doble vertiente de la libertad de cátedra, esto es, su aspecto de libertad personal y su faceta de garantía institucional.

Como «expresión fundamentalmente personal de libertad» significa que el Profesor puede expresar sin trabas su pensamiento en el centro escolar en cuanto esté cumpliendo desde la cátedra, entendida en sentido amplio como cualquier puesto docente, su actividad didáctica, o, eventualmente, a través del presupuesto de la docencia que es la investigación. La libertad de cátedra es en este sentido libertad individual ejercida en o desde la cátedra. La doctrina española actual es unánime al atribuir esta libertad a todo profesor, aunque es obvio que el grado de amplitud de la misma dependerá, entre otras muchas circunstancias cuyo análisis no es aquí pertinente, del título administrativo docente que se posea y del puesto que se desempeñe.

Pero además, y aún antes, según algunos autores, la libertad de cátedra es una garantía institucional en el sentido que dio a este concepto Carl Schmitt, es decir, un derecho marcadamente público, cuyo contenido está orientado de modo directo en beneficio de la sociedad y, en este caso, en defensa concretamente de la libertad de la ciencia. Con ella el Estado, en cuanto «Estado de cultura», trata de garantizar el libre cultivo de la ciencia y su libre transmisión por vía docente en todos los grados e instituciones del sistema educativo, aun cuando en atención a unos y otros hayan de tenerse en cuenta distintas matizaciones y condicionamientos. Es este aspecto institucional de la libertad de cátedra el que la configura no sólo como un derecho individual de libertad esgrimida frente a los poderes públicos, sino como un bien jurídico cuya protección será exigible a los poderes públicos aun cuando la enseñanza se ejerza en centros privados.

13. Ninguna libertad es ilimitada. La integración de la libertad de cátedra dentro del marco del artículo 27 ha de hacerse respetando el régimen jurídico de sus limitaciones y garantías contenidas en los párrs. 2 y 4 del artículo 20 de la Constitución.

Esto implica, entre otros aspectos limitativos que no sería oportuno analizar aquí, que la libertad de cátedra está limitada por el respeto a los derechos contenidos en el Título I de la Constitución y a los preceptos de las leyes que los desarrollen; lo cual obliga, en la medida en que el derecho a establecer un ideario educativo (artículo 34.1 LOECE) es un complemento del derecho de los padres recogido en la Constitución (artículo 27.3), a concertar libertad de cátedra e ideario educativo y a interpretar en este sentido los términos del artículo 15 LOECE. Implica también el reconocimiento, como límite específico de aquella libertad, de «la protección de la juventud y de la infancia»; el grado de madurez personal de los destinatarios de la enseñanza y el nivel científico de los conocimientos que a ellos se han de transmitir condicionan la amplitud de la libertad que cada profesor puede ejercer; amplitud muy variable en relación con quienes enseñen en los centros escolares regulados por la Ley Orgánica 5/1980, ya que en ellos se comprenden desde los más elementales niveles de enseñanza, hasta los

cursos de Bachillerato y de Orientación Universitaria, más cercanos ya a la enseñanza universitaria, tanto porque en parte (el COU) sirven de preparación para ella, como porque con frecuencia los alumnos de BUP y de COU han superado el tope constitucional de la mayoría de edad (artículo 12 CE).

Pero si el artículo 20.4 exige que se tengan en cuenta las anteriores consideraciones limitativas de la libertad de cátedra, también es necesario observar que el 20.2 establece que el ejercicio de la libertad de cátedra «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa». Es cierto que esta garantía debe entenderse dirigida en principio a los poderes públicos. Pero también lo es que el legislador constituyente ha establecido aquí un rotundo y genérico «favor libertatis». Por ello cuando la libertad de cátedra haya de ejercerse dentro de un centro privado dotado de ideario educativo, el precepto del 20.2 ha de entenderse en el sentido de que, aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los dirigentes o titulares del centro respecto a la actividad docente de los profesores.

14. Sentadas las anteriores consideraciones interpretativas ¿es constitucional el artículo 15 LOECE al establecer que los profesores tienen garantizada su libertad de enseñanza «dentro del respeto a la Constitución, a las Leyes, al reglamento de régimen interior y, en su caso, al ideario educativo propio del centro»?

Que han de respetar la Constitución es obvio. Que han de respetar «las leyes» debe entenderse en el sentido expuesto en el párrafo anterior al glosar el artículo 20.4 de la Constitución. Más problemas encierra la obligación de respetar, en relación con el ejercicio de la libertad de cátedra, el reglamento de régimen interior y, si existe, el ideario del centro.

El artículo 53.1 de la CE establece la reserva de ley en favor de los derechos y libertades fundamentales al afirmar que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades». Por consiguiente, un simple reglamento de régimen interior en modo alguno puede contener normas que afecten al ejercicio de la libertad de cátedra, que es una de las libertades públicas a que se refiere el 53.1 y si las contuviera serían contrarias a la Constitución y, por ende, nulas. Un reglamento de régimen interior sólo puede albergar normas de organización interna, como las indicadas en el artículo 34.3 de la LOECE, o de funcionamiento (horarios, distribución del tiempo lectivo entre las diferentes materias programadas, fijación de reuniones para evaluaciones, etc.), pero nunca normas reguladoras del ejercicio de una libertad pública. Por ello, para salvar la constitucionalidad de la frase del artículo 15 LOECE alusiva «al reglamento de régimen interior» sólo cabe una interpretación posible: la de entender que el respeto al mismo significa el cumplimiento por parte de los Profesores de las normas de organización y funcionamiento que les afecten, pues es innegable que deben atenerse a ellas para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, pero sin que el reglamento pueda guardar relación con el ejercicio de la libertad de cátedra, so pena de inconstitucionalidad del mismo.

15. Falta analizar la referencia del artículo 15 LOECE al respeto de los Profesores al ideario. En este punto entran en concurrencia y eventualmente en colisión varios derechos por un lado, el derecho de los alumnos a ser educados en libertad y el de los profesores a la libertad de cátedra; por otro el derecho de los padres recogido en el artículo 27.3 de la Constitución, el derecho del 27.6 CE y en último término el derecho a establecer el ideario (artículo 34.1 LOECE), que no es, como los anteriores, un derecho constitucionalizado como fundamental, sino que está recogido tan sólo en una Ley Orgánica.

Ante esta concurrencia no es constitucional la tesis que supedita jerárquicamente uno de tales derechos fundamentales, la libertad de cátedra, a otros, como los del 27.3 y 27.6, que tienen igual rango y naturaleza, o al derecho del artículo 34.1 LOECE, que es de rango inferior. Tesis que en esencia es la del Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, donde reconoce a la libertad de cátedra sólo «un contenido mínimo» en los centros escolares dotados de ideario. Es admisible, y por lo tanto es constitucionalmente preferible, una interpretación que busque y fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible.

No hay una radical y rigurosa incompatibilidad entre la libertad de enseñanza (entendida como libertad para crear centros privados, artículo 27.6 CE) y libertad de cátedra, ni es cierto que ésta deba ceder siempre ante aquélla por tener la primera carácter institucional y ser la libertad de cátedra de tipo individual, pues como ya se ha expuesto la libertad de cátedra posee también el carácter de una garantía institucional.

La resolución del Conseil Constitutionnel francés de 23 de noviembre de 1977, en cuanto declara que el deber de discreción («Devoir de réserve») de los profesores respecto al carácter propio del centro no debe ser interpretado en el sentido de permitir un ataque contra la libertad de conciencia de aquéllos, evidencia un esfuerzo de conciliación entre los derechos de los profesores y los de los titulares de los centros. Este mismo espíritu de armonización, basado en la igualdad de rango entre las distintas libertades constitucionales amparadas bajo el principio organizativo de la libertad de enseñanza, nos lleva a afirmar la conciliabilidad entre todas ellas y la necesidad de interpretar restrictivamente las restricciones que en último término hayan de admitirse en detrimento de la libertad de cátedra en atención al artículo 20.4 de la CE y al 15 de la LOECE.

16. Así, pues, ¿en qué consiste el respeto al ideario según el artículo 15 LOECE? En este contexto «respeto» no debe entenderse como equivalente a «veneración» o a «acatamiento», sino, en una acepción igualmente correcta del vocablo, como «consideración» o «atención». De forma análoga a la expresión francesa «devoir de réserve», empleada en la Sentencia antes citada, por deber de respeto hay que entender el deber de discreción, de consideración y reserva que ha de informar la conducta profesional de aquellos profesores de un centro privado que no se sientan identificados con el ideario de tal centro.

Este deber de respeto no ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes, sino en favor del derecho fundamental de los padres recogido en el art. 27.3 de la Constitución. Sólo cuando un profesor pusiera en peligro, en uso de su libertad de cátedra el carácter ideológico propio del centro por medio de enseñanzas hostiles a su contenido axiológico podría decirse que violaba el debido respeto al ideario al influir en la formación religiosa y moral de sus alumnos en sentido contrario al que los padres eligieron para sus hijos cuando escogieron aquel centro.

No pueden, sin embargo, considerarse como vulneraciones al deber de respeto del artículo 15 LOECE las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga el profesor al filo de sus normales actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y de madurez de sus alumnos. El pleno y libre desarrollo de la personalidad de éstos (artículos 10.1 y 27.2 de la CE) se obtiene fomentando en ellos un espíritu crítico, que sólo es posible imbuirles si también los profesores hacen uso de él en sus explicaciones.

17. Temen los recurrentes que una interpretación amplia del deber de respeto incluido en el artículo 15 LOECE pudiera vulnerar el artículo 16.1 y 2 de la Constitución.

A tal efecto hay que entender que los profesores no incumplirían su deber de respeto si, en uso de su libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1 CE), se inhibieran o se negasen a colaborar en prácticas religiosas o en actividades ideológicas con las que ellos no se sintieran identificados a pesar de ser las peculiares del centro; con su discreta inhibición o con su negativa no se pone en peligro el carácter ideológico propio del centro, pues tales actividades podrían seguir siendo impartidas a los alumnos por otras personas que asumieran su contenido axiológico.

Otra posible vulneración constitucional temida por los recurrentes podría consistir, en relación con el artículo 16.2 de la Constitución, si se entendiera que, para asegurar el respeto al ideario contenido en el artículo 15 de la LOECE, los titulares o dirigentes del centro están capacitados para solicitar a los profesores, antes de y para ser contratados, una adhesión explícita al ideario del Centro. Pero esta interpretación amplísima del artículo 15 LOECE entiendo que debe ser rechazada. El contenido necesariamente ideológico propio de cualquier ideario educativo comporta que la simple invitación a prestar su adhesión a aquél implique una violación del artículo 16.2 de la Constitución por constituir una forma indirecta, pero coactiva por sus previsibles consecuencias laborales, de interrogatorio sobre la ideología, religión o creencias del Profesor de que se tratase.

18. Muestran asimismo su temor los recurrentes en cuanto que una interpretación extensiva del artículo 15 de la LOECE pudiera permitir que determinadas acciones lícitas de la vida extraescolar de los profesores fuesen consideradas por el titular o los dirigentes de un centro docente como causa de rescisión de sus contratos laborales por estimarlas contrarias al ideario educativo del centro. Pero tal supuesta interpretación extensiva del artículo 15 LOECE no sería, a mi juicio, constitucional. El respeto al ideario del centro sólo puede impedir a los profesores aquellas conductas docentes, ya analizadas aquí, que pongan en peligro el carácter ideológico de las actividades docentes de dicho centro. Pero el ejercicio de derechos fundamentales o libertades públicas, o las conductas llevadas a cabo al margen de la institución escolar, no pueden ser considerados como contrarios al ideario del centro, ni podrían ser causa justa de rescisión del contrato de cualquier profesor.

19. De modo semejante creo que hay que afirmar que el artículo 15 de la LOECE en modo alguno podría servir de cobertura legal a los titulares o dirigentes de algún centro escolar privado para que los profesores fuesen invitados por vía contractual a renunciar, en aras del respeto al ideario, a determinados derechos o libertades fundamentales, o a comprometerse a ejercer algunos de éstos (por ejemplo los de asociación o sindicación) en favor de una opción determinada o en detrimento de otras. Entiendo que una interpretación del artículo 15 de la LOECE que amparase tales conductas sería con toda evidencia contraria a la Constitución.

Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vide arts. 1.1; 9.2; 10.1 y 53 de la Constitución). Por ello pienso que sería nula de pleno derecho, no sólo en base a los artículos 6.3 y 1.255 del Código Civil; sino en virtud de los citados preceptos constitucionales, cualquier cláusula de un contrato laboral en la que el profesor se comprometiera a renunciar de antemano a ejercer en un sentido determinado cualquier derecho o libertad fundamental en atención al ideario del centro.

20. Muchas de las afirmaciones expuestas en los párrafos anteriores pueden servir, sin que sea oportuno retirarlas, para interpretar el artículo 18.2 de la LOECE en cuanto que impone a los padres el respeto al ideario del centro. Es de suponer, aunque la realidad española no permita afirmarlo así en términos absolutos, que los padres que envíen a sus hijos a un centro escolar dotado de ideario, estarán íntimamente

conformes con éste. Sea así o no en cada caso, es razonable exigirles el respeto al carácter ideológico del centro en términos semejantes a los antes indicados. No ha de considerarse incumplido este debido respeto porque los padres expongan, dentro de los cauces y órganos establecidos, críticas, objeciones o discrepancias a propósito de las actividades docentes o educativas del centro o incluso en relación con la interpretación de su ideario, pues el carácter objetivo de éste y en los casos contemplados en el artículo 27.7 de la Constitución, el derecho de los padres a participar activamente en el centro, debe permitirles expresar críticas incluso contra el ideario, siempre que las expongan en forma razonada y discreta, y con la intención de, como indica el mismo artículo 18.2.c de la LOECE, colaborar en la labor educativa del centro docente o de corregir lo que a su juicio constituyan errores en el funcionamiento del mismo. Por lo que concierne al respeto de los padres al reglamento de régimen interior del centro, deben darse por reproducidas aquí, en cuanto sea pertinente, las reflexiones expuestas en el párrafo 14 de este voto particular.

21. El derecho a establecer el ideario de un centro privado tampoco es absoluto, sino que ha de ceder en algunos casos en beneficio de derechos fundamentales, de rango superior al derecho recogido en el artículo 34.1 LOECE con los que entre en colisión.

El derecho que la Constitución garantiza a los padres (artículo 27.3) puede satisfacerse dentro de nuestro sistema educativo por dos vías que corresponden a los dos términos del binomio institucional (escuela pública, escuela privada) componentes de aquél. En los centros escolares públicos el ejercicio de ese derecho se satisfará en los términos del artículo 23 de la LOECE, que constituye la concreción normativa de la no confesionalidad del Estado (artículo 16.3 CE), de la libertad de enseñanza (artículo 27.3 CE), del pluralismo educativo (artículos 1.1 y 27.2) y del derecho del 27.3, siempre de la Constitución. Los centros públicos permiten, pues, ejercer este derecho a todos los padres, aunque algunos de ellos puedan considerar que lo hacen de un modo imperfecto o menos satisfactorio que un centro privado en el que se impartiera una educación más homogénea ideológicamente. Por el contrario, los centros privados dotados de ideario educativo satisfarán plenamente el derecho del 27.3 de aquellos padres que se sientan identificados con ese ideario, pero obviamente no el de aquellos padres que lo rechacen por motivos también ideológicos. Si dentro de un mismo marco o «habitat» de convivencia coexisten centros públicos y centros privados, dotados éstos de diferentes idearios, es claro que se dan allí las condiciones óptimas para que todos satisfagan el derecho recogido por la Constitución en el artículo 27.3. Entonces sí puede afirmarse que cada centro privado ofrece su ideario para que sea o no escogido por los padres ante una situación de concurrencia.

Ahora bien, si en un determinado marco de convivencia o hábitat (enclave rural, pueblo, barrio urbano, etc.), sólo hubiera centros privados dotados todos ellos de un mismo ideario, y no hubiera centros públicos, es evidente que aquellos padres que no compartieran ese ideario educativo (que ya no sería una oferta concurrente con otras, sino una imposición sin alternativas) no podrían ejercer de forma «real y efectiva» (artículo 9.2 de la Constitución) el derecho que les reconoce la Constitución en el artículo 27.3.

Si tales centros impartieran Enseñanza General Básica y fuesen financiados por los poderes públicos (artículo 27.4 y 7 CE), como este mismo grado de enseñanza es obligatorio (artículo 27.4 CE), los padres en cuestión no sólo no podrían ejercer su derecho a elegir para sus hijos una determinada formación moral y religiosa (artículo 27.3 CE), sino que además se verían obligados a enviarlos a un centro financiado con cargo a fondos públicos (y por ello en alguna medida con su personal contribución) cuyo ideario no compartían.

Este supuesto no es imaginario. La desigual distribución, al menos dentro de ciertos enclaves urbanos, de los centros públicos, y la mayoritaria vinculación de los

centros privados a una determinada orientación religiosa son dos hechos notorios de experiencia, cuya cuantificación y análisis sociológico no sería ahora pertinente, pero cuya concurrencia habrá de dar lugar por fuerza al problema planteado.

22. Los poderes públicos, en virtud del artículo 9.2 CE, están obligados a «promover las condiciones» para que las libertades individuales y las de los grupos sean «reales y efectivas». La doctrina más autorizada ha destacado que, en virtud del artículo 9.1 todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados, pues si bien es verdad que no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas. El precepto del artículo 9.2 se concreta, dentro del tema en cuestión, en el artículo 27.5, donde se especifica que para dar satisfacción al derecho de todos a la educación, y, aunque no se diga, al derecho de todos los padres recogido en el párrafo 3 del mismo artículo, los poderes públicos están obligados a la creación de centros docentes. Conviene traer a colación a este respecto unas palabras del TEDH en su Sentencia de 7 de diciembre de 1976: «en razón al peso del Estado moderno, este propósito (el del pluralismo educativo) debe realizarse sobre todo por medio de la enseñanza pública».

Pero el cumplimiento de esta obligación de los poderes públicos no puede ser instantáneo y por ello es de momento ineludible que en algún caso y durante algún tiempo subsista la situación descrita en el párrafo anterior.

Pues bien, en tal supuesto de monopolio de hecho de la enseñanza por centros privados ideológicamente homogéneos y financiados con fondos públicos, hay que interpretar que en defensa del derecho fundamental de los padres, los titulares de esos centros privados no podrán establecer en ellos ideario educativo, pues de tenerlo quedaría sin virtualidad social, sin «realidad efectiva», el derecho de los padres discrepantes con el hipotético ideario. Por el contrario, la inexistencia de éste dotará de mayor amplitud a la libertad de cátedra de los profesores y permitirá una aplicación extensiva del artículo 23 de la LOECE a estos centros privados sostenidos con fondos públicos.

FALLO CORRESPONDIENTE AL VOTO PARTICULAR SOBRE EL MOTIVO PRIMERO DE LA DEMANDA

1. Que no son inconstitucionales los artículos 15, 18.2 («las asociaciones de padres de alumnos, respetando el reglamento de régimen interior y, cuando lo hubiese, el ideario del centro ...») y 34.1 («Se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución») de la LOECE, en tanto se interprete que el ideario educativo es la expresión pública, sintética e inequívoca del carácter ideológico propio de un centro tendente a facilitar a los padres el derecho que a éstos les reconoce el artículo 27.3 de la Constitución, y que el reglamento de régimen interior no puede afectar por razón de su contenido al desarrollo ni al ejercicio de ningún derecho fundamental o libertad pública.

Madrid a trece de febrero de mil novecientos ochenta y uno. Francisco Tomás y Valiente.-Me adhiero: Ángel Latorre Segura.-Me adhiero: Manuel Díez de Velasco.-Me adhiero: Plácido Fernández Viagas.-Firmados y rubricados. (...)

Tribunal Supremo sobre educación para la ciudadanía

SSTS sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, en concreto, en la que resuelve el recurso 905/2008, ha sostenido que es posible

informar y también promover la adhesión a “los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales.” Otros valores, en razón de la neutralidad estatal “deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad”, pero también es “lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica”, “con neutralidad y sin adoctrinamiento” .

3. Tratamiento legislativo

3. 1. EXTRACTOS LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN

1. **¿Crees que el derecho del artículo 83 es fundamental?**
2. **Creas que es posible un colegio público sólo para chicos o para chicas, o que separen clases de chicos y de chicas? ¿Y en un colegio privado concertado? (art. 84)**
3. **Observa la clasificación de los centros del artículo 108**
4. **Observa el derecho reconocido en el artículo 115 y señala si es de naturaleza constitucional y sobre qué base.**
5. **Compara lo afirmado en el artículo 115.2 sobre la aceptación del carácter propio y lo afirmado en el artículo 84.9º respecto del proyecto educativo.**
6. **Observa qué es el proyecto educativo, artículo 121 (es para privados y públicos), crees que es posible en centros públicos o que puede ser contrario a la “neutralidad” de éstos.**
7. **Observa el solapamiento de “proyecto educativo” y “carácter propio” en el artículo 121. 6º.**
8. **¿Es posible cambiar el carácter propio o ideario de un centro?**
9. **El artículo 120 regula la autonomía de los centros (no distingue públicos o privados), qué base constitucional crees que tiene en un caso y en otro –público/privado.**
10. **Piensa en lo que sigue: ¿tiene derecho de huelga un estudiante?**
11. **Luego, lee nueva redacción de la LOLE, artículo 8 de derechos de los alumnos.**

Artículo 83. Becas y ayudas al estudio.

1. Para garantizar la igualdad de todas las personas en el ejercicio del derecho a la educación, los estudiantes con condiciones socioeconómicas desfavorables tendrán derecho a obtener becas y ayudas al estudio. En la enseñanza postobligatoria las becas y ayudas al estudio tendrán en cuenta además el rendimiento escolar de los alumnos.

2. El Estado establecerá, con cargo a sus Presupuestos Generales, un sistema general de becas y ayudas al estudio, con el fin de que todas las personas, con independencia de su lugar de residencia, disfruten de las mismas condiciones en el ejercicio del derecho a la educación.

...

CAPÍTULO III

Escolarización en centros públicos y privados concertados

Artículo 84. Admisión de alumnos.

1. Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

...

3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

...

9. La matriculación de un alumno en un centro público o privado concertado supondrá respetar su proyecto educativo, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los alumnos y a sus familias en las leyes y lo establecido en el apartado 3 de este artículo.

Artículo 108. Clasificación de los centros.

1. Los centros docentes se clasifican en públicos y privados.

2. Son centros públicos aquellos cuyo titular sea una administración pública.

3. Son centros privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado y son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido. Se entiende por titular de un centro privado la persona física o jurídica que conste como tal en el Registro de centros de la correspondiente Administración educativa.

4. La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados.

5. Los centros docentes orientarán su actividad a la consecución de los principios y fines de la educación establecidos en la presente Ley.

6. Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos, a los que se refiere el apartado 3 del presente artículo.

CAPÍTULO II

Centros públicos

CAPÍTULO III

Centros privados

Artículo 114. Denominación.

Los centros privados podrán adoptar cualquier denominación, excepto la que corresponde a centros públicos o pueda inducir a confusión con ellos.

Artículo 115. Carácter propio de los centros privados.

1. Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes.

2. El carácter propio del centro deberá ser puesto en conocimiento por el titular del centro a los distintos sectores de la comunidad educativa, así como a cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo. La matriculación de un alumno supondrá el respeto del carácter propio del centro, que deberá respetar a su vez, los derechos de los alumnos y sus familias reconocidos en la Constitución y en las leyes.

3. Cualquier modificación en el carácter propio de un centro privado, por cambio en la titularidad o por cualquier otra circunstancia, deberá ponerse en conocimiento de la comunidad educativa con antelación suficiente. En cualquier caso, la modificación del carácter propio, una vez iniciado el curso, no podrá surtir efectos antes de finalizado el proceso de admisión y matriculación de los alumnos para el curso siguiente.

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO II

Autonomía de los centros

Artículo 120. Disposiciones generales.

1. Los centros dispondrán de autonomía pedagógica, de organización y de gestión en el marco de la legislación vigente y en los términos recogidos en la presente Ley y en las normas que la desarrollen.

2. Los centros docentes dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro.

3. Las Administraciones educativas favorecerán la autonomía de los centros de forma que sus recursos económicos, materiales y humanos puedan adecuarse a los planes de trabajo y organización que elaboren, una vez que sean convenientemente evaluados y valorados.

...

Artículo 121. Proyecto educativo.

1. El proyecto educativo del centro recogerá los valores, los objetivos y las prioridades de actuación. Asimismo, incorporará la concreción de los currículos establecidos por la Administración educativa que corresponde fijar y aprobar al Claustro, así como el tratamiento transversal en las áreas, materias o módulos de la educación en valores y otras enseñanzas.

2. Dicho proyecto, que deberá tener en cuenta las características del entorno social y cultural del centro, recogerá la forma de atención a la diversidad del alumnado y la acción tutorial, así como el plan de convivencia, y deberá respetar el principio de no discriminación y de inclusión educativa como valores fundamentales, así como los principios y objetivos recogidos en esta Ley y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.

3. Corresponde a las Administraciones educativas establecer el marco general que permita a los centros públicos y privados concertados elaborar sus proyectos educativos, que deberán hacerse públicos con objeto de facilitar su conocimiento por el conjunto de la comunidad educativa. Asimismo, corresponde a las Administraciones educativas contribuir al desarrollo del currículo favoreciendo la elaboración de modelos

abiertos de programación docente y de materiales didácticos que atiendan a las distintas necesidades de los alumnos y del profesorado.

...

6. El proyecto educativo de los centros privados concertados, que en todo caso deberá hacerse público, será dispuesto por su respectivo titular e incorporará el carácter propio al que se refiere el artículo 115 de esta Ley.

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

5. Al artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, se le añade un nuevo párrafo con la siguiente redacción:

«A fin de estimular el ejercicio efectivo de la participación de los alumnos en los centros educativos y facilitar su derecho de reunión, los centros educativos establecerán, al elaborar sus normas de organización y funcionamiento, las condiciones en las que sus alumnos pueden ejercer este derecho. En los términos que establezcan las Administraciones educativas, las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción, cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro.»

3. 2. EXTRACTOS LEY ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES

Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

- 1. Observa el contenido de la autonomía universitaria para esta ley, en definición y desarrollo del art. 27. 10º. Compáralo superficialmente con la autonomía de los centros docentes no universitarios de la Ley de educación.**
- 2. Tiene relación la autonomía universitaria con otras libertades reconocidas en la constitución, con cuáles. ¿Ves en la Constitución reconocida la “libertad académica”? (art. 2.3)**
- 3. Tienen todos el derecho de acceso a la universidad. ¿Es igual este derecho que el de acceso a la educación no universitaria? ¿Tienes derecho a entrar en los estudios de medicina si has terminado tus estudios pre-universitarios?**
- 4. Puede una Universidad pública limitar el acceso a la misma en razón del sexo, y una privada (art. 46).**
- 5. En virtud del artículo 46. 2º, ¿puede una universidad aprobar un régimen disciplinario del alumnado?**

Artículo 2. Autonomía universitaria.

1. Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas.

Las Universidades privadas tendrán personalidad jurídica propia, adoptando alguna de las formas admitidas en Derecho.

Su objeto social exclusivo será la educación superior mediante la realización de las funciones a las que se refiere el apartado 2 del artículo 1.

2. En los términos de la presente Ley, la autonomía de las Universidades comprende:

La elaboración de sus Estatutos y, en el caso de las Universidades privadas, de sus propias normas de organización y funcionamiento, así como de las demás normas de régimen interno.

La elección, designación y remoción de los correspondientes órganos de gobierno y representación.

La creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y de la docencia.

La elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación y de enseñanzas específicas de formación a lo largo de toda la vida.

La selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades.

La admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes.

La expedición de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y de sus diplomas y títulos propios.

La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes.

El establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo.

El establecimiento de relaciones con otras entidades para la promoción y desarrollo de sus fines institucionales.

Cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 1.

3. La actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio.

4. La autonomía universitaria exige y hace posible que docentes, investigadores y estudiantes cumplan con sus respectivas responsabilidades, en orden a la satisfacción de las necesidades educativas, científicas y profesionales de la sociedad, así como que las Universidades rindan cuentas del uso de sus medios y recursos a la sociedad.

5. Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo de Coordinación Universitaria, corresponde a cada Comunidad Autónoma las tareas de coordinación de las Universidades de su competencia.

TÍTULO VIII.

De los estudiantes.

Artículo 42. Acceso a la Universidad.

1. El estudio en la Universidad es un derecho de todos los españoles en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico.

2. Para el acceso a la Universidad será necesario estar en posesión del título de bachiller o equivalente.

3. Las Universidades, de acuerdo con la normativa básica que establezca el Gobierno previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria y teniendo en cuenta la programación de la oferta de plazas disponibles, establecerán los procedimientos para la admisión de los estudiantes que soliciten ingresar en centros de las mismas, siempre con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El Consejo de Coordinación Universitaria velará para que las Universidades programen sus procedimientos de admisión de manera que los estudiantes puedan concurrir a Universidades diferentes.

Artículo 43. Oferta de plazas en las Universidades públicas.

1. Las Comunidades Autónomas efectuarán la programación de la oferta de enseñanzas de las Universidades públicas de su competencia y sus distintos centros, de acuerdo con ellas y conforme a los procedimientos que establezcan.

La oferta de plazas se comunicará al Consejo de Coordinación Universitaria para su estudio y determinación de la oferta general de enseñanzas y plazas, que será publicada en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. Los poderes públicos desarrollarán, en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria, una política de inversiones tendente a adecuar la capacidad de los centros a la demanda social, teniendo en cuenta el gasto público disponible, la previsión de las necesidades de la sociedad y la compensación de los desequilibrios territoriales.

Artículo 44. Límites máximos de admisión de estudiantes.

El Gobierno, por motivos de interés general o para poder cumplir exigencias derivadas de Directivas comunitarias o de convenios internacionales, de acuerdo con las Comunidades Autónomas y previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, podrá establecer límites máximos de admisión de estudiantes en los estudios de que se trate. Dichos límites afectarán al conjunto de las Universidades públicas y privadas.

Artículo 46. Derechos y deberes de los estudiantes.

1. El estudio es un derecho y un deber de los estudiantes universitarios.

2. Los Estatutos y normas de organización y funcionamiento desarrollarán los derechos y los deberes de los estudiantes, así como los mecanismos para su garantía.

En los términos establecidos por el ordenamiento jurídico, los estudiantes tendrán derecho a:

El estudio en la Universidad de su elección, en los términos establecidos por el ordenamiento jurídico.

La igualdad de oportunidades y no discriminación, por circunstancias personales o sociales, incluida la discapacidad, en el acceso a la Universidad, ingreso en los centros, permanencia en la Universidad y ejercicio de sus derechos académicos.

La orientación e información por la Universidad sobre las actividades de la misma que les afecten.

La publicidad de las normas de las Universidades que deben regular la verificación de los conocimientos de los estudiantes.

El asesoramiento y asistencia por parte de profesores y tutores en el modo en que se determine.

Su representación en los órganos de gobierno y representación de la Universidad, en los términos establecidos en esta Ley y en los respectivos Estatutos o normas de organización y funcionamiento.

La libertad de expresión, de reunión y de asociación en el ámbito universitario.

La garantía de sus derechos, mediante procedimientos adecuados y, en su caso, la actuación del Defensor Universitario.

3. Las Universidades establecerán los procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes. En las Universidades públicas, el Consejo Social, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, aprobará las normas que regulen el progreso y la permanencia en la Universidad de los estudiantes, de acuerdo con las características de los respectivos estudios.

4. Los estudiantes gozarán de la protección de la Seguridad Social en los términos y condiciones que establezca la legislación vigente.

DUODÉCIMO. LIBERTAD PERSONAL Y DE CIRCULACIÓN

Se inicia ahora el tratamiento de unos derechos íntimamente vinculadas con la libertad en el sentido de Montesquieu, como seguridad del ciudadano de que no va a ser perseguido o detenido injustamente. En este sentido, buena parte de las que se abordan a continuación suelen ser tildadas de garantías y derechos formales frente a los derechos y libertades de carácter más sustantivo analizados hasta ahora. Lo cierto es que en la práctica jurídica estos derechos son los más mencionados ante los tribunales, no sólo ante el Tribunal constitucional. Así las cosas, basta reproducir una reciente memoria anual del Tribunal Constitucional:

“Los derechos fundamentales invocados con mayor frecuencia son los recogidos en el art. 24, precepto que en total se invoca, incluido si se invoca junto con otros derechos -en un 87,41 por 100 de los recursos y solamente el 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) en un 34,65 por 100 de los recursos-; seguidos de los derechos a la igualdad, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, dada la relevancia cuantitativa de los asuntos penales (superior siempre al 40 por 100).

Un dato significativo que debe ser asimismo destacado es el que se refiere al extraordinario incremento en los últimos tiempos de los recursos de amparo presentados en materia de extranjería, con origen básicamente en procesos contencioso administrativos, e invocación de los derechos de los arts. 17 (libertad personal), 24. 1 y 2 (tutela judicial efectiva y proceso debido) y de libre entrada y residencia en España que el art. 19 de la Constitución reconoce, en principio, únicamente a los españoles. En 2005, de los 9476 recursos de amparo presentados, 2155 (un 22,7 por 100 del total) se adscriben a esta atribución material. Y en el mes de enero de 2006, de los 871 recursos de amparo ingresados, 304 (el 34,9 por 100 del total) lo han sido en esta misma materia, a la que se refiere, por tanto, uno de cada tres recursos de amparo formalizados.”

Sin duda, la “estrella” por cuanto a su alegación es el artículo 24 CE. Éste, unido con la libertad personal del artículo 17 CE son ejes basilares del Derecho procesal y su desarrollo legislativo es extraordinario, al punto que resulta imposible más que acercar al alumno a la dimensión propiamente constitucional de estos derechos, sin perjuicio de la necesidad de internarse en el desarrollo legislativo y jurisprudencial de los mismos.

1. Artículo 17 Libertad personal y seguridad. Habeas Corpus

Dada la importancia y amplitud de esta garantía de la libertad personal o física, se considera oportuno recordar el desarrollo legislativo de la misma, a la par que señalar los diversos derechos y garantías reconocidos en el artículo 17 CE e interpretados por el Tribunal Constitucional. Sobre esta base, el análisis se detiene en algunas figuras constitucionales básicas.

1. 1. NORMATIVA SOBRE ART. 17

- * Art. 25 CE
- * Código Penal
- * Código Penal Militar
- * Ley orgánica 8/1998, sobre régimen disciplinario de las FFAA
 - * Ley orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil
 - * Real Decreto 690/1996 sobre las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana
 - * Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
 - * Ley sobre el ejercicio de la gracia de indulto
 - * Real Decreto 2012/1983, sobre cancelación de Antecedentes Penales
- Ley de Enjuiciamiento Criminal Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega
- Ley Orgánica 6/1984, reguladora del habeas corpus

1. 2. JURISPRUDENCIA ARTÍCULO 17

A) Una recapitulación del contenido del artículo 17

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/17.html>

Sobre el **17.1 CE:**

- En relación con el concepto constitucional de libertad personal: sentencia 120/1990
- Sobre el concepto de privación de libertad: sentencia 98/1986
- Sobre el rango de las normas que prevén los casos y las formas de detención: sentencia 140/1986
- Sobre el **17.2 CE:**
 - Sobre la diligencia de identificación en dependencias policiales: sentencia 341/1993
 - Sobre la duración por el tiempo estrictamente necesario de la detención: sentencia 224/1998
- Sobre el **17.3 CE:**
 - Sobre el derecho a no declarar contra sí mismo: sentencia 45/1997
 - Sobre el derecho a la asistencia letrada: sentencia 196/1987
- Sobre el **17.4 CE:**
 - Sobre el procedimiento de "habeas corpus": sentencia 98/1986
 - Sobre el "habeas corpus" de los extranjeros: sentencia 21/1996
 - Sobre la naturaleza de la prisión provisional: sentencia 41/1996, 47/2000
 - Sobre la duración máxima de la prisión provisional: sentencia 142/1998

B) Sentencia 126/1987, “derecho a la seguridad”

Observa el significado que tiene para el Tribunal el “derecho a la seguridad” del artículo 17.

II. Fundamentos jurídicos...

4. Menor consistencia aún presenta la invocación del art. 17 C.E., ...La Sala considera que dicho precepto consagra un derecho mínimo y absoluto a la seguridad jurídica, pero, como en repetidas ocasiones ha declarado este Tribunal, el mencionado precepto no puede entenderse referido a la seguridad jurídica a que alude el apartado 3 del art. 9 C.E. El derecho que consagra el art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro, supuestos todos ellos que no guardan relación alguna con la Disposición cuestionada.

C) Recordatorio de la sentencia 120/1990: el artículo 17 no protege la “libertad a secas”

“11. No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del art. 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según reiterada doctrina de este Tribunal (Sentencias 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes) la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física». La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros y, en esta línea, la sentencia 89/1987 distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero que «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo».

Conforme, pues, con dicha doctrina, la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución.”

D) Sentencia 341/1993 (diligencias de identificación), concepto de “privación de libertad”, determinación legal y garantías en figuras diferentes a la detención

- 1. Observa el sentido que da al consentimiento el Tribunal respecto del artículo 17 Ce. (FJ 4º)**
- 2. Intenta extraer un concepto de la libertad personal a la vista del FJ 4º.**

- 3. ¿Considera el tribunal la medida de identificación como una privación de libertad? ¿Bajo qué criterio?**
- 4. Qué papel da el artículo 17 a la Ley según el tribunal, y qué requisitos le fija para la determinación de privaciones de libertad. FJ 5**
- 5. En concreto ¿Qué requisitos fija respecto de la identificación? FJ 5**
- 6. FJ 6º ¿Las garantías de los apartados 2º y 3º del artículo 17 son sólo aplicables a la detención preventiva?**
- 7. Respecto del art. 17. 2º CE ¿Es libre el legislador para dotar a las privaciones de libertad que no son detenciones de la duración que considere? ¿Es necesario que el legislador especifique un plazo máximo expreso al dotar de garantías?**
- 8. Respecto del art. 17. 3º CE ¿es necesario informar al conducido a dependencias? ¿concorre en este supuesto el derecho a no declarar?**

II. Fundamentos jurídicos

...

4. Hemos de examinar en primer lugar, por consiguiente, si las diligencias de identificación en dependencias policiales previstas en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C. entrañan o no una «privación de libertad» en el sentido del art. 17.1 de la Constitución. No es determinante, a estos efectos, la noción de «voluntariedad» que, en relación con lo dispuesto en el art. 20.4 de la L.O.P.S.C., ha empleado en sus alegaciones el Abogado del Estado para negar que estemos ante una privación de libertad. Sin duda que una comparecencia espontánea o a voluntad propia en dependencias policiales excluiría, de principio, todo asomo de privación de libertad, aunque ésta podría llegar a constatarse, claro está, desde el momento en que el sujeto quedara imposibilitado de abandonar aquellas dependencias. Pero el art. 20.2 no hace referencia a una personación de este género. La situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos (requerimiento), hasta «dependencias próximas» en las que el sujeto habrá de permanecer, si bien por «el tiempo imprescindible» para realizar las diligencias de identificación y debe hacerse constar que la desatención a aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas [arts. 20.4 y 26, h) de la L.O.P.S.C.]. Siendo esto así, la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: volui, sed coactus volui.

La libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud. No cabe, pues, hablar de libre voluntad para excluir la aplicación del art. 17.1 de la Constitución cuando una de las opciones que se le ofrecen al individuo sea jurídicamente necesaria y la otra entrañe, por lo mismo, una contravención, y bien claro está que si éste del acatamiento fuera el criterio para reconocer o no una situación de privación de libertad perderían toda objetividad las garantías del art. 17 y se concluiría en hacer de peor condición a la persona que acata la orden que a aquella otra que la desatiende o resiste. Una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp, II, 65).

La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C. supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad. Con toda evidencia, estamos, pues, ante uno de «los casos» a que se refiere el art. 17.1 C.E., cualquiera que sea la disposición de la persona ante la orden recibida, constatación que, por lo demás, da sentido al carácter de Ley Orgánica de este art. 20.2 (Disposición final tercera de la L.O.P.S.C.)

5. Es preciso examinar si la previsión del art. 20.2 resulta conciliable con lo dispuesto en el art. 17.1 de la Constitución, según el cual: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Este precepto remite a la Ley, en efecto, la determinación de los «casos» en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad. Vale aquí recordar lo que ya dijimos en la sentencia 178/1985, esto es, que debe exigirse «una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la Ley- privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación» (fundamento jurídico 3.). No son éstos los únicos condicionamientos que pesan aquí sobre el legislador, pues la necesaria conexión entre los arts. 17.1 y 10.2 de la Constitución impone acudir a los tratados y acuerdos internacionales en la materia y, en particular, al ya citado Convenio de Roma, para interpretar el sentido y límites de aquel precepto constitucional. Es de relevante consideración, a estos efectos, que el art. 5.1 de aquel Convenio, luego de disponer que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», establece una relación de supuestos (taxativa, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en los que podrá legitimamente preverse una privación de libertad. A la luz de estos criterios es preciso examinar ahora lo dispuesto en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C.

Se inicia este precepto con una referencia a lo dispuesto en el núm. 1 del propio art. 20 («De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior»), pero es del todo claro, atendido el tenor de la norma que enjuicamos, que la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, supuesto en el que la gravosidad de la medida impondría un juicio de inconstitucionalidad, por desproporcionalidad manifiesta, frente a esta previsión. No es así, sin embargo. Aunque el precepto se refiera, como decimos, «a los mismos fines del apartado anterior» (que son los genéricos de «protección de la seguridad»), es lo cierto que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal «para impedir la comisión de un delito o falta») o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una «infracción» administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad.

El precepto no deja en lo incierto cuáles sean las personas a las que la medida pueda afectar y tampoco puede tacharse de introductor de una privación de libertad desproporcionada con arreglo tanto a las circunstancias que la Ley impone apreciar como a los fines a los que la medida queda vinculada. El art. 20.2 no es contrario a la Constitución por haber previsto este caso de privación de libertad pues, como ya se dijo en la sentencia 178/1985 (fundamento jurídico 3.), «el art. 17.1 C.E. no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no desprovisto de restricciones». Y no es incompatible, tampoco, con lo dispuesto en el art. 5.1 del Convenio de Roma. Este precepto admite, en su apartado «b», que se lleguen a disponer privaciones de libertad «para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley» y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (art. 20.1 de la L.O.P.S.C.) nunca podría llevar, por sí sola, a la aplicación de lo dispuesto en el art. 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una «obligación» legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad.

6. No puede, sin embargo, concluir aquí nuestro examen, pues al precepto impugnado se le ha reprochado en los recursos, de modo principal, el haber configurado tal privación de libertad al margen de las garantías que corresponderían a la persona afectada, garantías que se cifran por los recurrentes en las enunciadas por el art. 17. 2 y 3 de la Constitución; y, en efecto, el art. 17.1 C.E. establece que nadie podrá ser privado de libertad «sino con la observancia de lo establecido en este artículo».

Los derechos y garantías que dispone el art. 17 (núms. 2 y 3) de la Constitución corresponden al afectado por una «detención preventiva» . El «detenido» al que se refieren estas previsiones constitucionales es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal y así hemos tenido ya ocasión de advertir que «las garantías exigidas por el art. 17.3 -información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada- hallan (...) su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado» (sentencia 107/1985, fundamento jurídico 3.).

Ahora bien, ello no significa que las garantías establecidas en los núms. 2 y 3 del art. 17 no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva. Cabe recordar, en este sentido, que ya en alguna ocasión este Tribunal ha debido contrastar con lo dispuesto en el art. 17.2 previsiones legales relativas a privaciones de libertad no calificables como detención preventiva (sentencia 115/1987, fundamento jurídico 1.). El ámbito de discrecionalidad del legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate.

A) Las garantías que en primer lugar hemos de considerar son las dispuestas en el núm. 2 del art. 17, de conformidad con el cual «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

La finalidad de identificación que justifica la medida que aquí enjuiciamos no se acomoda enteramente, cierto es, a las concretas prevenciones así establecidas en la Constitución, pero es también patente que este art. 17.2 expresa un principio de

limitación temporal de toda privación de libertad de origen policial que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera «casos» (art. 17.1) de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, puedan ser dispuestos por el legislador. La remisión a la Ley presente en el último precepto constitucional citado no implica que quede el legislador habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona.

Pero la medida prevista en el art. 20.2 no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del «tiempo imprescindible», expresión análoga, precisamente, a la que emplea el propio art. 17.2 de la Constitución («tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos») y tal vinculación legislativa de la actuación policial de identificación priva de fundamento al reproche frente a la norma basado en la indefinición temporal de la medida en cuestión.

Cierto es que pudo aquí el legislador haber establecido, además, una duración máxima de estas diligencias de identificación, al modo como el propio art. 17.2 de la Constitución hace respecto a la detención preventiva y en el bien entendido, en todo caso, de que este último límite constitucional («plazo máximo de setenta y dos horas») no resulta trasladable, desde luego, al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo. Pero el que la Ley no haya articulado para estas últimas un límite temporal expreso no supone una carencia que vicie de inconstitucionalidad al precepto; lo sustantivo es -vale reiterar- que el legislador limite temporalmente esta actuación policial a fin de dar seguridad a los afectados y de permitir un control jurisdiccional sobre aquella actuación, finalidades, una y otra, que quedan suficientemente preservadas en el enunciado legal sometido a nuestro control: La fuerza pública sólo podrá requerir este acompañamiento a «dependencias próximas y que cuenten con medidas adecuadas para realizar las diligencias de identificación» y las diligencias mismas, en todo caso, no podrán prolongarse más allá del «tiempo imprescindible» para la identificación de la persona. Precisión que implica un mandato del legislador de que la diligencia de identificación se realice de manera inmediata y sin dilación alguna. El entero sistema de protección judicial de la libertad personal -muy en particular, el instituto del hábeas corpus (art. 17.4 C.E.) protegerá al afectado por estas medidas de identificación frente a toda posible desvirtuación de su sentido y también, por lo tanto, frente a una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las dependencias policiales.

B) Importa también considerar si resultan aquí aplicables, y en qué medida, las garantías establecidas en el núm. 3 del art. 17, consistentes en la información inmediata al detenido, de modo comprensible, «de sus derechos y de las razones de su detención», en la exclusión de toda obligación de declarar y en el aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales -por lo que aquí interesa- «en los términos que la ley establezca». Que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento es cosa que apenas requiere ser argumentada, aunque la Ley (que exige consten en el Libro-Registro los «motivos» de las diligencias practicadas) nada dice, de modo expreso, sobre esta información, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse. No cabe derivar de este silencio, sin embargo, una permisión legal -que sería contraria a la Constitución- del requerimiento por entero inmotivado o carente de toda información al afectado, sino que es, más bien, el íntegro contenido de este art. 20 el que supone, implícita pero inequívocamente, que los agentes actuantes han de informar debidamente al requerido en los términos expresados.

C) Las demás garantías dispuestas en el art. 17.3 (exclusión de toda obligación de declarar y aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales «en los términos que la Ley establezca») hallan su preferente razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos. Así es, en efecto, pues la advertencia al afectado sobre su derecho a no declarar no tiene sentido cuando -como aquí ocurre- la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación (para la obtención de los «datos personales» a que se refiere el art. 9.3 de la propia Ley Orgánica).

No resulta inexcusable, en el mismo sentido, que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido (sentencia 196/1987, fundamento jurídico 2.). Ninguna de estas garantías constitucionales -recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado- son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los «datos personales» a los que se refiere el repetido art. 9.3 de la L.O.P.S.C.

Hay que señalar por último que cuanto queda dicho lleva a descartar, también, que lo dispuesto en el art. 20.2 de la L.O.P.S.C. resulte contrario a lo prevenido en el art. 25.3 de la Constitución, de conformidad con el cual «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». La que el precepto impugnado hace posible no tiene un sentido sancionador, sino de estricta identificación personal, y basta con constatarlo así para excluir la inconstitucionalidad alegada con la cita de aquel precepto constitucional.

Cuanto antecede conduce a excluir las tachas de inconstitucionalidad opuestas frente al art. 20.2 de la L.O.P.S.C.

E) Sentencia 47/2000, prisión provisional, aplicación de requisitos para límite a derecho fundamental, necesaria fundamentación concreta

- 1. Observa los requisitos constitucionales de la prisión provisional fijados por la jurisprudencia que se cita. FJ 3º haz un esquema de los mismos y tenlo presente.**
- 2. Observa la regulación de la prisión provisional cuestionada. FJ 4º**
- 3. Fija la atención en los motivos por los que el Tribunal considera desde el principio del FJ 5º la posible inconstitucionalidad de la norma debatida.**
- 4. Observa lo afirmado sobre la “alarma social” FJ 5º final.**
- 5. Observa lo afirmado en general sobre la motivación de las limitaciones a derechos fundamentales. No lo olvides (FJ 7º).**
- 6. Observa la configuración constitucional de la prisión provisional en el párrafo 4º del FJ 7º y en el FJ 9º.**

7. **Fija la atención en los requisitos que establece el tribunal sobre la motivación del decreto de prisión provisional (FJ 8º).**
8. **¿En este caso, la falta de fundamentación afecta al artículo 24 CE o a cuál?**

II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo se encontraba en situación de prisión provisional desde el 1 de octubre de 1995. Así lo acordó inicialmente el Juez de instrucción núm. 2 de Sabadell ante quien fue presentado en calidad de detenido por un presunto delito contra la salud pública que se investigaba por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona. Al tiempo que se transformaba la detención en prisión, se ponía a los presos preventivos a disposición de dicho Juzgado de Instrucción. Recurrida en reforma y apelación esta decisión, la misma fue confirmada sucesiva y respectivamente por la Juez instructora y por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona con la fundamentación que literalmente se recoge en el antecedente segundo de esta Sentencia.

En la demanda de amparo se considera que las tres resoluciones judiciales citadas han vulnerado los arts. 17 y 24.1 de la Constitución porque la privación de libertad acordada en el curso de una investigación penal lo ha sido en resoluciones insuficientemente fundadas, ya que las mismas sólo contienen una simple alusión a las normas procesales que habilitan para decretar la medida cautelar cuestionada, la referencia a los delitos que se imputan al detenido y a las penas previstas para ellos en el Código Penal y una referencia a la alarma social que pudieran generar, sin que, con una simple lectura del primero de ellos, puedan conocerse los motivos en virtud de los cuales se estima preciso acordar la prisión provisional, ni en ninguno de ellos se mencione siquiera el riesgo de fuga, ni se atienda a las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas. La cuestión esencial planteada se refiere por tanto a la falta de fundamentación de la situación de privación de libertad del recurrente, a por qué y para qué se le priva de libertad.

...

3. Respecto a la primera de las cuestiones, hemos declarado en nuestras ya numerosas Sentencias relativas a esta medida cautelar que el art. 17 C.E. somete la legitimidad constitucional de la prisión a múltiples exigencias de tal naturaleza que la ausencia de cualquiera de ellas determina su incompatibilidad con los derechos de libertad reconocidos en nuestra Norma Fundamental.

En el fundamento jurídico 5 de la sentencia 44/1997, de 10 de marzo, intentamos compendiar los momentos esenciales de nuestra doctrina, enumerando los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión. Tal fundamento jurídico dice, literalmente, así:

«A los efectos que ahora se nos demanda, conviene recordar los siguientes aspectos de la ya extensa jurisprudencia de este Tribunal relativa a la prisión provisional:

a) En relación con el sustento jurídico de la adopción de la medida de prisión provisional, destacábamos en la sentencia 128/1995, de 26 de julio, que, además de su legalidad (arts. 17.1 y 17.4 C.E.), “la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida” (también, sentencia 62/1996, de 16 de abril, FJ 5). El propio fundamento jurídico 3 de

esta Sentencia, al que pertenece el entrecomillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: “su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”.

b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (Sentencias 41/1982, de 2 de julio; 56/1987, de 14 de mayo; 3/1992, de 13 de enero, y 128/1995, de 26 de julio). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional” [sentencia 128/1995, FJ 4 b)]. En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego -la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como “una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines” referidos en el párrafo anterior (sentencia 128/1995, FJ 3).

Concreción obvia de las anteriores directrices en la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido. Más allá, la sentencia 128/1995 indicaba dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del peligro de fuga. El primero consiste en que deberán “tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado”. El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que “en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional..., así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena”, también lo es que “el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias” y obliga a ponderar “los datos personales así como los del caso concreto”; también, Sentencias 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 A), y 62/1996, FJ 5]. En suma, la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito.

En coherencia con las directrices reseñadas, la sentencia 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos -prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria-, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (FJ 7).

c) No podemos cerrar este resumen de jurisprudencia sin referirnos a dos trascendentes extremos que afectan al funcionamiento de esta jurisdicción en su alta tarea de protección del derecho a la libertad. El primero consiste en que la falta de una

motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1 C.E., sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma [Sentencias 128/1995, FJ 4 a); 37/1996, FJ 5; 62/1996, FJ 2; 158/1996, de 15 de octubre, FJ 3]. El segundo se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y puede resumirse así: “Corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (sentencia 40/1987, de 3 de abril, FJ 2), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley... No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución” [sentencia 128/1995, FJ 4 b)].»

4. De las exigencias que acaban de exponerse procede destacar ahora las invocadas en el presente recurso, a saber: la necesidad de que exista un fin constitucionalmente legítimo, que justifique la medida de prisión provisional, que ese fin se exprese en la resolución que la acuerda y que, junto a la gravedad de la pena que pudiera llegar a imponerse, se examinen, en el juicio de proporcionalidad que requiere la adopción de la medida, las circunstancias particulares del hecho y del presunto autor del mismo.

Pues bien, la determinación de si el cumplimiento de los requisitos legales basta para entender constitucionalmente legítima la prisión, precisa una toma en consideración del texto de los artículos de la L.E.Crim. aquí aplicados, esto es, del art. 503 y de los dos primeros párrafos del art. 504. Dicho texto reza como sigue:

«503. Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2. Que éste tenga señalado pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculpado con o sin fianza.

3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

504. Procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considera necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o

Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculgado.»

5. La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto prima facie que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 C.E. en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la sentencia 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 4 y 5.

Pero a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual del párrafo segundo del art. 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionales aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos.

De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la sentencia 66/1997 (de 7 de abril, FJ 6), y reiteramos en la sentencia 98/1997 (de 20 de mayo, FJ 9), «con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa».

6. Entrando ya a analizar las quejas del recurrente contra las resoluciones judiciales, el demandante de amparo parece plantear, como vulneraciones independientes de la del derecho de libertad reconocido en el art. 17 C.E., las del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). En efecto, de una parte razona sobre la falta de motivación de las resoluciones impugnadas, al margen de la vulneración del derecho a la libertad y, de otra, denuncia que, al decretarse su prisión provisional por el único motivo de considerarle autor presunto de varios hechos delictivos que se consideran graves, la medida impuesta se basa en una «presunción de culpabilidad».

Por lo que a la tutela judicial efectiva se refiere es preciso distinguir entre las exigencias de motivación que el derecho a una resolución razonable (que es el contenido de dicha tutela) comporta y las que dimanen de la necesidad de justificar las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales (vid., v.g. Sentencias 62/1996, de 16 de abril, FJ 2, y 158/1996, de 15 de octubre, FJ 3). Pues bien: las resoluciones impugnadas, pese a su parquedad, contienen una argumentación que expresa las razones -de hecho y de derecho- por las que el órgano judicial actúa, por lo que cabe concluir que, desde la perspectiva del art. 24.1 C.E., ni se hallan inmotivadas, ni son arbitrarias. Y otra cosa es que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad, cuya vulneración constituye la queja básica del demandante, pueda decirse que

expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la prisión acordada.

Algo parecido cabe afirmar en lo que a la presunción de inocencia se refiere. Debe aclararse al respecto que la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado; sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (sentencia 108/1994, de 11 de abril, FJ 3), por lo que ninguna objeción cabe hacer a dicha apreciación, en sí misma considerada. Y otra cosa es que, si por meros indicios racionales de criminalidad se impusiera una privación de libertad, resultaría vulnerado el art. 24.2 C.E. en relación con el art. 17 C.E. Por lo tanto, la supuesta infracción de la presunción de inocencia ha de integrarse en el análisis de la alegada vulneración de la libertad personal.

7. Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas.

El análisis de dicha pretensión de amparo debe iniciarse recordando que este Tribunal ha establecido reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger.

Hemos reiterado que si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (Sentencias 26/1981, de 17 de julio; 27/1989, de 3 de febrero; 37/1989, de 15 de febrero; 8/1990, de 18 de enero; 160/1991, de 18 de julio; 3/1992, de 13 de enero; 28/1993, de 25 de enero; 12/1994, de 17 de enero; 13/1994, de 17 de enero; 160/1994, de 23 de mayo; 50/1995, de 23 de febrero; 86/1995, de 6 de junio; 128/1995, de 26 de julio; 181/1995, de 11 de diciembre; 34/1996, de 11 de marzo; 37/1996, de 11 de marzo; 62/1996, de 16 de abril; 158/1996, de 15 de octubre, o 170/1996, de 29 de octubre). La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (sentencia 52/1995, de 23 de febrero).

A fin de valorar si la motivación expresada es suficiente para acordar la restricción de la libertad personal parece útil recordar, aun de forma breve, nuestra doctrina sobre la incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental citado. Así, hemos señalado que la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (sentencia 41/1982, de 2 de julio, FJ 2) y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo

que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines (sentencia 128/1995, de 26 de julio, FJ 3, reiterada en la sentencia 62/1996, FJ 5).

Conviene recordar también que el control que este Tribunal puede hacer de la motivación de la resolución limitativa de la libertad personal no se extiende a los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, sino únicamente a constatar si existe motivación suficiente y razonada y si la misma ha ponderado los derechos e intereses en conflicto, resolviendo de forma no arbitraria y acorde con los fines que justifican la limitación cautelar de la libertad personal (Sentencias 128/1995, FJ 4, y 14/1986, de 10 de enero, FJ 4).

8. Pues bien, por lo que respecta a la vulneración aducida en primer término, las resoluciones impugnadas no expresan la finalidad que se persigue con la adopción de la medida cautelar limitativa de libertad, pese a que se refieran y resalten alguna de las características de las circunstancias fácticas que concurren en el caso concreto - naturaleza de los hechos imputados, alarma social que se dice provocan y gravedad de las penas imponibles-, circunstancias éstas que los órganos judiciales consideran suficientes para justificar su adopción. Para valorar la razonabilidad de la medida adoptada y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitimarían es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido con la misma sino también la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta que punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. Sin referencia alguna al fin perseguido resulta imposible hacer las valoraciones expuestas. Por ello, desde esta perspectiva debe ya afirmarse prima facie que la motivación es insuficiente.

En el caso que analizamos no sólo no se conectó la prisión acordada en ninguna de las resoluciones, a alguna de las finalidades que la legitiman, sino que tampoco se llevó a cabo análisis alguno de las circunstancias personales del recurrente, ni en sí mismas ni en relación con el estado de la investigación.

El Auto inicial de 1 de octubre de 1995 se limita -en lo fáctico- a afirmar la existencia de motivos bastantes para creer responsable de un delito al recurrente, y -en lo jurídico- a explicar que los arts. 503 y 504 permiten en tales casos decretar la prisión preventiva, pero no explican por qué se opta por acordarla. Al resolver el recurso de reforma, la Juez de Instrucción núm. 5 de Barcelona, sólo concreta que los delitos imputados lo son de tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud, de tenencia ilícita de armas y otro de contrabando, los cuales están castigados con penas de reclusión menor y afirma lacónicamente que «producen una innegable alarma social», sin explicar porqué se opta por decretar la prisión provisional. Por fin, la Audiencia Provincial considera motivadas las resoluciones impugnadas porque expresan la naturaleza y gravedad de los delitos imputados dada la penalidad para ellos prevista y se apoya en la constatación de que los autos recurridos expresan motivos bastantes para creer responsable de los mismos al recurrente, concluyendo que por ello la medida impugnada es claramente conforme con la legalidad, pero tampoco hace alusión alguna al fin que se persigue con la medida acordada o al riesgo que con la misma se pretende evitar, ni analiza las circunstancias personales del recurrente en relación con la medida acordada, pese a que le fueron expresamente alegadas.

En definitiva, en ningún caso se hace referencia a la finalidad que se persigue con la adopción de la medida cautelar impugnada. Sin expresión del fin perseguido es obvio que tampoco se argumenta sobre las circunstancias personales del recurrente en relación con la prisión acordada. No se expresa juicio de ponderación alguno entre el derecho a la libertad personal y los fines que constitucionalmente legitimarían su limitación, nada se dice de los intereses que se protegen con la resolución, ni sobre la

necesidad de la misma. En fin, no se puede apreciar si la misma es o no proporcionada, y mucho menos si es acorde con los fines que la justifican.

9. De todo ello se deduce la inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas. En efecto, en la sentencia 128/1995 (FJ 3), dijimos que «el contenido de privación de libertad, que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico». Destacábamos a continuación que es esa finalidad cautelar y no represiva lo que permite acordarla sin vulnerar la presunción de inocencia, subrayando después que la falta de expresión de ese fundamento justificativo afecta a la misma existencia del presupuesto habilitante de la privación de libertad y, por lo tanto, al derecho fundamental proclamado en el art. 17 C.E.

Desarrollando ulteriormente esta doctrina, en la sentencia 66/1997, de 7 de abril, declaramos «la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido» al imponerla (FJ 4). «Sin ese fin», afirmábamos luego, «no cabe justificación alguna del sacrificio de la libertad que supone la prisión provisional, ni es posible, por ello, la aprobación constitucional de la misma» (FJ 6). En el mismo sentido, negamos en la sentencia 67/1997, de 7 de abril, la legitimidad constitucional de unas resoluciones que, al acordar la prisión, no contenían referencia alguna a los fines que concretamente justificaban dicha limitación de la libertad.

Por lo tanto, ha de concluirse que, desde la perspectiva de la falta de expresión de los fines constitucionalmente legítimos que pudieran justificar la prisión provisional, las resoluciones impugnadas vulneran el art. 17 C.E.

10. Como dejamos dicho, aduce, en segundo término, el demandante de amparo, que se ha vulnerado el art. 17 C.E. dado que las resoluciones impugnadas se han fundamentado en la gravedad abstracta del delito y de la pena, sin tener en cuenta las circunstancias particulares aducidas por el recurrente, a las que ya se ha hecho referencia.

Por contra, el Ministerio Fiscal, según hemos destacado anteriormente, considera en su informe que la insuficiente motivación del inicial Auto de 1 de octubre de 1995 ha sido subsanada por las posteriores resoluciones dictadas al desestimar el recurso de reforma y el posterior de apelación, ya que la primera de ellas se fundamenta en la naturaleza y gravedad de los hechos investigados y la innegable alarma social que éstos producen, mientras la última añade como justificación la duración de las penas para ellos previstas. Para el Ministerio Público la gravedad de los hechos y la alarma social que producen son fundamento suficiente de la medida adoptada, y la valoración de dichas circunstancias expresa adecuadamente el juicio de proporcionalidad de la medida.

Dejando a un lado la cuestión de la alarma social, que hemos tratado anteriormente, y ciñéndonos, por tanto, a si la gravedad de la pena puede, en este caso, justificar por sí sola la adopción de la medida, hemos de partir, al analizar esta queja, de que este Tribunal ha hecho especial hincapié en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. Citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 27 de junio de 1968 -asunto Neumeister

c. Austria-, de 10 de noviembre de 1969 -asunto Matznetter-, de 27 de agosto de 1992 -asunto Tomasi c. Francia- y de 26 de enero de 1993 -asunto W. c. Suiza-) este Tribunal (Sentencias 128/1995, FJ 4, y 62/1996, FJ 5) afirmó que si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto. A lo que, en la sentencia 156/1997, de 29 de septiembre, analizando un supuesto muy similar, añadimos que esa exigencia de análisis particularizado «debe acentuarse aún más en casos como el presente, en el que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y aun la existencia inicial de razones concretas que justificaran el riesgo de fuga».

Por todo ello, es preciso concluir también, desde esta segunda perspectiva que el recurrente aduce, que los autos de 27 de octubre de 1995, por el que se desestima el recurso de reforma por la Juez de Instrucción núm. 5 de Barcelona, y 6 de febrero de 1996, que deniega la apelación vulneran el art. 17 C.E., sin que obste a tal conclusión el hecho de que el objeto de dichas resoluciones fuese resolver recursos contra la dictada en un primer momento; pues lo cierto es que estamos ante una situación -la de prisión- que en cualquier momento puede revisarse de oficio y que había transcurrido el tiempo suficiente para que las alegaciones del demandante, que invocaba expresamente la doctrina sentada por este Tribunal en la Sentencia 128/1995, pudiesen obtener una respuesta fácticamente adecuada por parte de los órganos judiciales.

11. La carencia de justificación suficiente, desde la perspectiva constitucional, de la medida de prisión acordada, constituye una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 C.E.) al hallarse ausente uno de los elementos esenciales del supuesto que habilita para decretar la privación provisional de libertad. Debe, por consiguiente, reconocerse la vulneración del derecho fundamental, procediendo a anular las resoluciones que autorizaron indebidamente su limitación.

Pero, en el presente caso, nuestra decisión no puede acabar aquí. Como hemos destacado en el fundamento jurídico 5, la Ley aplicada (arts. 503 y 504 L.E.Crim.) vulnera el art. 17 C.E. y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 LOTC y procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

1. Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la libertad del art. 17.1 C.E.
2. Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Sabadell de 1 de octubre de 1995 (diligencias previas 829/95), el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona de 27 de octubre de 1995 (diligencias previas 577/95) y el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 1996 (rollo de apelación 464/95, sumario 4/95).
3. Plantear la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

F) Ley reguladora del “habeas corpus”

Sigue la exposición de motivos de esta ley, en particular, la consideración de la libertad personal, los antecedentes históricos de esta garantía y los objetivos de la ley.

- 1. Resume cuáles son los principios que busca la ley.**
- 2. Qué se considera detención ilegal (art. 1).**
- 3. Es posible instar un habeas porque consideremos que al detenido legalmente se le están vulnerando sus derechos (art. 1 d)?**
- 4. Quién puede interponer un habeas corpus (art. 3).**
- 5. ¿Es necesario abogado o procurador?**
- 6. ¿A qué está obligada la autoridad gubernativa?**
- 7. ¿Esencialmente, a qué da derecho instar un habeas corpus (en especial, art. 7)**
- 8. ¿Qué resolverá el juez (art. 8)?**

LEY ORGÁNICA 6/1984, DE 24 DE MAYO, REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO “HABEAS CORPUS”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

El constitucionalismo moderno tiene un objetivo fundamental, que constituye, al mismo tiempo, su raíz última: el reconocimiento y la protección de la vida y la libertad de los ciudadanos. Las constituciones que son verdaderamente tales se caracterizan, precisamente porque establecen un sistema jurídico y político que garantiza la libertad de los ciudadanos y porque suponen, por consiguiente, algo más que una mera racionalización de los centros de poder.

Nuestra Constitución ha configurado, siguiendo esa línea, un ordenamiento cuya pretensión máxima es la garantía de la libertad de los ciudadanos, y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la propia Constitución, como un valor superior del ordenamiento. De ahí que el texto constitucional regule con meticulosidad los derechos fundamentales, articulando unas técnicas jurídicas que posibilitan la eficaz salvaguarda de dichos derechos, tanto frente a los particulares como, muy especialmente, frente a los poderes públicos.

Una de estas técnicas de protección de los derechos fundamentales -del más fundamental de todos ellos: el derecho a la libertad personal- es la institución del Habeas Corpus. Se trata, como es sabido, de un instituto propio del Derecho anglosajón, donde cuenta con una antiquísima tradición y se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público. Su origen anglosajón no puede ocultar, sin embargo, su raigambre en el Derecho histórico español, donde cuenta con antecedentes lejanos como el denominado recurso de manifestación de personas del Reino de Aragón y las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya y otros ordenamientos forales, así como con antecedentes más próximos en las Constituciones de 1869 y 1876, que regulaban este procedimiento, aun cuando no le otorgaban denominación específica alguna.

El “Habeas Corpus” ha demostrado históricamente su funcionalidad para proteger la libertad de los ciudadanos. De ahí que la Constitución, en el número 4 del artículo 17, recoja esta institución y obligue al legislador a regularla, completando, de esta forma, el complejo y acabado sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra norma fundamental. La regulación del “Habeas Corpus” es, por consiguiente, un mandato constitucional y un compromiso de los poderes públicos ante los ciudadanos.

La pretensión del “Habeas Corpus” es establecer remedios eficaces y rápidos para los eventuales supuestos de detenciones de la persona no justificados legalmente, o que transcurran en condiciones ilegales. Por consiguiente, el “Habeas Corpus” se configura como una comparecencia del detenido ante el Juez, comparecencia de la que proviene etimológicamente la expresión que da nombre al procedimiento, y que permite al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el Juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención.

La eficaz regulación del “Habeas Corpus” exige, por tanto, la articulación de un procedimiento lo suficientemente rápido como para conseguir la inmediata verificación judicial de la legalidad y las condiciones de la detención, y lo suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos y permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial.

Estos son los objetivos de la presente Ley Orgánica, que se inspira para ello en cuatro principios complementarios. El primero de estos principios es la agilidad absolutamente necesaria para conseguir que la violación ilegal de la libertad de la persona sea reparada con la máxima celeridad, y que se consigue instituyendo un procedimiento judicial sumario y extraordinariamente rápido, hasta el punto de que tiene que finalizar en veinticuatro horas. Ello supone una evidente garantía de que las detenciones ilegales, o mantenidas en condiciones ilegales, finalizarán a la mayor brevedad.

En segundo lugar, la sencillez y la carencia de formalismos, que se manifiestan en la posibilidad de la comparecencia verbal y en la no necesidad del Abogado y Procurador, evitarán dilaciones indebidas y permitirán el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de conocimiento de sus derechos y de sus medios económicos, al recurso de “Habeas Corpus”.

En tercer lugar, el procedimiento establecido por esta Ley se caracteriza por la generalidad que implica, por un lado, que ningún particular o agente de la autoridad puede substraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sin que quepa en este sentido excepción de ningún género, ni siquiera en lo referente a la Autoridad Militar, y que supone, por otro lado, la legitimación de una pluralidad de personas para instar el procedimiento, siendo de destacar a este respecto la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo como garantes, respectivamente, de la legalidad y de la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En fin, la Ley está presidida por una pretensión de universalidad, de manera que el procedimiento de “Habeas Corpus” que regula alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal -ya porque la detención se produzca contra lo legalmente establecido, ya porque tenga lugar sin cobertura jurídica-, sino también a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

Parece fuera de toda duda que la regulación de un procedimiento con las características indicadas tiene una enorme importancia en orden a la protección de la libertad de las personas, así como que permite añadir un eslabón más, y un eslabón importante, en la cadena de garantías de la libertad personal que la Constitución impone a nuestro ordenamiento. España se incorpora, con ello, al reducido número de

países que establecen un sistema acelerado de control de las detenciones o de las condiciones de las mismas.

Artículo primero.

Mediante el procedimiento del Habeas Corpus, regulado en la presente Ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente.

A los efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas:

a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.

b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.

d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

Artículo segundo.

Es competente para conocer la solicitud de “Habeas Corpus” el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare el del lugar en que se produzca la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente.

En el ámbito de la Jurisdicción Militar será competente para conocer de la solicitud de Habeas Corpus el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención.

Artículo tercero.

Podrán instar el procedimiento de “Habeas Corpus” que esta Ley establece:

a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad; descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.

b) El Ministerio Fiscal.

c) El Defensor del Pueblo.

Asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente a que se refiere el artículo anterior.

Artículo cuarto.

El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

En dicho escrito o comparecencia deberán constar:

a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta Ley.

b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes.

c) El motivo concreto por el que se solicita el “Habeas Corpus”.

Artículo quinto.

La autoridad gubernativa, agente de la misma o funcionario público, estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de “Habeas Corpus”, formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia.

Si incumplieren esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir.

Artículo sexto.

Promovida la solicitud de “Habeas Corpus” el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento, o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno.

Artículo séptimo.

En el auto de incoación el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, oirá el Juez a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad; a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad.

El Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto.

En el plazo de veinticuatro horas, contadas desde que sea dictado el auto de incoación, los Jueces practicarán todas las actuaciones a que se refiere este artículo y dictarán la resolución que proceda.

Artículo octavo.

Practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones:

1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta Ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta Ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.

b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban.

c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Artículo noveno.

El Juez deducirá testimonio de los particulares pertinentes para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse por quienes hubieran ordenado la detención, o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad.

En los casos de delito de denuncia falsa o simulación de delito se deducirá, asimismo, testimonio de los particulares pertinentes, al efecto de determinar las responsabilidades penales correspondientes.

En todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe, será condenado el solicitante al pago de las costas del procedimiento; en caso contrario, éstas se declararán de oficio.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 24 de mayo de 1984.-JUAN CARLOS R.-

El Presidente del Gobierno, Felipe González Márquez.

2. Artículo 19 Libertad de circulación y residencia

La libertad de circulación escapa, en buena medida, al su tratamiento con las garantías y derechos más formales ahora abordados. No obstante, su relativa proximidad con la libertad física del artículo 17 invita ahora a un breve tratamiento.

Cabe señalar que esta libertad queda en buena medida absorbida en su tratamiento por la perspectiva económica y, sobre todo, por el Derecho comunitario, en tanto es una de las libertades fundamentales sobre las que se asentó la Comunidad Europea. Bien es cierto que bajo aquel ordenamiento, se trata más de un principio estructural que de un derecho subjetivo. A nuestros efectos, básicamente interesa recordar muy sumariamente su dimensión más subjetiva y más próxima a los fines y funciones más propios de los derechos fundamentales. En este punto, se incluye una sentencia de interés sobre la sanción civil de prohibición de residir en un concreto lugar, y dos temas habitualmente relacionados con los límites a la libre circulación, cuales son los funcionarios y los extranjeros.

2. 1. SENTENCIA 28/1999, LIBERAD DE RESIDENCIA, INTERESANTE DELIMITACIÓN DEL DERECHO

1. **Observa lo que se considera posible vulneración del derecho a la libre elección de residencia. ¿La posible vulneración es un acto concreto? Ese acto concreto trae causa de una ley?**
2. **¿Si el acto recurrido trae causa de una ley, en esta sentencia el Tribunal podría declararla inconstitucional?**
3. **Observa la fijación del contenido de la libertad de residencia por el tribunal. FJ 7º**
4. **Ten en cuenta el párrafo y la afirmación: “las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder**

jurídico omnímodo...” Piensa en si es posible aplicar este razonamiento al ejercicio de toda libertad (por ejemplo manifestación en calles, expresión en carteles, etc.).

- 5. Sobre esta base, ¿Consideras que en este caso el problema es de “límites” o de “delimitación” del derecho? Observa en particular la conclusión del tribunal en su último párrafo. Medita en si podríamos recurrir de amparo que la Facultad de Derecho no permita poner carteles de asociaciones en los muros de los aularios, por ejemplo.**
- 6. En todo caso, aunque parece que se haya excluido del derecho lo cuestionado, el tribunal acude a las garantías de los límites a los derechos, ¿Qué concluye el tribunal?**

II. Fundamentos jurídicos

5. ...residencia por parte del otro demandante de amparo, don Isacio del Río, conviene recordar que la misma se formula como reacción frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid por la que, con aplicación de lo dispuesto en el art. 19 L.P.H., se acuerda privar a aquél del uso del piso del que es cotitular, sito en la calle Navarra, núm. 4, tercero A, de Valladolid, durante el plazo de un año al haber provocado «una perturbación y deterioro en la convivencia de la Comunidad de Propietarios actora que excede de los límites normales y tolerables» (fundamento de Derecho tercero, ampliamente reproducido en los Antecedentes).

6. El precepto que sirve de base a la sanción civil impuesta al demandante de amparo dispone:

«Desatendido el requerimiento por el titular ocupante, la junta podrá instar y obtener judicialmente la privación del uso del piso o local a aquél y a quienes con él convivan. Dicha privación la fijará discrecionalmente el Juez por un plazo no superior a dos años, atendida la gravedad de la falta, sin que afecte a los restantes derechos dominicales y a las obligaciones derivadas del título.»

...

7. El demandante de amparo pone en duda la constitucionalidad del precepto a partir, ahora, de un derecho fundamental enteramente distinto, la libertad de residencia reconocida en el art. 19 C.E. pero lo que entonces declarábamos no es irrelevante a nuestros efectos.

No hay dificultad alguna en entender que la libertad de residencia no tiene por qué limitarse al derecho a fijar la propia residencia en un determinado espacio de amplitud mayor al del domicilio (localidad, villa o pueblo). La libertad de residencia puede legítimamente extenderse a concreciones mucho más específicas, sin excluir siquiera el derecho a fijar la residencia en una vivienda concreta y determinada, siempre desde luego, y eso sí, que con ello no se vean afectados otros derechos subjetivos.

En efecto, la libertad de residencia, reconocida en el art. 19 C.E., supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. Y, en este sentido, el domicilio es siempre, precisamente, lugar en el que se habita, si bien tal habitación, para determinar la existencia del domicilio, ha de hallarse cualificada por la presencia de determinadas notas. Cuáles sean esas notas dependerá de la concreta consideración del domicilio en cada caso, pudiendo hacer referencia, por ejemplo, a la habitualidad, como vendría a ser lo propio del concepto de domicilio del Código Civil (art. 40), a constituir el lugar donde se establece la sede jurídica de la persona o, en fin, a aquel donde se desarrolla la vida privada de la persona física, como es lo característico del concepto de domicilio cuya inviolabilidad está protegida por el art. 18 C.E. (Sentencias 22/1984 ó 50/1995). En

cualquier caso, lo que no puede discutirse es que el derecho a habitar en un determinado lugar, «el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2) que el art. 19 C.E. proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo.

Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la propiedad privada, en cuanto garantía institucional (art. 33.1 C.E.), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades. De este modo, en lo que aquí nos interesa, debe tenerse presente que, para habitar lícitamente en un lugar es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse.

Por ello, el que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 C.E., en modo alguno justifica conductas tales como «invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles» (ATC 227/1983, fundamento jurídico 2). Y es que el carácter instrumental que tienen los derechos al disfrute de un bien en relación con el derecho a la elección del domicilio, según hemos expuesto en el párrafo anterior, no debe alterar la consideración de que se trata de derechos privados, por más que sean los que permitan el desenvolvimiento de las relaciones y los ámbitos vitales garantizados por el derecho fundamental a la libertad de elección de residencia. **Y como tales derechos privados deben ser tratados, sin que la protección de la personalidad y la autonomía privada que está en la base de su regulación implique que deban incorporarse al contenido de los derechos fundamentales protegibles en amparo.**

De esta manera, **el derecho a la libre elección del domicilio no puede entenderse como derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee**, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 C.E.), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 C.E.) u otras que resulten constitucionalmente admisibles. Por eso hemos declarado que «nada tiene que ver ese derecho con la validez o no de la adquisición de un inmueble» (ATC 180/1984, fundamento jurídico 4) o con las condiciones de la prórroga arrendaticia establecidas en la legislación de arrendamientos urbanos (AATC 227/1983 y 236/1985), pero también hemos afirmado que **«la libertad de elección de residencia que atribuye a los españoles el art. 19 C.E. comporta la obligación correlativa de los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental»** (sentencia 8/1986, fundamento jurídico 3).

En conclusión, los condicionamientos que pueda sufrir el derecho a la libre elección de domicilio derivados de la inexistencia o pérdida de los derechos privados que habiliten para el disfrute del bien en cuestión quedan, en principio, al margen de la protección constitucional del derecho a la libertad de residencia.

8. A partir de las anteriores consideraciones la demanda de amparo debe ser también desestimada desde la perspectiva de la libertad de residencia garantizada por la Constitución. No es irrelevante, a este respecto, la circunstancia de tratarse de una vivienda situada en un inmueble regido por la Ley de Propiedad Horizontal. Los ciudadanos son libres, frente a los poderes públicos, de fijar su propia residencia en una vivienda, de su propiedad, configurada en régimen de propiedad horizontal, pero, como dijimos en la sentencia 301/1993, en estos casos, «la necesidad de compaginar los

derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares». Y añadimos en la citada Sentencia que el artículo de la L.P.H. cuestionado supone «una abstracta previsión legal que liga una determinada consecuencia negativa (privación temporal del uso del piso) a la transgresión de un deber impuesto por la propia Ley en el seno de una relación jurídico-privada, consecuencia negativa que grava sobre el patrimonio del transgresor, a quien el órgano judicial puede privar del uso del inmueble (vivienda o local) durante un máximo de dos años».

De este modo, nos encontraríamos ante la privación de un derecho privado, el derecho de uso de una concreta vivienda, consecuencia del incumplimiento de deberes propios de una relación jurídico-privada, la derivada del régimen de propiedad horizontal, que aun cuando va a suponer un condicionamiento al derecho a la libre elección de domicilio no implica, por las razones antes expuestas, una restricción del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de residencia. Máxime cuando la sanción civil impuesta, contemplada específicamente desde la perspectiva de la libertad de residencia, sólo incidiría sobre esta última en un grado extraordinariamente limitado: el ciudadano sigue siendo libre de fijar su residencia en cualquier lugar, con la única exclusión del concreto piso al que se refiere la medida en cuestión.

2. 2. SENTENCIA 169/2001, EXTRANJEROS Y ARTÍCULO 19 CE

- 1. Lee el artículo 19 CE, ¿estos derechos están reconocidos a los extranjeros en virtud de ese artículo? ¿Qué dice el Tribunal Constitucional al respecto?**
- 2. Observa los requisitos que fija el tribunal para los límites de los derechos fundamentales de los extranjeros, como es el supuesto. ¿Son semejantes a los requisitos generales para los límites de los derechos de los españoles?**

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige contra los Autos de 19 de abril y 31 de mayo de 1999 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que denegaron la solicitud de modificación de la medida cautelar impuesta en el procedimiento 17/97, consistente en la libertad provisional con prohibición de abandonar el territorio español y retirada del pasaporte, y contra el Auto de 30 de julio de 1999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó dichas resoluciones. A ellas se atribuye la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) en relación con el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables restrictivas de derechos individuales (arts. 24.1 y 25.1 CE), al entender que los Tribunales españoles carecen de competencia para el conocimiento de los delitos que se imputan al recurrente; así como la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por considerar que las decisiones judiciales relativas a dicha medida cautelar carecen de motivación y son, en consecuencia, desproporcionadas.

...

Ahora bien, con carácter previo, se ha de precisar si nos encontramos ante un supuesto de afeción del derecho a la libertad y seguridad personal protegido en el art. 17.1 CE o si, como sostiene alguna de las partes personadas, se trata de una medida que afecta a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE sólo para los españoles, de modo que, la medida cautelar impuesta, al haber sido adoptada respecto de un nacional de otro país, no podría constituir violación alguna de este derecho fundamental.

4. Los argumentos que sustentan esta fundamentación desestimatoria de la pretensión se asientan en dos premisas que no pueden ser compartidas por este Tribunal: la absoluta exclusión de los nacionales de otros Estados del ámbito de protección del art. 19 CE y la autonomía de la prohibición de salida del territorio español y la retirada del pasaporte en cuanto medida limitativa de los derechos del demandante de amparo.

a) En primer término, el hecho de que el art. 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita. En la sentencia 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2), sostuvimos que «la inexistencia de declaración constitucional que proclame la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema... La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley... Y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE... Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19» (en sentido similar Sentencias 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 86/1996, de 21 de marzo, FJ 2; 24/2000 de 31 de enero, FJ 4). De suerte que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos.

Desde esta perspectiva, la pretensión de amparo, para alcanzar la conclusión de que los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, como tiene declarado este Tribunal (Sentencias 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4) requeriría, más allá de la conclusión desestimatoria extraída por alguna de las partes, analizar si el derecho a la libre circulación está reconocido con carácter general en alguna ley interna o en algún tratado internacional suscrito y ratificado por España; y a este fin, cabe constatar que el art. 20 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente en el momento de adoptarse las resoluciones impugnadas, disponía que «las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente -salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley». De modo que, sentado lo que antecede, la constitucionalidad de la prohibición de salida del territorio español del demandante de amparo, que llegó a España de forma lícita para declarar voluntariamente en el procedimiento 17/97, en cuanto medida limitativa de su derecho a la libre circulación, precisaría examinar también si constituye una limitación prevista en la ley y si es proporcionada y necesaria, ya que, en todo caso, no podemos olvidar que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable (por todas sentencias

207/1996, de 16 de febrero, FJ 4). Así lo hemos declarado también específicamente respecto de las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas (sentencia 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3).

Todo ello, no obstante, con independencia de que si se llegara a la conclusión de que la medida impuesta afecta a la libre circulación de las personas, las exigencias de previsión legal y proporcionalidad debieran ser analizadas desde la perspectiva de un canon diferente al requerido por el derecho a la libertad personal.

b) En el caso analizado, la prohibición de salida del territorio español y la consecuente retirada del pasaporte no constituye una medida autónoma, sino una de las garantías que integran la medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, esto es, la libertad provisional. ...

2. 3. SENTENCIA 024/2000, LIBERTAD DE RESIDENCIA Y EXTRANJEROS

- 1. ¿El sometimiento del derecho a residir a una autorización administrativa podría considerarse la vulneración del contenido esencial del derecho, al menos si se tratase de un español?**
- 2. Analiza las exigencias de los límites de los derechos antes vistas con relación a esta sentencia.**
- 3. Observa las garantías fijadas por interpretación combinada 10. 2, 13, 19.**

4. Debe finalmente tenerse en cuenta que los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 C.E., Sentencias 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaquim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), como este Tribunal ha tenido ocasión de recordar en sentencia 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre.

Las sentencia 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, han precisado las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los arts. 13, 19 y 24 C.E., interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus arts. 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que «el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la

autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

Del referido precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: El primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo «las razones que le asisten en contra de su expulsión».

Si se cumplen esas garantías, cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (sentencia 94/1993, de 22 de marzo, FJ 4), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos (art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de Extranjería), intervención judicial que supone para este extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa de la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar la propuesta administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 21.2, párrafo primero, y 26.1 y 3 de la Ley de Extranjería), puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de habeas corpus de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (Sentencias 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre).

DÉCIMOTERCERO. GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 25

1. Derechos y garantías del artículo 24

Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

1. 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 24 es sin duda el derecho fundamental más citado en recursos de amparo, y sin duda, en cualquier procedimiento judicial en el que se invocan derechos fundamentales⁵⁷, seguido, ya de lejos por la igualdad.

El número de sentencias que han perfilado el alcance de este derecho es incuantificable⁵⁸ y, puede incluso decirse que todo el Derecho procesal queda tan determinado por este derecho que carece de sentido profundizar en esta asignatura por cuanto el alumno lo hará en las asignaturas de la disciplina del Derecho procesal.

En todo caso, procede, cuanto menos, recordar el tenor del artículo 24, recordar que habría que remitir a la también muy nutrida jurisprudencia del TEDH al respecto (en particular artículo 6). Asimismo se incluye una referencia jurisprudencial que resume el contenido del artículo 24. 1º CE y, de otra parte, una descripción de las facultades, derechos y garantías que se incluyen en este artículo, con remisión a dos muy útiles fuentes donde el alumno podría perfilar la doctrina jurisprudencial.

⁵⁷ Así, la Memoria 2005 del Tribunal Constitucional recuerda que:

Los derechos fundamentales invocados con mayor frecuencia son los recogidos en el art. 24, precepto que en total se invoca, incluido si se invoca junto con otros derechos -en un 87,41 por 100 de los recursos y solamente el 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva) en un 34,65 por 100 de los recursos-; seguidos de los derechos a la igualdad, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, dada la relevancia cuantitativa de los asuntos penales (superior siempre al 40 por 100).

⁵⁸ En este punto, en la base de datos del Tribunal Constitucional la búsqueda de “tutela judicial efectiva” depara más de siete mil sentencias.

Sobre estas bases, el alumno ya formado en derechos fundamentales puede fácilmente acceder a los recursos para profundizar aplicando sus conocimientos de doctrina general sobre derechos fundamentales, puesto que se trata de uno de ellos.

1. 2. SENTENCIA TC 102/1984, DE 28 DE NOVIEMBRE: RESUMEN DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 24. 1

II. Fundamentos jurídicos

2. Para resolver la cuestión planteada es necesario partir de la doctrina sentada por el Tribunal en relación al mencionado precepto, en la medida en que interesa para la resolución del presente recurso.

a) En cuanto al ámbito del Derecho, el Tribunal ha señalado que comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en Derecho y el de obtener la ejecución de la Sentencia (Sentencia 4/1984).

b) El derecho de acceso a la tutela judicial no comprende, con carácter general, la existencia de una doble instancia en materia civil -de que aquí se trata-, pero cuando la Ley la establece el derecho fundamental se extiende a la misma en los términos y con el alcance previstos por el Ordenamiento (Sentencia citada, entre otras).

c) El contenido normal del derecho fundamental, como precisa la Sentencia 68/1983, de 26 de julio, es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo cuando exista alguna causa impeditiva prevista por la Ley que no vaya en contra del contenido esencial del derecho, que ha de respetar el legislador.

d) En conexión con lo anterior, en orden a los defectos en la preparación del recurso, el Tribunal ha declarado también que el art. 24.1 contiene un mandato que obliga a interpretar la normativa vigente de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (Sentencias 19/1983, de 14 de marzo, fundamento jurídico 4; 65/1983, de 21 de julio, fundamento jurídico 4, y 59/1984, de 10 de mayo, fundamento jurídico 3). En la misma línea, la Sentencia 57/1984, de 8 de mayo, fundamento jurídico 3, ha afirmado que la potestad de verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en un criterio de proporcionalidad, que impone un diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

e) Cuando la resolución que se obtiene no es de fondo, el Tribunal, dado que el recurso de amparo no es una tercera instancia, no revisa con carácter general la legalidad aplicada; pero teniendo en cuenta que tal resolución afecta al contenido normal del derecho fundamental, entiende que puede incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación del amparo, cuando es arbitraria, o irrazonable, o irrazonada, o se basa en una interpretación distinta de la antes expuesta [Sentencias, entre otras, 69/1984, de 11 de junio, fundamento jurídico 2, y de 16 de octubre de 1984, fundamento jurídico 5, a)].

f) Finalmente, debe señalarse que el derecho a la ejecución de las Sentencias y resoluciones firmes, en cuanto está comprendido en el art. 24.1 de la Constitución, no impide que el legislador establezca supuestos de firmeza potencialmente debilitada, como sucede con los recursos de revisión y otros casos que podrían citarse, pero impide que al margen de tales supuestos se dejen sin efecto las resoluciones firmes; así lo exige también el principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal contenidos en los arts. 9.2 y 117.3 de la Constitución [Sentencia 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico 4 E)].

1. 3. DETALLE Y REMISIÓN A LAS GARANTÍAS, FACULTADES Y DERECHOS DEL ARTÍCULO 24 CE

Ver Código de derechos fundamentales en

<http://constitucion.rediris.es>

en concreto

<http://constitucion.rediris.es/CodigoDF/Paginas/TutelaJudicial.html?id=1>

Ahí dispone Ud. de la jurisprudencia seleccionada conforme a estos criterios y contenidos:

1. Acceso al proceso
- 2 Juez ordinario
- 3 Defensa/Resolución motivada
- 4 Prueba pertinente
- 5 Dilaciones indebidas. Proceso justo
- 6 Imparcialidad judicial
- 7 Garantías proceso penal

1. Acceso al proceso:

a) Acceso al proceso

- Consideraciones generales
- Características
- Canon y proporcionalidad
- Subsanabilidad de defectos
- En defensa de un derecho fundamental

b) Acceso al recurso:

- Canon
- Recursos no penales
- Doble instancia penal
- Manifiesta improcedencia
- Indicación errónea de recursos
- Frustración imputable a la parte
- Escritos a término
- No es derecho incondicionado a las sustanciación del proceso
- No es un derecho a un proceso o trámite procesal determinado
- Concepto de respuesta motivada

2 Juez ordinario

- a) Doctrina general: Canon general
 - Juez previsto “ex ante”
 - Juez fijado en la ley
- b) Competencia/Reparto de asuntos
- c) Salas de refuerzo
- d) Composición órgano juzgador: Doctrina general
- e) Cambios en la composición del tribunal

3 Defensa/Resolución motivada

- a) Doctrina general: Doctrina general
 - Concepto constitucional de indefensión
 - Diligencia de la parte
 - Deberes del órgano judicial
 - Límites del derecho de defensa
- b) Comunicación procesal: Comunicación procesal
 - Doctrina general
 - Instrumentos de comunicación
 - Cédula a terceros
 - Por edictos
- c) Resolución congruente y motivada: Motivación. Doctrina general
 - Canon reforzado
 - Motivación por remisión
 - El error patente
 - Incongruencia. Doctrina general
 - Por omisión
 - Por exceso y por error
- d) “Reformatio in peius”
- e) Ejecución de lo juzgado/intangibilidad de resoluciones judiciales
 - Doctrina general
 - Ejecuciones provisionales/alternativas/inejecuciones
 - Diligencia del juez en la ejecución
 - Denegación de medidas cautelares
 - Condenas de futuro
 - Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

4 Prueba pertinente

- a Doctrina general
- b Aspectos particulares:
 - Denegación de recibimiento a prueba
 - Prueba admitida y no practicada

Prueba en segunda instancia

5 Dilaciones indebidas. Proceso justo

- a) Doctrina general sobre dilaciones
- b) Condiciones de existencia
- c) Derecho a un proceso público: En general
 - Publicidad del proceso
 - Declaración de actuaciones secretas
 - El secreto de sumario
- d) Derecho aun proceso con garantías

6 Imparcialidad judicial

- a) doctrina general
- b) supuestos: Supuestos
 - Admisión a trámite de una querella
 - Proceso e imparcialidad
 - Juicio de faltas
 - Auto de apertura de juicio oral
 - Juicios paralelos
 - Iniciativa probatoria del juez

7 Garantías proceso penal

- a) Defensa y asistencia letrada
 - Doctrina general
 - Abogado de oficio
 - Asistencia letrada al detenido
 - Derecho a la autodefensa
- b) Información de la acusación
 - Doctrina general
 - Imputaciones tardías
- c) Derecho a no confesarse culpable
 - Doctrina general
 - Derecho a guardar silencio
 - Pruebas autoincriminatorias
- d) Posición del imputado
 - Doctrina general
 - Instrucción sobre sus derechos

Asistencia letrada
Primera declaración tras detención
Participación en diligencias de investigación

e) El principio acusatorio

Doctrina general
Iniciativa probatoria del juez
Actuaciones prohibidas
Y congruencia

f) Presunción de inocencia

Doctrina general y canon
“In dubio pro reo”
Alcance de la revisión del TC
Concepto de prueba de cargo
Prueba ilícita
Supuestos y pruebas de cargo : Prueba sumarial/preconstituida
Prueba indiciaria
Diligencias/Atestados policiales
Testimonios indirectos
Declaraciones de coimputados
Declaraciones sumariales

2. Artículo 25 CE: legalidad penal y sancionadora y “non bis in idem”

2. 1. SENTENCIA 25/2002, LEGALIDAD SANCIONADORA Y COLABORACIÓN LEY-REGLAMENTO

Con esta sentencia es posible recordar de una forma relativamente sectilla el contenido del artículo 25^{1º} en tanto alegado en su plenitud.

- 1. Observa las cinco alegaciones del recurrente a los efectos de recordar el contenido del artículo 25. 1 CE. (FJ 1º)**
- 2. Observa la exposición del principio de legalidad y tipicidad penal y administrativa para el tribunal y el significado de “legislación” (FJ 4º).**
- 3. Observa la relativización del principio de legalidad penal y sancionadora y la posibilidad de colaboración con el reglamento**

en la fijación de infracciones y sanciones. Señala en concreto qué es lo que prohíbe el tribunal. (FJ 4º in fine)

- 4. Según el FJ 5º, ¿Son posibles las remisiones de ley a reglamento en el ámbito sancionador? ¿Y en el penal? ¿En qué condiciones?**
- 5. Observa en FJ 5º “Párrafo “Pues bien...” por qué considera admisible la remisión al reglamento”, hasta el punto de concluir que “permitía predecir con suficiente grado de certeza...”.**
- 6. ¿Cuál es el criterio del tribunal para determinar si la remisión al reglamento era constitucional o no?**
- 7. FJ 6º, El principio de tipicidad afecta sólo a la determinación de las conductas infractoras, o también a las penas o sanciones? Qué dice el tribunal desde el punto de vista del criterio de predeterminación normativa de las sanciones de infracciones.**

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo tiene carácter mixto: por un lado se dirige contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de febrero de 1992, confirmatorio del Acuerdo de 3 de mayo de 1991, por el que se sancionó a la recurrente con multa de setenta millones de pesetas; por otro, el amparo se impetra respecto de la Sentencia de 19 de diciembre de 1996 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el primero de los citados Acuerdos, confirmando la sanción impuesta.

La demandante imputa a las resoluciones administrativas sancionadoras, y a la Sentencia que las confirma, cinco vulneraciones del art. 25.1 CE. La primera, por infracción del principio de legalidad sancionadora y del principio de tipicidad de las infracciones administrativas, pues la multa se impuso en aplicación de lo dispuesto en los arts. 91 a 93 de la Ley 25/1964, modificados por el art. 2 d) y la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, preceptos que incumplirían la garantía material (tipicidad) y formal (reserva de Ley) exigida por el art. 25.1 CE. En concreto, se alega que el art. 91 de la Ley 25/1964 se limita a enunciar que la infracción de preceptos legales y reglamentarios sobre “registro y comunicación de datos” será sancionada gubernativamente, remitiendo para su tipificación a una norma infralegal, el Plan básico de emergencia nuclear (PBEN), regulado en la Orden Ministerial de 29 de marzo de 1989.

La segunda vulneración del art. 25.1 CE se habría producido por infracción del principio de la predeterminación normativa de las sanciones impuestas, ya que su regulación incumpliría la garantía material de la configuración precisa de las sanciones y de la correspondencia necesaria entre éstas y las infracciones, omitiendo cualquier criterio de graduación.

La tercera vulneración del art. 25.1 CE la funda la recurrente en la infracción del principio *non bis in idem* por haber sido doblemente sancionada: por la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1989, que acordaba la suspensión del permiso de explotación definitivo de la central nuclear, que ya era una sanción, y mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros aquí impugnado, existiendo entre ambas sanciones una identidad de sujeto, de hechos y de fundamento.

La cuarta vulneración del art. 25.1 CE se denuncia en relación con el art. 9.3 CE, por no haberse apreciado la prescripción de la infracción sancionada, que habría tenido lugar por la inactividad de la Administración entre el 2 de marzo de 1990, en que la

entidad formuló alegaciones frente al pliego de cargos, y el 28 de febrero de 1991, en que se le notificó la propuesta de resolución.

Finalmente, y de forma subsidiaria, se denuncia una quinta vulneración del art. 25.1 CE por infracción del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción administrativa, puesto que según la recurrente puede deducirse de la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, que la sanción de setenta millones de pesetas impuesta a la entidad es una sanción muy grave, en su grado medio, calificación incorrecta si se acuden a los nuevos criterios fijados por la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional, que da nueva redacción a los arts. 91 y 92 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear.

...

4. Sobre esta base, importa recordar nuestra consolidada jurisprudencia sobre las exigencias del art. 25.1 de la Constitución en el ámbito sancionador administrativo. Para ello, debemos comenzar señalando que el derecho fundamental enunciado en aquel precepto incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (por todas, sentencia 42/1987, de 7 de abril, FJ 2).

A partir de ahí, hemos precisado que la garantía material contenida en aquel precepto tiene un alcance absoluto, como se afirma en la Sentencia citada, de manera que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (Sentencias 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3; 153/1996, de 30 de septiembre, FJ 3). Por el contrario, la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (Sentencias 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 29/1989, de 6 de febrero, FJ 2; 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2), que no excluiría la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (Sentencias 83/1984, de 24 de julio, FJ 4; 42/1987, FJ 2; 3/1988, de 21 de enero, FJ 9). Lo que el art. 25.1 CE prohíbe, hemos matizado, es la remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley (Sentencias 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10.b; 116/1999, de 17 de junio, FJ 16; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3).

5. A la luz de esta jurisprudencia, puede afirmarse que en el presente caso no se han incumplido las exigencias del art. 25.1 CE en la tipificación de la infracción.

La entidad recurrente fue sancionada por incumplir los mandatos del art. 91 de la Ley 25/1964, el cual establece que “la infracción de los preceptos legales y reglamentarios” sobre determinadas materias, entre otras, “registro y comunicación de datos” y “condiciones de seguridad técnica o sanitaria del personal”, “será sancionada

gubernativamente”; y por incumplir lo establecido en el plan básico de energía nuclear, que dispone: “inmediatamente después de la identificación del suceso iniciador [que pueda conducir a una emergencia], el Director de Emergencia efectuará su notificación al CECOP y al SALEM” (apartado III.1.1).

Desde el punto de vista de la garantía material contenida en el art. 25.1 CE, exigible también a normas preconstitucionales (sentencia 116/1993, FJ 3) como la aquí examinada, hemos declarado que no vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión (Sentencias 219/1989, FJ 5; 116/1993, FJ 3). Por lo tanto, el art. 25.1 CE no excluye que la norma de rango legal contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (Sentencias 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3). Como ha expresado concisamente la reciente sentencia 132/2001, de 8 de junio, el art. 25.1 CE proscribire toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio (FJ 5).

Pues bien, ningún reproche puede realizarse *ex art. 25.1 CE* a la remisión que el art. 91 de la Ley 25/1964 hace a normas reglamentarias para integrar el tipo legal de infracción administrativa, pues no puede entenderse que la remisión que efectúa dicha norma a “preceptos legales y reglamentarios” sobre “registro y comunicación de datos” y “condiciones de seguridad técnica o sanitaria del personal” impidiera al interesado conocer las conductas sancionables. El precepto legal, a) describe una conducta claramente consistente en la omisión de la comunicación de datos, y b) concreta que éstos, en lo que ahora importa, se refieran a las condiciones de seguridad técnica y a la explotación de las instalaciones nucleares, elementos ambos perfilados por el plan básico de emergencia nuclear que insistentemente alude a la “detección a tiempo” de anomalías (Presentación, ap. III) y a la notificación a la autoridad competente de los sucesos que puedan producir daños a las personas o sus bienes (ap. I, Bases y I.3.a, Principios), notificación ésta que ha de producirse “inmediatamente” después de la identificación del suceso iniciador (ap. III.1.1), lo que no pasa de ser una obviedad, claramente contenida en una Ley dirigida a proteger vidas, salud y haciendas (art. 1.b) de los gravísimos daños que puede ocasionar un accidente nuclear y que reclaman urgentísimas medidas preventivas.

Así las cosas, sin necesidad de insistir en la muy importante cualificación del personal de las instalaciones nucleares y radiactivas (Título V del Decreto 2869/1972, de 21 de julio), ha de concluirse que la normativa indicada permitía predecir con suficiente grado de certeza que existía una infracción administrativa consistente en la tardanza en la comunicación de un suceso generador de peligro, lo que sin duda incluía el incidente litigioso, dada la descripción que del mismo hace la Sentencia impugnada: “Al producirse el incendio en la Central Nuclear de Vandellós-I, a las 21 horas, 39 minutos, del día 19 de octubre de 1989, en el grupo turboalternador principal, número 2, que determinó la rotura de las tuberías de aceite de lubricación de la turbina y una fuga de hidrógeno de refrigeración del alternador, el personal de turno procedió al inicio de las labores de extinción del incendio inmediatamente. Veinte minutos después, en la Sala de Control se observaron problemas en la regulación automática de la alimentación al cambiador principal de calor, lo que provocaba paradas y arranques alternativos y simultáneos de las bombas de alimentación del agua al cambiador, por bajo nivel en los tanques de alimentación complementarios. También que los tanques

de almacenamiento de agua EDOK y de transferencias TFOR, perdían nivel y que la cava empezó a inundarse”. Cuestión distinta y ajena a esta jurisdicción constitucional (art. 44.1.b LOTC) es la relativa al hecho, que la resolución judicial entiende probado, de la inexistencia y tardanza en las distintas comunicaciones del acontecimiento. Ha de concluirse así que el conjunto normativo señalado ofrece un nivel de previsibilidad y certeza que cumple las exigencias de *lex certa*, y por ello su aplicación a la recurrente no vulneró, en este punto, la garantía material contenida en el art. 25.1 CE.

La conclusión anterior hace asimismo inviable la queja por vulneración de la garantía formal del art. 25.1 CE. En efecto, hemos declarado que la reserva de ley contenida en este precepto constitucional prohíbe dejar a la potestad reglamentaria, por entero y *ex novo*, la definición de las conductas susceptibles de sanción (sentencia 60/2000, FJ 4), circunstancia que no se da en el presente supuesto, pues, incluso prescindiendo de que se trataba de una normativa preconstitucional (Sentencias 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7; 42/1987, de 7 de abril, FJ 3; y 177/1992, de 1 de diciembre, FJ 3), ha de subrayarse que la norma legal, como hemos afirmado, tipifica los elementos esenciales de la conducta por la que fue sancionada la entidad demandante de amparo. Y aún podría añadirse que las concreciones del plan básico entroncan directamente con la expresa finalidad de la Ley: “proteger vidas, salud y haciendas contra los peligros derivados de la energía nuclear y de los efectos nocivos de las radiaciones ionizantes” (art. 1. b).

6. Descartada la queja por vulneración del principio de tipicidad de las infracciones, debemos examinar ahora la relativa a la predeterminación normativa de las sanciones, garantizada asimismo por el art. 25.1 CE. Alega la entidad solicitante de amparo, coincidiendo con ella el Ministerio Fiscal, que la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, modificativa de los arts. 92 y 93 de la Ley 25/1964, incumple la garantía material de tal predeterminación porque establece la cuantía de aquéllas omitiendo cualquier graduación, fijando sus límites máximos en función de la autoridad competente, y sin ninguna correspondencia con las infracciones, lo cual impide al administrado conocer la sanción que pudiera corresponderle según el tipo de infracción.

Formulada en estos términos, la queja debe ser acogida. En efecto, hemos afirmado que la exigencia material absoluta de predeterminación normativa afecta no sólo a la tipificación de las infracciones, sino también a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones impondibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas (sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 3). Con base en este canon, hemos reprobado explícitamente en otros pronunciamientos la técnica utilizada por la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, que modificó el art. 93 de la Ley 25/1964, dado que en ella no se establece graduación alguna de las sanciones en función de las infracciones, sino un límite máximo de aquéllas en función del órgano que las impone, dejando a éste un amplísimo margen de apreciación en la fijación del importe de la multa que puede imponer al infractor, a quien no se garantiza mínimamente la seguridad jurídica. Esta técnica legislativa en sí misma infringe directamente el art. 25.1 CE al encomendar por entero a la discrecionalidad judicial o administrativa el establecimiento de la correspondencia necesaria entre los ilícitos y las sanciones (sentencia 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 2), y por ello su aplicación en el presente caso vulneró el derecho a la legalidad sancionadora de la demandante.

Y así lo ha entendido también el propio Tribunal Supremo en las Sentencias de 8 de enero de 1998 y de 2 de diciembre de 1999, relativas precisamente a la aquí examinada Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980.

7. De lo anterior se concluye que la sanción impuesta a la entidad recurrente en base a la Ley 25/1964 (arts. 92 y 93), y a la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, infringió el principio de legalidad de las sanciones y por ello los Acuerdos del Consejo de Ministros de 7 de febrero de 1992 y de 3 de mayo de 1991, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1996 que los confirmó, vulneraron el derecho de la demandante a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). En consecuencia, procedente será el otorgamiento del amparo solicitado, declarando la nulidad de las resoluciones administrativas y de la Sentencia impugnada en el presente recurso, lo que hace innecesario el examen de las restantes quejas formuladas en la demanda.

2. 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POSIBILIDAD DE ORDENANZAS MUNICIPALES: REMISIÓN A MATERIAL DE PRÁCTICAS

En efecto, tenga en cuenta el material adjunto a la práctica del Bando sancionatorio del nudismo.

2. 3. RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”

(Elaboración propia)

1. **¿Lees en el artículo 25. 1 el principio de ne bis in idem? A partir de dónde se reconoce.**
2. **¿Qué fundamento o finalidad se le atribuye?**
3. **¿Qué protege desde su vertiente material?**
4. **Iniciar dos procesos penales con el mismo objeto se considera posible en general? Bajo qué derecho fundamental?**
5. **Desde la perspectiva formal. “Ten en cuenta la triple exigencia”.**
6. **Qué crees que pasa si conduzco bajo los efectos del alcohol, constituyendo una posible sanción administrativa y penal.**
7. **Crees que un policía que es condenado por un delito puede ser sancionado administrativamente con la expulsión del cuerpo?**
8. **Tenga en cuenta la evolución jurisprudencial desde 2003**

El principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones.

Tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada "el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo"

Este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento".

En su vertiente material:

impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora

constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento

el Tribunal ha ubicado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto. (ejemplo: prohibición de incurrir en *bis in idem*, hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito)

no es lesión de este derecho: haberse sustanciado dos procedimientos penales, pues sólo existía una coincidencia parcial entre los hechos enjuiciados; ni la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho

Vertiente formal o procesal de este principio, regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal.

la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hecho

Necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia:

- a) el necesario control *a posteriori* por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso;
- b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos;
- c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.
- d) prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos.

Así pues, es presupuesto habilitante de dicho principio y su garantía cuando se constata la triple identidad, de hecho, sujetos y fundamentos, esto es, el *bis in idem*,

“la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento.”

Hay que tener en cuenta que el fundamento punitivo que se persiga debe ser diferente, el bien o interés jurídico protegido por las normas que castigan, ha de ser diferente.

Evolución jurisprudencial

La STC 2/2003, de 16 de enero, que dictada por el Pleno del TC, modifica la doctrina sentada por la STC 177/1999 y se decanta por considerar que la imposición de dos sanciones, una administrativa inicial y otra penal, no entraña exceso en la respuesta punitiva de los poderes públicos a la infracción cometida cuando la primera sanción queda embebida en la segunda.

El TC llega a la conclusión de que desde la perspectiva formal no se viola el principio del non bis in idem porque la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador.

Desde la vertiente material del principio non bis in idem, el TC considera correcta la solución en estos casos de deducir la sanción administrativa de la pena impuesta en ejecución de sentencia. Esta solución no es contraria a la legalidad vigente, siendo adecuada por razones de justicia material y respetuosa con el principio de proporcionalidad. La doctrina de la STC 2/2003 ha calado en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del TS (vid. SSTS 833/2003, de 2 Junio y 654/2004, de 25 de mayo).

(Así lo recuerda la Instrucción 10/2005 De La Fiscalía General Del Estado).

DÉCIMOCUARTO. IGUALDAD

(téngase especialmente en cuenta los “pasos” específicos para el juicio de igualdad)

El valor, principio y derecho de igualdad, se aborda al final de los materiales y estudio por la particular dificultad constitucional que entraña. Una vez manejados los “pasos” de los demás derechos fundamentales y conocidos éstos, procede ahora manejar y recordar los “pasos” especiales por cuanto se trate de la igualdad.

Como inicio, se incluyen unos materiales propios relativamente sencillos para el tratamiento y aproximación teórica a la materia (igualdad formal, material, etc.). Asimismo, se incluye un recordatorio de variadas formas de protección legislativa de este principio por el legislador. Sobre estas bases, se sigue lo que es fundamental, el tratamiento jurisprudencial de este derecho y principio, en modo alguno depurado por el Alto Tribunal.

Es sobre la jurisprudencia cómo se puede apreciar cómo –aunque irregularmente- el tribunal sigue los “pasos” particulares de la igualdad, tanto para discriminaciones especialmente prohibidas como en casos generales. Asimismo, se incluyen diversos extractos con reglas singulares de útil manejo (discriminación por indiferenciación, no igualdad fuera de la ley, etc.). Sobre estas bases generales se aborda particularmente la igualdad de sexo y, en concreto, el particular tratamiento que merece la categoría de discriminación indirecta.

Por último, y más allá de la “estrella” en la materia que es la no discriminación por sexo, se aborda algún caso de discriminación particularmente prohibida. Uno sobre orientación sexual, materia a la que el tribunal no se había enfrentado directamente hasta febrero de 2006 y otro sobre raza, en el que –quizá llamativamente- se sigue cómo es posible considerar que un tratamiento diferenciado por la policía basado en la raza, no es necesariamente inconstitucional.

1. ¿Qué igualdad protege la Constitución? Una breve aproximación a la igualdad

De “COTINO HUESO, Lorenzo, La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI, CEPC, Madrid, 2000.

1. 1. ¿CÓMO HA TRADUCIDO EL ESTADO CONSTITUCIONAL LA PERENNE IDEA DE IGUALDAD?

La idea de la igualdad ha estado presente en toda la historia y el pensamiento occidental y qué duda cabe que con una especial intensidad en los dos últimos siglos, donde ha pasado a constituir un eje de los sistemas jurídicos y de las propuestas y logros políticos y sociales. Ahora bien, no resulta en modo alguno sencillo determinar el significado de la noción igualdad, en especial dado que la amplitud de este concepto

supone que acoja en su seno no pocas concepciones y significados. Así, desde la igualdad política formulada por Aristóteles hasta el igualitarismo material socialista pueden situarse no pocas dimensiones del concepto, facetas que en buena medida se han ido consolidando históricamente para el mundo del Derecho.

Entre los logros de Revolución francesa cabe señalar la proclamación de la igualdad formal, igualdad ante la ley, centrada básicamente en la generalidad de la ley y la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los Tribunales⁵⁹. Desde entonces, en el marco del constitucionalismo occidental comenzaría el proceso de consolidación de la igualdad jurídica formal, concepto que no sólo comprendería la inicial igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces y la Administración; y lo que es más, la igualdad formal pasó a incluir también la igualdad en la ley, esto es, la necesidad de que las normas respeten también en su contenido el principio de igualdad⁶⁰. De otra parte, como es sabido, la noción de la igualdad ha tenido un indudable contenido social y redistributivo a lo largo de la Historia, connotación que ha venido íntimamente ligada a la idea de justicia. En este sentido, particularmente en los Estados constitucionales europeos, que asumieron su carácter social, se ha ido desarrollando la dimensión material de la igualdad, que implica la obligación del Estado de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos. Sin embargo, esta igualdad material ha gozado de una protección más tibia que la de la igualdad formal⁶¹. Además, frente a un entendimiento de la igualdad material como igualdad de resultados (igualdad en el reparto definitivo de los bienes sociales), en el constitucionalismo moderno ha prevalecido la concepción de la igualdad material como la búsqueda de una igualdad de oportunidades o de puntos de partida, compatible con la economía capitalista.

Tal y como tan escuetamente se ha expuesto, estas vertientes conforman el significado de la igualdad para los Estados constitucionales occidentales. Cabe advertir que las facetas señaladas no agotan el contenido de la igualdad sino que, en buena medida, puede entenderse que se acumulan⁶², al tiempo que no excluyen la incorporación de nuevas dimensiones del concepto jurídico de igualdad.

⁵⁹ El artículo 1 de la Declaración francesa de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho”.

⁶⁰ Resulta del todo explicativa la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 de junio. En su FJ 1º se afirma que “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas [esto es, igualdad *en* la ley ...] en otro plano, en el de la aplicación, la igualdad *ante* la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”. La cursiva es mía.

⁶¹ La igualdad material viene recogida en el artículo 9. 2º CE. Su mayor debilidad respecto de la igualdad formal se aprecia con nitidez en la sentencia 98/1985, de 29 de julio, donde el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar que “no puede entenderse su aplicación [del artículo 9. 2º CE] para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos.” (FJ 9º)

⁶² Ahora bien, para alcanzar la igualdad material en muchas ocasiones exige la quiebra de la igualdad formal. En esta dirección, el Tribunal constitucional en la (sentencia 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º) señala que “El artículo 9. 2 CE puede actuar como un principio matizador de la

1. 2. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA IGUALDAD

En España, la igualdad se ha conformado jurídicamente tanto como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1. 1º CE) cuanto como un principio y derecho fundamental; asimismo, su constitucionalización ha incluido las dos vertientes antedichas: la igualdad formal (art. 14 CE) y la igualdad material (art. 9. 2º CE), así como otros preceptos⁶³.

En tanto valor superior, la igualdad fundamenta el conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que lo inspira, así como sirve de parámetro de admisibilidad del mismo, esto es, “toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema, proclama” (sentencia 8/1983, FJ 3º).

Como principio jurídico, la igualdad vincula de modo general la actuación de todos los poderes públicos, incluyendo al propio legislador.

Por último, en cuanto derecho fundamental, la igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto.

Es menester también hacer mención del reconocimiento de la igualdad en la regulación internacional de los derechos y libertades, sobretodo, teniendo en cuenta que esta normativa no sólo tiene carácter de derecho interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 96 CE, sino que tales tratados se configuran como elementos en la interpretación de la propia Constitución en esta materia de derechos fundamentales, tal y como dispone el artículo 10. 2º CE. En este sentido, queda recogida la igual dignidad de todo ser humano y la igualdad en la garantía y goce de los derechos reconocidos en tales tratados⁶⁴, destacando la importancia de la no discriminación por razón de sexo en

igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”.

⁶³ No agotan estos preceptos la recepción expresa de la igualdad en la Constitución, así, el artículo 23. 2º CE supone una concreta manifestación de la igualdad ante la ley y de la igualdad política. De otra parte, los artículos 139 y 149. 1.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica.

⁶⁴ La Declaración Universal de derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 dispone que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1).

Por lo general, en los textos internacionales se hace concreta alusión a la necesidad de una igual garantía de los derechos que se reconocen en los mismos, incluyendo fórmulas que hacen alusión a los diversos colectivos que han sufrido o sufren las mayores discriminaciones. Así, en la DUDH (art. 2. 1º señala la titularidad de los derechos reconocidos “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”); en los pactos internacionales de Derechos civiles y políticos (PIDCP) y el de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) (ambos de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977) se emplean también estas fórmulas. Así, el art. 2. 2º PIDSC repite literalmente la fórmula de la DUDH, y el art. 4. 1º PIDCP, más breve, hace referencia a la “raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”. Un tenor más amplio se da en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre, ratificado por España el

el seno de la Unión Europea⁶⁵, recientemente reflejada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁶.

2. Alguna legislació, en especial, la Ley 3/2007

26 de septiembre de 1979, en cuyo artículo 14 CEDH se asegura el igual disfrute de los derechos reconocidos sin distinción de “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

⁶⁵ La Unión Europea ha ido ampliando las parcelas sobre las que ha garantizado el principio de igualdad. En el inicial Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 25 de marzo de 1957 se garantizaba la no discriminación por razón de la nacionalidad (antiguo art. 6, actual art. 12) o la igualdad entre productores y consumidores (art. 40, actual 34) así como el principio de no discriminación por razón de sexo (que el art. 119 TCEE, actual 141, sólo reconocía en materia salarial. Gracias a una labor impulsora del Tribunal de Luxemburgo (TJCEE), con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la igualdad de sexo ha pasado a ser uno de los fines esenciales de la Comunidad (actuales arts. 2 y 3. 2º); a la vez, se ha extendido el ámbito de la proyección de la igualdad, que ahora pasa a alcanzar la lucha contra la discriminación por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 6 A), actual art. 13).

⁶⁶ Así en su Preámbulo

2.- La Unión está fundada sobre los principios indivisibles y universales de dignidad de hombres y mujeres, libertad, igualdad y solidaridad; reposa en el principio de democracia y el Estado de Derecho.

Y en particular en el Capítulo III, dedicado a la Igualdad:

Artículo 20. Igualdad ante la Ley

Todas las personas, hombres y mujeres, son iguales ante la Ley.

Artículo 21. Igualdad y no discriminación

1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2.- Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

Artículo 22. Igualdad entre hombres y mujeres

Debe garantizarse la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y de trabajo, incluida la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de valor igual.

El principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

2. 1. LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES (DEFINICIONES Y ALGÚN ASPECTO PUNTUAL)

A la vista del texto de la Ley de 2007:

- 1. ¿Cuándo es admisible elegir sexo al empleador (art. 5)?**
- 2. Tenga presentes los conceptos de discriminación directa e indirecta (Art. 6).**
- 3. Observe la definición de las acciones positivas y sus requisitos para ser admisibles constitucionalmente (art. 11).**
- 4. ¿En general, quién debe probar si hay o no discriminación y si la medida fue proporcional? ¿Y en los procesos penales? (Art. 13).**
- 5. ¿Qué derechos consideras afectados en razón del artículo 75? ¿Consideras obligatoria su imposición?**

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

...

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Artículo 11. Acciones positivas.

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

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

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Artículo 75. Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley.

2. 3. VALORACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO PREVIA A LA ADOPCIÓN DE LEYES Y REGLAMENTOS

Desde la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno se dispone:

-Artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica.

artículo 24.1.b de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

2. 4. CÓDIGO PENAL (ARTS. 22, 314, 510-512, 607)

Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Artículo 314.

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.

Artículo 510.

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Artículo 511.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 512.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación

especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

Artículo 607.

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

2. 5. LEY ORGÁNICA 4/2000, DE EXTRANJERÍA E IGUALDAD

Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

1. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Artículo 23. Actos discriminatorios. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

3. Criterios jurisprudenciales sobre igualdad

3. 1. SENTENCIA 200/2001, HIJOS ADOPTIVOS, CRITERIOS GENERALES DISCRIMINACIÓN ANTE LA LEY

- 1. Fija la diferencia legislativa, la diferenciación que establece y que va a ser enjuiciada de si es o no discriminatoria (FJ 2). Observa los términos de comparación fijados en este caso “las situaciones a considerar...”. Observa cómo se dice que no se trata de “igualdad EN la ley” (FJ 2, final).**
- 2. Observa y efectúa un esquema de la doctrina sobre igualdad expresada en el FJ 4º de la sentencia. En concreto, ten muy presente la definición que se da del derecho el derecho subjetivo de igualdad. Compáralo con los pasos especiales de la igualdad. Observa lo relativo a la necesaria fundad, razonable y objetiva justificación y la no desproporcionalidad de la medida (FJ 4 a).**

3. Igualmente fija tu atención en lo relativo a las cláusulas prohibidas de discriminación (FJ 4B). ¿es una lista cerrada?, ¿es imposible establecer diferenciaciones basadas en las circunstancias prohibidas?, ¿qué consecuencias tienen tales prohibiciones (“canon de control”, “carga de la prueba”)?
4. ¿La discriminación por filiación queda en el ámbito de la discriminación prohibida por nacimiento? (FJ 4C).
5. Observa con atención la doctrina sobre el “juicio de igualdad”, lo afirmado como requisitos obligados previos (FJ 5).
6. En el caso concreto, habiendo una diferencia de trato, ¿considera el Tribunal Constitucional que los términos de comparación son admisibles? (FJ 6). Resume los argumentos sigue en este caso el tribunal.
7. Por qué considera el Tribunal discriminatoria la diferencia establecida entre hijos adoptados y naturales (FFJJ 7, 8 y 9).
8. Observa lo afirmado respecto de la acción prestacional de los poderes públicos. Esto es aplicable a cualquier actividad de subvención
9. Ya en particular, ¿Sería inconstitucional que no se reconociesen estas pensiones de orfandad a todo huérfano? (FJ 8). Asimismo, observa lo afirmado respecto de la finalidad de evitar fraudes (FJ 9).

II. Fundamentos jurídicos

2. ...La lectura de los apartados transcritos pone de manifiesto que el derecho de los hijos adoptivos a la pensión de orfandad quedaba sometido al condicionamiento adicional que se recogía en el segundo inciso del art. 41.2, de modo que tenían derecho a la pensión de orfandad si, *además de concurrir los requisitos señalados con carácter general en el art. 41.1, el adoptante había sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de adopción*. Así pues, el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 diseñaba un régimen jurídico diferente para los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza en orden al derecho a percibir la pensión de orfandad, ya que para éstos sólo se exigían los requisitos de carácter general del art. 41.1, en tanto que para aquéllos se imponía además el ya reiteradamente aludido requisito temporal del segundo inciso del art. 41.2.

La cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento se contrae a determinar, por lo tanto, si este requisito temporal que el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 exigía para que los hijos adoptivos tuvieran derecho a la pensión de orfandad supone un tratamiento diferenciado entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza que, por discriminatorio, resulta lesivo del derecho a la igualdad en la Ley (art. 14 CE). Las situaciones a considerar, al objeto de efectuar el juicio de igualdad, vienen constituidas, de un lado, por los hijos adoptivos, a los que se les imponía aquel requisito temporal, y, de otro, por los hijos por naturaleza, y no por las diferentes situaciones en las que se podrían encontrar los hijos adoptivos entre sí en función de que el adoptante hubiera sobrevivido o no dos años al menos desde la fecha de la adopción. Así resulta de los propios términos de la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, por lo que deben de ser descartadas las dudas que el Abogado del Estado expone al respecto en su escrito de alegaciones sobre los términos de comparación que han sido tenidos en cuenta en la mencionada Sentencia, al estimar que el precepto aplicado por

las resoluciones administrativas y judicial impugnadas contenía una discriminación respecto a los hijos adoptivos que pugnaba con el derecho constitucional de igualdad en la Ley (art. 14 CE), y, por consiguiente, sus razonamientos en orden a justificar la constitucionalidad del precepto desde esta perspectiva.

[...]

4. El enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE del requisito temporal que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 para reconocer a los hijos adoptivos el derecho a la pensión de orfandad hace preciso traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación recogidas en el mencionado precepto constitucional.

a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, *como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.*

Como tiene declarado este Tribunal desde la sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que *no* toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, *el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.* Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. *En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida* (Sentencias 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

b) *La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que*

han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, Sentencias 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, Sentencias 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, sentencia 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, Sentencias 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, sentencia 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (Sentencias 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

c) En este sentido, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (Sentencias 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de

modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (sentencia 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (sentencia 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5).

5. El juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (sentencia 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (Sentencias 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.

En el presente supuesto, como ya se ha dejado constancia y cabe deducir con absoluta nitidez de la lectura del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987, es evidente la diferencia que el mencionado precepto establecía desde la perspectiva de los derechos pasivos, en concreto, de la percepción de la pensión de orfandad, entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza, al imponer a aquéllos como requisito para que pudieran tener derecho a la pensión de orfandad que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, el cual, así como ningún otro requisito temporal, no era exigido, sin embargo, a los hijos por naturaleza.

6. Un análisis más detenido requiere el segundo de los presupuestos antes aludido, esto es, la homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza. La concurrencia o no de dicha homogeneidad o equiparación pasa necesariamente por abordar la caracterización jurídica de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto, por determinar si la misma constituye o no una forma o modalidad de filiación, ya que sólo en tal caso nos encontraríamos ante dos situaciones que, a efectos de lo establecido en el art. 14 CE, podrían considerarse iguales.

La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE). En este sentido no cabe sino compartir los razonamientos del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado de que dentro del margen de libertad del legislador se encontraría la posibilidad de establecer o no una institución a la que denominase adopción o, incluso, de configurarla al margen de la relación genérica de filiación.

Siendo ello cierto, sin embargo no lo es menos, sin necesidad de detenerse en la evolución que ha experimentado la regulación de la adopción desde la redacción originaria del Código Civil, que el legislador postconstitucional, ya en la Ley 11/1981, de

13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha configurado y caracterizado la institución de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma o modalidad de filiación, estableciendo al respecto la nueva redacción que se dio al art. 108 del Código que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”.

A diferencia de la vigente regulación de la adopción, que sólo contempla una modalidad a la que se le confieren los mismos efectos que a la filiación por naturaleza (arts. 108 y 175 a 180 CC), hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, coexistían en nuestro Ordenamiento dos modalidades de adopción, la plena y la simple, equiparándose únicamente la adopción plena a la filiación por naturaleza en la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En los distintos efectos atribuidos a una y otra modalidad de adopción, equiparándose sólo la plena a la filiación por naturaleza, radica, sin duda, el motivo por el que este Tribunal en la sentencia de la Sala Segunda 33/1983, de 4 de mayo, consideró que la denegación de la pensión de orfandad a un adoptado en forma simple no vulneraba el principio de igualdad ya que el legislador partía de dos formas diferentes de adopción con efectos y regímenes jurídicos también distintos. En tal contexto global debe entenderse el sentido de la expresión contenida en esa Sentencia de que “se comprende que en el régimen de pasivos ... era perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión solo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad de plena, y aun que se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo”. Es claro que la alusión a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo se hace en esta Sentencia, de modo meramente incidental, siendo la verdadera *ratio decidendi* la diferenciación de regímenes de adopción. Por ello no se puede ver en dicha Sentencia y en esa concreta expresión una aceptación de la legitimidad constitucional de que en un régimen único de adopción, en el que ésta se equipara a la filiación por naturaleza, tenga cabida la limitación temporal, cuyo enjuiciamiento es el objeto único del actual proceso.

En lo que aquí interesa, basta con resaltar que la adopción aparece configurada y caracterizada en nuestro ordenamiento jurídico como una forma de filiación, determinando, en consecuencia, el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado, que el propio art. 108 CC prevé, además, que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. En otras palabras, la filiación puede tener lugar en nuestro ordenamiento tanto por naturaleza como por adopción, radicando la diferencia entre una y otra modalidad de filiación en su origen, pues en tanto aquélla deriva de la existencia de un nexo biológico, ésta viene determinada por resolución judicial. De otra parte, esta caracterización de la adopción como forma de filiación sintoniza con lo establecido en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 19 de marzo de 1993, ratificado por España el 27 de marzo de 1995, cuyo art. 26.1 dispone que “el reconocimiento de la adopción supone el reconocimiento: A) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos...”.

Así pues, siendo la adopción, como lo es, una forma de filiación, las situaciones subjetivas que se pretenden comparar reúnen los requisitos de identidad y homogeneidad que a los efectos del juicio de igualdad impone el art. 14 CE.

7. La diferencia de trato normativo entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado viene referida a una prestación social, la pensión de orfandad, respecto a la que el derecho a percibirla viene determinado, al margen de los requisitos específicos relativos a la edad de los beneficiarios que son comunes a los hijos adoptivos y por naturaleza y, por consiguiente, intrascendentes a los efectos de la diferenciación enjuiciada, por la existencia de una relación de filiación entre el causante y los

beneficiarios de la misma. El trato desigual en perjuicio de los hijos adoptivos es un hecho indiscutible desde el momento en que se condicionaba su derecho a la percepción de la pensión a que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, no exigiéndose, por el contrario, requisito temporal alguno a los hijos por naturaleza. Y no se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender, circunstancia en la que están de acuerdo todas las partes que han comparecido en este proceso, que el único factor diferencial y determinante del distinto trato normativo viene dado por el diferente origen de la filiación de unos y otros beneficiarios, esto es, por su condición de hijos adoptivos o de hijos por naturaleza.

Al fundarse exclusivamente el diferente trato que dispensaba la norma en la filiación de los posibles beneficiarios de la prestación es evidente que la misma resulta contraria, no sólo al art. 14 CE, en cuanto utiliza como criterio de diferenciación una característica —la filiación— excluida como causa de discriminación por el mencionado precepto constitucional, al encuadrarse concretamente tal circunstancia en la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento, sino también al mandato que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, pues, configurada la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma de filiación, ambos preceptos constitucionales imponen un régimen igual entre las distintas modalidades de filiación en el plano de sus efectos o consecuencias jurídicas.

8. A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que pudiera admitirse, de conformidad con la doctrina constitucional de la que se ha dejado antes constancia, que tal elemento de diferenciación pudiera ser utilizado excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 5 de mayo, FJ 8), las razones que en defensa de su constitucionalidad expone en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado en ningún modo satisfacen el canon más estricto y riguroso que en estos casos requieren las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, aduce, en primer término, las *importantes matizaciones que experimenta el derecho constitucional a la igualdad cuando se proyecta sobre la acción prestacional de los poderes públicos*. Ciertamente es, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (Sentencias 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, por todas), así como también que corresponde a su libertad de configuración articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo en este caso el mandato constitucional del art. 39.2 CE de asegurar la protección integral de los hijos, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado [Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 a); 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5]. Ahora bien, no es menos cierto, sin embargo, que, configurado un determinado mecanismo o expediente para la protección de los hijos, su articulación concreta deberá de llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a las que en este ámbito imponen el principio de igualdad (art. 14 CE) y el propio art. 39.2 CE, so pena de incurrir en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. Ello sin perjuicio, obviamente, de que en atención a las disponibilidades económicas de cada momento para atender a las necesidades sociales el legislador pueda, respetando estas prescripciones constitucionales, diferenciar al determinar los posibles beneficiarios de la prestación en atención a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4).

9. En segundo lugar, como ya hiciera con ocasión del recurso de amparo que resolvió la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, el Abogado del Estado insiste de nuevo para justificar la diferenciación normativa que entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado en que *la finalidad del requisito temporal que a aquéllos imponía era la de evitar posibles fraudes, tratándose así de impedir que la causa real de la adopción fuera la de facilitar al adoptado una pensión de orfandad en vez de constituir en realidad un vínculo jurídico de filiación.*

Para rechazar tal argumentación, como causa que pudiera justificar la diferenciación normativa enjuiciada, basta con remitirse, asumiéndolos ahora, a los razonamientos vertidos al respecto en la *sentencia 46/1999, de 22 de marzo, con base en los cuales concluyó la Sala Primera de este Tribunal que la desigualdad creada por la norma, ni era razonable, ni proporcionada al fin perseguido por la misma, de modo que tal diferencia debía de considerarse contraria al art. 14 CE.* Se dijo al respecto en la mencionada Sentencia, y procede reiterar en este momento, que tal cautela frente al fraude de Ley resultaba claramente desproporcionada, pues *“con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera realmente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta”.* Razonamiento al que se añadía que esta forma de proceder del legislador no resultaba tampoco razonable, ya que *“además de presumir que se ha actuado en fraude de Ley, [se] establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)” (FJ 2).*

FALLO

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

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción” del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

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

Dada en Madrid, a cuatro de octubre de dos mil uno.

3. 2. IGUALDAD SÓLO DENTRO DE LA LEGALIDAD, NO FUERA DE ÉSTA

- 1. Observa la regla mantenida desde estas dos sentencias del Tribunal Constitucional. Consideras que lleva a soluciones justas? Piensa, por ejemplo, que no te conceden una beca, aun sin cumplir todos los requisitos, pero a todos los compañeros de tu clase, incumpliendo los mismos requisitos que tú, sí que se la conceden. O que te multan por ir a 130 por la autopista, y en el**

mismo momento y lugar que te multan, todos pasan a igual o mayor velocidad.

2. ¿Se te ocurren medios jurídicos para atacar lo que socialmente puede resultar una discriminación?

Sentencia 37/1982

El recurrente, en efecto, invoca, en primer lugar, el principio de igualdad ante la Ley, empleando, según se dijo, como término de comparación, su urbanización ilegal suspendida por inexistencia de preceptivo plan de ordenación y de licencia municipal de parcelación, con otras muchas que dice están en igual condición y que no han sido objeto de acuerdo alguno, lo que nunca puede suponer la infracción del art. 14 de la Constitución, puesto que la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se sienta discriminado, ha de ser dentro de la legalidad, y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales, ni tampoco para convalidar jurídicamente los defectos imputables a la siempre limitada eficacia en el plano de los hechos, que las actuaciones de los poderes públicos despliegan, para el restablecimiento de la realidad física o jurídica alterada ilegalmente.

Sentencia 43/1982

Ahora bien el principio de igualdad ante la ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad, pues el incumplimiento de ésta en algunos casos puede ciertamente llevar a pronunciamientos de carácter anulatorio o sancionatorio, pero no puede amparar el incumplimiento de todos ni su cobertura bajo un supuesto principio de igualdad fuera de la ley.

3. 3. SENTENCIA 181/2000 NO DISCRIMINACIÓN POR INDIFERENCIACIÓN

Recuerda esta doctrina asentada brevemente por el tribunal, considerando el carácter ajurídico de legítimas peticiones de trato equiparador e igualdador.

Téngase en cuenta lo dicho en los “pasos” de la igualdad sobre lo dicho y su difícil articulación con alguna sentencia del TEDH, así como con la aplicación de la discriminación indirecta.

FJ 14...

Finalmente, resta por examinar la también aducida vulneración del derecho a la igualdad, que se entiende producida porque el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genera un tratamiento igual de supuestos diversos. Pues bien, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (sentencia 114/1995, de 6 de julio, F.J. 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (sentencia 16/1994, de 20 de enero, F.J. 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (sentencia 308/1994, de 21 de noviembre, F.J. 5). En definitiva, «el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación» (sentencia 164/1995,

de 13 de noviembre, F.J. 7) por lo que tampoco puede acogerse, desde esta perspectiva, la tacha de inconstitucionalidad así formulada.

IGUALDAD Y DIVERSA REGULACIÓN AUTONÓMICA, “POSICIONES JURÍDICAS FUNDAMENTALES”, SENTENCIA 247/2007 ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

1. Tenga en cuenta el concepto de posiciones jurídicas fundamentales y vínculelo con los derechos fundamentales.
2. Estime si es posible alegar el artículo 14 CE respecto del tratamiento jurídicamente diferenciado en razón de la diversa regulación autonómica, en particular, que incida en el ejercicio de los derechos fundamentales.

4. ... Al respecto, conviene apuntar ya la idea de que la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles se garantiza por Ley de las Cortes Generales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE), pero las Leyes autonómicas, garantizada esa igualdad fundamental en la materia de que se trate, pueden también incidir en dichas posiciones jurídicas, si han asumido competencias sobre las mismas:...

"Uno es, en efecto, el ámbito propio del principio constitucional de igualdad ex art. 14 (principio que impide, en lo que aquí interesa, que las normas establezcan diferencias no razonables o arbitrarias entre los sujetos a un mismo Legislador) y otro, sin duda alguna, el alcance de las reglas constitucionales que confieren competencias exclusivas al Estado o que limitan las divergencias resultantes del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias. Estos últimos preceptos (y, entre ellos, los arts. 139.1, 149.1.1 y 149.1.18, invocados en la presente cuestión) aseguran, con técnicas diversas, una determinada uniformidad normativa en todo el territorio nacional y preservan también, de este modo, una posición igual o común de todos los españoles, más allá de las diferencias de régimen jurídico que resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de la autonomía (por todas, STC 122/1988, fFJ 5). Pero ni la igualdad así procurada por la Constitución -igualdad integradora de la autonomía- puede identificarse con la afirmada por el art. 14 (precepto que no es medida de validez, por razón de competencia, de las normas autonómicas) ni cabe tampoco sostener que esta última -igualdad en la ley y ante ley- resulte menoscabada a resultas de cualquier conculcación autonómica del orden, constitucional y estatutario, de articulación y distribución de competencias. Como dijimos ya en la STC 76/1986 (fundamento jurídico 3), la divergencia entre normas que emanan de poderes legislativos distintos no puede dar lugar a una pretensión de igualdad (aunque sí, claro está, a otro tipo de controversia constitucional)" (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 5).

En definitiva, el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley que incorpora el art. 14 CE no puede concebirse haciendo caso omiso de la diversidad normativa que deriva directamente de la Constitución (arts. 2 y 149.3), dentro de ciertos límites (fundamentalmente, los derivados del art. 149.1.1 CE para el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y del art. 139.1 CE, en su alcance general, como se verá en los FFJJ 13 y siguientes).

3. 5. SENTENCIA 240/1999, DIFERENCIACIÓN EN ADMINISTRACIÓN (INTERINOS), MATERNIDAD Y GÉNERO, DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y MATERIAL

1. **¿Cuál es el trato diferente sometido al juicio de igualdad en el presente caso? (FJ 1).**
2. **¿En qué se fundamentaba dicho trato diferenciado?**
3. **Cuál es el argumento básico de la recurrente para alegar una discriminación por sexo; ¿cabe que tengan dichos argumentos una naturaleza estadística.?**
4. **Observa lo afirmado de forma general sobre la discrecionalidad del legislador de organizar a la administración, desde sentencia 7/1984 (FJ 3). ¿Puede exigirse un trato igualitario en principio entre los diversos cuerpos y categorías funcionariales?**
5. **¿considera el Tribunal Constitucional posible negar el derecho de excedencia en beneficio de la familia a determinadas categorías de servidores públicos? ¿Cuál es su criterio para considerar que es discriminatorio la negación del derecho a excedencia para la solicitante en este caso concreto? ¿Se hace posible según el tribunal diferenciar entre interinos de muchos años y funcionarios? (FJ 4 final).**
6. **Entrando ya en la perspectiva de género, observa lo dicho por el tribunal en su FJ 5 (inicio) sobre la necesidad de aportar un término de comparación. En particular observa al respecto lo afirmado en el segundo párrafo del FJ 6.**
7. **Observa las definiciones de discriminación directa e indirecta en el FJ 6. Observa la particular incidencia en la materia de la jurisprudencia y legislación comunitarias.**
8. **Observa el resumen efectuado en el FJ 6, párrafo “En suma...”.**
9. **Observa lo afirmado respecto de los datos estadísticos al final del fundamento 6º.**
10. **observa lo que se afirmó en la sentencia 109/1993 respecto de la lactancia.**
11. **Observa el resumen jurisprudencial que opera el tribunal respecto de casos relativos a al maternidad. En concreto, qué se dijo respecto de falta de motivación respecto de fin de relación de fase de pruebas por embarazo o sobre la posible discriminación por no renovación de contrato a una embarazada.**
12. **Medita ahora la idea de no discriminación por indiferenciación de la anterior sentencia.**

II. Fundamentos jurídicos

1. *La cuestión que debemos resolver en el presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si la denegación de la solicitud de la recurrente, funcionaria interina, de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la versión dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, vigente en el*

momento de la referida solicitud, luego modificada por el art. 2 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo), ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E. y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

Tanto la resolución administrativa que deniega la excedencia como el ulterior pronunciamiento judicial que confirma esta resolución fundan la denegación en la propia razón de ser de la situación de interinidad, obstativa de toda suspensión de la relación funcional, que únicamente sería de aplicación a las relaciones de carácter permanente, como sucede con los funcionarios de carrera. Ambas resoluciones, y en particular la judicial, añaden el argumento de que no se aporta término de comparación válido para apreciar la discriminación por razón de sexo, ya que no se menciona ningún caso «en que se haya otorgado a un funcionario varón, en sus mismas circunstancias, lo que la Administración Autonómica denegó a la actora»; sostienen que los funcionarios de carrera de ambos sexos pueden legalmente solicitar este tipo de excedencias, en tanto que esa posibilidad está vetada para los funcionarios interinos, con lo que en el plano normativo no hay discriminación. La Sentencia concluye rechazando el «peculiar razonamiento estadístico» utilizado por la recurrente según el cual, olvidando lo establecido legalmente, «son sólo las mujeres quienes utilizan la excedencia por cuidado de hijos».

[...]

La recurrente parte de la premisa de que la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al art. 14 C.E. que un tratamiento formalmente igualitario no repara. Los datos que demostrarían esta situación de discriminación radicarían, según la actora, en el hecho de que la mayoría de los médicos interinos dependientes del Servicio de Sanidad de la Junta son mujeres y, lo que es más significativo, que la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino. Constan en las actuaciones remitidas a este Tribunal sendos informes del Jefe del Servicio de Personal de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social y de la Directora General del Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales en los que se corroboran estos extremos. A tales datos la recurrente añade el hecho de que las situaciones de interinidad, sobre todo en el ámbito de la sanidad, en la práctica se prolongan en el tiempo durante varios años, como cabalmente ha sucedido en su caso en el que cuando solicitó la excedencia llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad.

El Ministerio Fiscal, por su parte, vuelve a plantear en sus alegaciones, para rechazarla, la cuestión de la posible falta de agotamiento de los recursos procedentes al no haber interpuesto la actora un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, a la luz de la sentencia 188/1994 podría considerarse pertinente y, en cuanto al fondo, propugna la desestimación de la demanda de amparo con el argumento de que no se aporta un término de comparación adecuado, ya que «no resulta idónea la comparación entre funcionarios titulares e interinos», ni se «demuestra que en caso de haber sido varón la excedencia hubiera sido concedida».

[...]

3. El enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada en este proceso constitucional de amparo debe partir de la constatación de que, a tenor de las disposiciones generales aplicables al caso, el legislador reconoce a los funcionarios, varones y mujeres, el derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para el cuidado de los hijos con derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año (art. 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la

Función Pública, en la redacción dada por la Ley 3/1989). Por su parte, el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), tras definir en su art. 5 a los funcionarios interinos como aquellos funcionarios de empleo «que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera», establece que «a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción de derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas».

Como queda dicho, para la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y para la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León es precisamente la necesidad y urgencia de la prestación del servicio y la consiguiente imposibilidad de interrumpir su prestación lo que caracteriza la vinculación de los funcionarios interinos con la Administración, lo que impide reconocerles el derecho a solicitar la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos. Esta imposibilidad no conculcaría el derecho a la no discriminación por razón de sexo, ya que el criterio aplicado para negar la excedencia es únicamente la condición de interinidad con independencia del sexo de quien presta el servicio.

Pues bien, es lo cierto que este Tribunal desde la sentencia 7/1984 ha declarado en numerosas resoluciones que *los diversos Cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho y en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que éste haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 un tratamiento igualitario.*

Sin embargo, en el presente supuesto se dan dos circunstancias que, en su concreta concurrencia o actuación conjunta, permiten concluir que, dadas las características particulares del caso, efectivamente la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E.

4. En primer lugar debe tenerse presente que la razón última por la que se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 C.E.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 C.E.). La previsión de la excedencia responde, pues, a principios y exigencias de relieve constitucional, aunque ciertamente no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a gozar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, ni puede negarse, desde la perspectiva constitucional, la posibilidad de que el legislador reconozca el disfrute de este derecho al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a aquellas personas que por motivos de urgencia y de necesidad del servicio lo desempeñan de forma provisional en tanto no se provean las plazas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, pues, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia.

Sin embargo, esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco

años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración.

Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.

Es más, en el presente supuesto esa vulneración del derecho a la igualdad conlleva, como hemos avanzado, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, alegación en la que pone especial énfasis la recurrente.

5. En efecto, queda dicho, para la recurrente el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.

6. En relación con las alegaciones de la recurrente conviene advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E.», que contiene un derecho y un «mandato antidiscriminatorio» (sentencia 41/1999), «comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo» (sentencia 198/1996, fundamento jurídico 2.; en sentido idéntico, Sentencias 145/1991, 286/1994 y 147/1995). Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la

retribución de los trabajadores (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötel o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 C.E., no resulta en todo caso necesario aportar un tertium comparationis para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E., en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, *en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial -STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo -STJCE de 9 de febrero de 1999-, trabajadores con menos fuerza física, -sentencia 149/1991-, etc.).* En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health, entre otras).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 C.E. debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 C.E. repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que «*implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.*» (sentencia 145/1991, fundamento jurídico 2.). Para ello deberá atender necesariamente a los «*datos revelados por la estadística*» (sentencia 128/1987, fundamento jurídico 6.). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

7. Partiendo de esta perspectiva, de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida y de los que se deducen de los informes que obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La primera ha sido ya analizada y se refiere al hecho de que la legislación que regula las situaciones funcionariales de interinidad ha venido permitiendo una interpretación y aplicación de legalidad ordinaria, que en numerosas ocasiones, como la aquí enjuiciada, ha convertido lo que debía ser una relación en principio temporal, desempeñada provisionalmente por razones «de necesidad o urgencia» en tanto no se proveyesen por funcionarios de carrera, en una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo. En estas circunstancias, la resolución de una relación funcional interina para poder cuidar de los hijos supone efectivamente un grave obstáculo a la permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre.

En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.).

A una conclusión parecida llegamos en la sentencia 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. *En la mencionada Sentencia, relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la sentencia 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas «se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... (pues) “existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él”» (fundamento jurídico 6.); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres -y sólo a ellas- la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos.*

Es lo cierto que en el presente caso no juzgamos la constitucionalidad de una medida de discriminación o, más exactamente, de acción positiva legalmente establecida a favor de la mujer. Sin embargo, constatado que en este caso la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos produce efectivamente una discriminación para la mujer y que afecta a un bien tan importante como la permanencia en el trabajo, debemos concluir que la referida denegación supone un trato discriminatorio por razón de sexo.

En términos parecidos nos hemos manifestado con otros supuestos también enjuiciados por este Tribunal en los que la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento en el que aquélla se aplica. Este es el caso, por ejemplo, de las situaciones derivadas del embarazo o de la maternidad. *En estos supuestos el Tribunal Constitucional ha mantenido la doctrina de que el art. 14 C.E. prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres -y en los que, por tanto, tampoco cabe exigir*

como término de comparación a la situación de los varones-, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando una grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.).

Así, por ejemplo, se ha descalificado, por desconocedor de las exigencias de no discriminación por razón de sexo, la ausencia de motivación en la decisión empresarial de poner fin a una relación laboral en período de prueba, cuando la trabajadora había puesto en conocimiento de la empresa su estado de embarazo (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 5.), en coherencia con las de distribución de la carga de la prueba que han de aplicarse en estos supuestos, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, Sentencias 38/1981, 103/1983 y 104/1983). Asimismo, y en relación con un caso en que se dilucidaba la corrección de la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada, se ha afirmado que el simple ejercicio de un acto de libertad por el empresario al margen del contrato de trabajo no enerva per se la denuncia de discriminación, en la medida en que «la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que, a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminación el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de la aplicación del art. 14 C.E. y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación» (sentencia 173/1994, fundamento jurídico 3.).

En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. -según se apunta en la sentencia 109/1993-; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así «diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (sentencia 166/1988, fundamento jurídico 2.). *Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo.*

Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, no puede alegarse esta circunstancia en una relación cuya duración supera con creces los cinco años.

8. De cuanto llevamos dicho se deduce que la denegación de la solicitud de excedencia para el cuidado de los hijos, derivada de la concreta situación de interinidad de la recurrente, ha conculcado su derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 C.E. De esta conclusión no cabe deducir, sin embargo, que la única forma de superar la situación discriminatoria apreciada sea estableciendo medidas de acción positiva que protejan tan sólo a las mujeres, puesto que caben otras soluciones posiblemente más acordes con la necesidad de evitar la perpetuación de la división sexista de las labores familiares; sin embargo a los limitados efectos de la resolución de este proceso constitucional de amparo basta con declarar la vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente y anular las resoluciones impugnadas al haber realizado una interpretación y aplicación del art. 29 de la Ley 30/1984, en relación con el art. 105 de la

Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), contraria a dicho precepto constitucional.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1. Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.).

2. Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia, de 27 de junio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, resolutoria del recurso núm. 384/1995, así como la Resolución, de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, objeto de impugnación en el antedicho proceso.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Voto particular ...

3. 6. SENTENCIA 41/2006, DE 13 DE FEBRERO LA “ORIENTACIÓN SEXUAL” ESTÁ ESPECIALMENTE PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 14. EJEMPLO DE APOYO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En esta sentencia –la primera directamente sobre el tema- sigue cómo fundamenta el tribunal que la orientación sexual es una discriminación especialmente prohibida.

- 1. Observa que, en esta ocasión, el tribunal no considera la “orientación sexual” en la palabra “sexo” del artículo 14.**
- 2. Observa cómo se apoya el tribunal en los tratados internacionales y sus órganos interpretativos para interpretar el artículo 14.**
- 3. ¿Cuál es, pues, la conclusión del Tribunal?**

FJ 3º “es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, 48, y S.L. contra Austria, 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; o 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria).

Del mismo modo, y en relación con el artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso Toonen contra Australia, 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, 10.4).

Finalmente, es imprescindible la cita del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Pueden mencionarse, entre otras, por aludir a esa previsión o a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE

del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por otra parte, el artículo 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la "orientación sexual" como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución. Bajo esas circunstancias, extendiendo a estos terrenos la doctrina constitucional sentada en relación con otros motivos de discriminación -distintos en su causa pero coincidentes en la protección constitucional que precisan-, *concluiremos que en el ámbito de las relaciones laborales la prohibición de discriminación por orientación homosexual alcanzará tanto a decisiones causales como el despido, como a decisiones empresariales ad nutum. Y es que la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sea cual sea su orientación sexual.*"

SENTENCIA 62/2008, DE 26 DE MAYO DE 2008 LA SALUD COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN DENTRO DE LOS ESPECIALMENTE PROHIBIDOS

- 1. ¿Qué criterio fija el tribunal para analizar si un criterio de diferenciación es de las prohibiciones de discriminación? (FJ 5º)**
- 2. En este caso, ¿se considera la salud como factor prohibido? ¿Bajo que argumentos se adopta la decisión?**
- 3. ¿Tener en cuenta la salud del sujeto supone una discriminación prohibida? ¿En qué casos sí y cuáles no?**

FJ 5º... debemos partir de la consideración de que, como es patente, no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, como indica acertadamente la Sentencia de suplicación citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el art. 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario

a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).

Así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responda a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por "la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral" (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5).

6. Pues bien, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

No es éste, sin embargo, el supuesto aquí analizado, en el que la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales ha puesto inequívocamente de manifiesto que en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo. Por decirlo de otra manera, la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo, hasta el punto de que, según afirma, de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla.

A) La sentencia 13/2001

1. **Observa los hechos enjuiciados (FJ 1º)**
2. **Observa las manifestaciones generales del Tribunal Constitucional respecto de la discriminación racial o étnica. Observa cómo en el presente caso se pasa de todo un grupo a la proyección en un individuo. (FJ 7).**
3. **Fija tu atención en lo dicho respecto de la igualdad en el marco de las relaciones laborales, en concreto sobre discriminaciones patentes y encubiertas.**
4. **Qué dice el tribunales sobre las características físicas étnicas a los efectos de controles de documentación (FJ 8) como criterios indiciarios. ¿Resulta también relevante el hecho de que se tratase de una estación de trenes? ¿Se consideró proporcional la actuación tras la selección de persona a identificar? ¿Podría haber sido racista la selección de un negro para control de documentación de extranjería en la estación? (FJ 8 final).**
5. **Cabría una orden o instrucción general de solicitar la documentación a todos los de rasgos orientales, negros, latinoamericanos, etc. (FJ 9 inicio).**
6. **Qué se considera en el presente caso atendidas las circunstancias. En qué circunstancias se fija el tribunal para ver si hubo discriminación encubierta (FJ 9).**
7. **Observa lo dicho respecto de la carga de la prueba en el FJ 10.**
8. **Fija las discrepancias básicas expresadas en el voto particular.**

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se impugna la Resolución del Ministerio del Interior citada en el encabezamiento, por medio de la cual se denegó la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido contra aquella Resolución. Los demandantes de amparo habían reclamado una indemnización de 5.000.000 de pesetas por los daños morales sufridos por la Sra. Williams Lecraft, su esposo y el hijo de ambos como consecuencia de una actuación policial que los demandantes consideraban discriminatoria por motivos raciales. Dicha actuación habría consistido en que el 6 de diciembre de 1992, cuando la *Sra. Williams Lecraft, su marido y su hijo descendieron de un tren en la estación ferroviaria de Valladolid la policía solicitó la documentación exclusivamente a la indicada señora sólo por ser de color. Ante las protestas del Sr. Calabuig-París, basadas en la discriminación racial que ello implicaba, se produjo un traslado a las dependencias policiales existentes en la misma estación, en las cuales, tras comprobar que la Sra. Williams Lecraft era española, la policía le pidió disculpas y dejó marchar a los tres demandantes.*

[...]

7. Centrándonos ya en la cuestión de fondo (la aducida discriminación racial), hemos de recordar que este Tribunal se ha manifestado ya, en las ocasiones en que, aun desde otra perspectiva, se le han planteado cuestiones sobre discriminación racial o étnica, afirmando tajantemente el carácter odioso de la aludida forma de discriminación, prohibida en forma expresa tanto por el art. 14 de nuestra Constitución como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14). Así, en la sentencia 126/1986, de 22 de octubre (FJ 1), calificamos la discriminación racial de perversión jurídica, y en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, hemos rechazado rotundamente que, bajo el manto protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20 CE), puedan cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, “puesto que ... ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”. Y si bien las aludidas manifestaciones las efectuábamos en relación con el ataque al honor dirigido contra todo un pueblo (en el caso considerado, el judío), tal rechazo absoluto es predicable también de aquellas conductas que, proyectadas sobre un solo individuo, encuentran su motivación en la pertenencia de éste a un determinado grupo racial, étnico o religioso. Finalmente en la sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, (FJ 4, párrafo 4) tuvimos ocasión de afirmar, como colofón de todo el razonamiento desarrollado en ella, que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica.

8. En el estudio de las discriminaciones fundadas en razones expresamente prohibidas en el art. 14 CE, que han sido objeto de nuestra atención especialmente en el ámbito de las relaciones laborales (sentencia 198/1996, de 3 de diciembre, y las en ella citadas, sobre discriminación por razón de sexo), hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.

Los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo. Del mismo modo el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, dispone que “los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo

dispuesto en las normas vigentes”, pudiendo ser requerida su identificación a tenor del art. 20.1 de dicha norma. Pues bien, es en el marco del ejercicio de esta potestad, amparada legalmente cuando no se desvía de la finalidad para la que se otorgó, en el que ha de indagarse si se produjo una discriminación encubierta por motivos raciales. *A tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne.*

A esto cabe añadir que el lugar y el momento en el que dicha persona se encuentra, en los cuales es usual que lleve consigo la documentación acreditativa de su identidad, hace que no resulte ilógico realizar en ellos estos controles, que, por las circunstancias indicadas, resultan menos gravosos para aquél cuya identificación se requiera. La variedad de circunstancias de esta índole (lugares de tránsito de viajeros, de hospedaje, zonas con especial incidencia de la inmigración, etc.) determina que su valoración sea eminentemente casuística. A lo anterior ha de añadirse que, aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo. La transgresión de esta condición de ejercicio, no sólo hace a éste contrario al Ordenamiento, sino que puede ser reveladora de que, la que en principio puede parecer una razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las funciones policiales, no es tal, sino que ha sido efectuada o aprovechada para infligir un daño especial o adicional a quienes pertenecen a determinado grupo racial o étnico. Es decir, que *bajo el manto protector del ejercicio de unas funciones legalmente previstas se encubre un móvil racista o xenófobo en la decisión misma de ejercitar dichas funciones o en el modo concreto en que, atendidas las circunstancias, se llevaron a cabo.*

9. En el presente caso ha de desecharse que el requerimiento de identificación efectuado a la Sra. Williams Lecraft obedeciera a una discriminación patente. En efecto, ha quedado descartado que existiese una orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza, pues el recurso de alzada contra la supuesta instrucción general en ese sentido fue inadmitido por la inexistencia de tal instrucción, y la resolución administrativa correspondiente fue confirmada por la Audiencia Nacional en vía contencioso-administrativa, sin que se haya acudido en amparo ante este Tribunal en relación con estos pronunciamientos.

En orden a indagar si se produjo o no una discriminación racial *encubierta* en la concreta forma de ejercicio de la potestad policial de identificación, es decir, si el requerimiento de identificación produjo a la Sra. Williams Lecraft, en su calidad de integrante de un grupo racial concreto, un impacto adverso que, atendidas las circunstancias concurrentes, resulta objetivamente injustificado o inidóneo para el cumplimiento de la finalidad en función de la cual se confirió la potestad para llevar a cabo el requerimiento identificatorio cuestionado, *habrá de observarse si existe algún dato de entre los tenidos por probados que permita afirmar que las características raciales de la Sra. Williams Lecraft fueron tomadas en consideración para pedirle la documentación por algún otro motivo que el de su genérico carácter indiciario de una mayor probabilidad de que la interesada fuese extranjera.* A tales efectos conviene recordar que, *aun advirtiendo de la prudencia con la que deben usarse las referencias de carácter étnico para evitar malentendidos, su utilización con carácter descriptivo, en sí misma considerada, no resulta por principio discriminatoria (sentencia 126/1986, FJ 1).* Para realizar esta valoración no es superfluo recordar que este Tribunal ha de respetar los hechos declarados probados por la Sentencia que agotó la vía judicial [art. 44.1 b) LOTC], pues fue ante la jurisdicción ordinaria donde el demandante

dispuso de la posibilidad de impugnar la apreciación de los hechos efectuada por la Administración en la Resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad. Hemos de partir, por tanto, de los hechos explícita o implícitamente admitidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional y centrar nuestro análisis en su significación en orden a la existencia o no de una discriminación por motivos raciales en la actuación policial. *Para ello se ha de resaltar que la Sentencia de la Audiencia Nacional afirma expresamente que no queda acreditado en los autos que la actuación policial fuese desconsiderada o humillante. Es más, los demandantes de amparo no denuncian que se produjese un trato ni siquiera incorrecto, sino que atacan la utilización del color de la piel de la Sra. Williams Lecraft como criterio determinante de que se le pidiese su documentación.*

Pues bien, del relato de hechos de la Resolución administrativa recurrida, no desvirtuada en el proceso judicial previo a este recurso de amparo, se desprende que la actuación policial usó el *criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española. Ninguna de las circunstancias acaecidas en dicha intervención indica que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico, como se alega en la demanda. Así, la actuación policial se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, una estación de ferrocarril, en el que, de una parte, no es ilógico pensar que exista mayor probabilidad que en otros lugares de que las personas a las que selectivamente se solicita la identificación puedan ser extranjeras, y, de otro, las incomodidades que todo requerimiento de identificación genera son menores, así como razonablemente asumibles como cargas inherentes a la vida social. De hecho los requerimientos de identificación en función de las apariencias que permitían razonablemente presumir la condición de extranjeros de determinadas personas hicieron posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992.*

Finalmente, como queda dicho, *no aparece tampoco acreditado que los funcionarios policiales desplegasen su actuación de forma desconsiderada, ofensiva o gratuitamente obstaculizante de la libertad de circulación de la demandante de amparo, pues la intervención policial se prolongó únicamente lo imprescindible para lograr la identificación.* Finalmente puede descartarse que los agentes de policía actuasen de un modo airado o llamativo que hiciese pasar a la Sra. Williams Lecraft y sus acompañantes a un primer plano que les resultase afrentoso o incómodo frente a la colectividad de ciudadanos que hubiese en la propia estación de ferrocarril, sino que la toma de los datos de identidad se produjo en las dependencias policiales existentes en la misma estación.

Lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en este caso los ciudadanos extranjeros. Estos, como ha quedado expuesto, están obligados a exhibir los documentos justificativos de su estancia legal en España, obligación de identificarse que, por lo demás, afecta a la generalidad de los ciudadanos según resulta del art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en relación con su art. 9 y el art. 12 del Decreto núm. 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, en la redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio.

10. En atención a lo hasta ahora dicho hemos de concluir que, *conforme a las líneas generales la doctrina que sobre la distribución de la carga de la prueba se contiene ya en la sentencia 26/1981, de 17 de julio, al haber alegado por la Sra. Williams Lecraft un indicio de discriminación consistente en un trato desigual, por ser*

ella de color y haber sido la única persona requerida para mostrar su documentación, se ha trasladado a la Administración la carga de justificar que su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que se ha efectuado adecuadamente, según acabamos de exponer. Asimismo ha de admitirse que de lo actuado no resulta que la policía haya infligido a la Sra. Williams Lecraft un trato humillante o simplemente desconsiderado, pues, aparte de la discusión en torno a la obligación de identificarse propiciada esencialmente por el Sr. Calabuig-París, la intervención policial se agotó en la constatación de que la Sra. Williams Lecraft era española, ajustándose así al principio de proporcionalidad que ha de presidir este tipo de actuaciones.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo.

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

Dada en Madrid, a veintinueve de enero de dos mil uno.

Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de la Sala Segunda de 29 de enero de 2001, recaída en el recurso de amparo 490/97.

[...]

6. Por último, la introducción de un criterio basado en la pertenencia de una persona a un grupo racial determinado resulta a mi entender contrario al art. 14 CE, pues nos encontramos ante una discriminación expresamente prohibida por este precepto, ya sea directa o sólo indirecta. Distinción de la que parece partir la Sentencia de la que discrepo para admitir la segunda cuando del control de extranjeros se trata. Pues me resulta difícil aceptar, y esta es la razón fundamental de mi discrepancia con la Sentencia, que “determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración” en los controles policiales de carácter general “como racionalmente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”, según se afirma en el FJ 7.

El resultado al que se llega, pues, según el parecer de la mayoría de la Sala, es que la generalidad del control de extranjeros y su práctica en cualquier lugar del territorio nacional puede tener una justificación adicional en una circunstancia personal, la raza, aun cuando el art. 14 CE la prohíba expresamente. Conclusión que más adelante se reitera cuando se advierte, un tanto retóricamente a mi entender, sobre posibles excesos en la adopción de la medida, al afirmar que se trata de una “razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las funciones policiales” que no puede ser desvirtuada indebidamente para infringir un daño “especial o adicional” a quienes pertenecen a un determinado grupo racial o étnico.

Aquí, de nuevo, se imponía el contraste de tales medidas con la cláusula general del art. 10.1 CE y, en particular, con la referencia a “la dignidad de la persona” como valor superior de todo nuestro ordenamiento jurídico. Lo que desgraciadamente no se ha hecho en la Sentencia de la que discrepo. Pues es suficiente observar al respecto, de un lado, que el daño al que alude la Sentencia no se produce sólo en supuestos de discriminación directa como los indicados, sino que también puede producirse como efecto normal si se acepta, según el parecer de la mayoría, que sea un criterio apropiado para “la razonable selección” de las personas que pueden ser sometidas a control como extranjeros. De otro lado, que con tal aceptación se soslaya otro dato social relevante en orden a la aplicación de las normas sobre extranjería: que España, al igual que muchos

Estados europeos, ya es una “sociedad multirracial”, en la que convive un número no desdeñable de personas de otras razas. Y estas personas son tanto extranjeros en una situación regular como nacionales españoles.

Un dato que, por sí sólo debe excluir la introducción de la raza como criterio de selección en el control de extranjeros, en atención a sus previsibles efectos negativos para la dignidad de las personas. Pues basta reparar, en relación con los extranjeros del primer grupo, que si pueden quedar sujetos a la posibilidad de reiterados controles por razón de la raza, con tales medidas no sólo se está afectando negativamente a un elemento de la identidad de las personas que su dignidad como tales exige que sea respetado, sino que se está frustrando el objetivo de integración de los extranjeros en la sociedad española. Y respecto a los segundos, puede conducir a una consecuencia no menos grave: que se produzca una discriminación entre nacionales por razón de la raza, también atentatoria a su dignidad personal, como a mi entender ha sucedido en el presente caso.

Madrid, a dos de febrero de dos mil uno.

B) Dictamen contrario del Comité de Derechos Humanos ONU interpretando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 27 de julio de 2009 respecto de la Comunicación N° 1493/2006

7.2.... El Comité estima que es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal. Ahora bien, cuando las autoridades efectúan dichos controles las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera tal que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no sólo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial.

7.4....En estas circunstancias, el Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. El Comité recuerda asimismo su jurisprudencia de que no toda diferencia de tratamiento constituye discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos y si el objeto que se procura es lícito en virtud del Pacto. En el presente caso el Comité dictamina que no se cumplen los criterios de razonabilidad y objetividad. Además, no se ha ofrecido satisfacción a la autora, por ejemplo, mediante la presentación de excusas como reparación.

DÉCIMOQUINTO. PRINCIPIOS RECTORES Y SU PROTECCIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Constitucional ha afirmado que “el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental” (STC 80/1982, de 20 de diciembre) , precepto que “impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero, entre otras).

Tenga especialmente presente lo afirmado respecto del artículo 14 CE y su conexión con el artículo 9. 2 CE.

Asimismo, recuerde, a partir de los “pasos”, la potencialidad de estos principios rectores como bienes constitucionales, finalidades legítimas que pueden justificar la restricción de un derecho fundamental.

Tenga presente que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales supone el deber jurídico de efectividad real de los derechos y que esta dimensión incluye una faceta prestacional de los mismos, así como una dimensión institucional, de institución garante de los mismos, en ocasiones indistinguible de la dimensión prestacional (ejemplo: Administración de Justicia para la eficacia de la tutela efectiva, Administración electoral para el sufragio activo y pasivo, etc.)

Desde la perspectiva propiamente subjetiva de los derechos, el derecho a la educación, según se vio, incluye la prestación misma del servicio como parte del ámbito protegido, cuanto menos en la educación mínima y obligatoria.

Asimismo, observe la posible conexidad de aspiraciones sociales, prestacionales y medioambientales con derechos fundamentales, vía por la que “fundamentalizar” las mismas.

En todo caso, pese al general olvido doctrinal y académico, el PIDESC (Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales) tiene plena vigencia para España. Ello es así en virtud del artículo 96 CE. Asimismo, también cabe tener en cuenta el artículo 10. 2º y la necesaria interpretación de los diversos derechos sociales prestacionales de la Constitución no reconocidos como derechos fundamentales conforme a dicho tratado internacional. Es más, en virtud del artículo 10. 2º CE se puede sustentar la necesidad de interpretar este tratado según la interpretación autorizada de sus órganos, muy avanzada a mi juicio. En este sentido, se ha pretendido reconstruir brevemente una dogmática a aplicar a los derechos sociales prestacionales.

1. Conexión del medio ambiente con derechos fundamentales (sentencia 16/2004)

1. Fija los hechos por los que se suscita la demanda de amparo.

2. **Qué dice el tribunal sobre la dimensión positiva de los derechos de la personalidad (FJ 3º).**
3. **Cómo fundamenta el Tribunal Constitucional la incidencia del ruido en la integridad física. (FJ 3º).**
4. **Observa, una vez más, cómo se fundamenta la importancia de la jurisprudencia del TEDH (FJ 3º). Observa, en todo caso, lo que se dice también en el párrafo “Dicha doctrina...”.**
5. **¿En la delimitación de derechos en juego, se trata del artículo 15 o del artículo 18? (FJ 4º).**
6. **Ya sobre el principio de legalidad, se aplica en el ámbito disciplinario**

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 16/2004 Sala Primera, de 23 febrero

Recurso de Amparo núm. 1784/1999.

Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El ahora quejoso en amparo fue sancionado por Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, con una multa de 50.001 pesetas porque un local de su propiedad el «Pub Belfast» sobrepasó los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992. La infracción cometida estaba tipificada como muy grave por el art. 28 de la citada norma municipal, previendo el art. 30 de la misma la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta.

La validez de la resolución sancionatoria fue confirmada por la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias. En esta resolución judicial se indica que la sanción impugnada tiene cobertura tanto en el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Reglamento de actividades molestas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RCL\1961\1736>, 1923 y RCL 1962, 418, como en los arts. 1.2 y 12 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RCL\1972\2400>, de Protección del Ambiente Atmosférico.

2. El escrito de interposición del recurso identifica como resolución recurrida la Sentencia judicial; cita al efecto los arts. 41 y 44.2 LOTC <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RCL\1979\2383>, y, en el «suplico» solicita la anulación de la Sentencia y la retroacción del proceso judicial para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Ahora bien, si existe infracción del principio de legalidad sancionadora, la misma es atribuible directamente al acto administrativo que impuso la sanción, no a la Sentencia que, a estos efectos, al no restaurar el derecho fundamental alegado, supone exclusivamente el agotamiento de la vía judicial procedente, ya que contra dicha Sentencia –al haber optado el recurrente por la vía ordinaria del llamado procedimiento abreviado, y no por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales– no cabía recurso de apelación, según se

desprende del art. 81.1 a de la vigente Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RCL\1998\1741>. Así identificada la resolución realmente recurrida, resulta evidente que el alcance del amparo, caso de dictarse Sentencia estimatoria, no puede quedar restringido a lo solicitado por el recurrente, sino que deberá anular, con carácter definitivo, tanto el acto administrativo como la Sentencia; lo que no constituye incongruencia *extra petitum* sino que es consecuencia de lo previsto en el art. 55.1 a LOTC. Así pues, de modo similar a lo que se decidió en las Sentencias 240/1999, de 20 de diciembre <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\1999\240>, F. 1 y 50/2003, de 17 de marzo <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\2003\50>, F. 1, *in fine*, entre otras, ha de entenderse que el recurso se interpone frente a la resolución administrativa que impuso la sanción.

3. Partiendo de la doctrina expuesta en la sentencia 119/2001, de 24 de mayo <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\2001\119>, debemos señalar que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos sentencia 12/1994, de 17 de enero <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\1994\12>, F. 6, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RCL\2003\2683>, del Ruido. En la Exposición de Motivos se reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental... no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la Ley». Luego se explica que «en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud artículo 43 de la Constitución <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RCL\1978\2836> y el medio ambiente artículo 45 de la Constitución engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990 <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005TEDH\1990\4>, caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994 <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005TEDH\1994\3>, caso *López Ostra contra Reino de España*; de 19 de febrero

de 1998 [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005TEDH\1998\2](#), caso *Guerra y otros contra Italia* y de 8 de julio de 2003 [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005TEDH\2003\40](#), caso *Hatton y otros contra Reino Unido*.

El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia, así como sobre su conducta social en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas.

Consecuentemente, conviene considerar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales por todas, sentencia 35/1995, de 6 de febrero [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\1995\35](#), F. 3. En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las citadas SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*, algo matizada en la de 8 de julio de 2003, caso *Hatton y otros contra Reino Unido*. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RCL\1999\1190](#), 1572 SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60.

Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la sentencia 199/1996, de 3 de diciembre [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\1996\199](#), F. 2, y en la sentencia 119/2001, de 8 de junio [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\2001\119](#), FF. 5 y 6, debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales sentencia 303/1993, de 25 de octubre [C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft\Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005n uevaentrega2005RTC\1993\303](#), F. 8. En el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas

existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales.

4. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos comenzar nuestro análisis recordando la posible afectación al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral art. 15 CE. En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar art. 18.1 y a la inviolabilidad del domicilio art. 18.2. Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima Sentencias 22/1984, de 17 de febrero <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RTC\1984\22>, F. 5; 137/1985, de 17 de octubre <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RTC\1985\137>, F. 2, y 94/1999, de 31 de mayo <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RTC\1999\94>, F. 5.

Teniendo esto presente, debemos advertir que, como ya se dijo en la sentencia 119/2001, de 24 de mayo <C:\Documents and Settings\USUARIO\Datos de programa\Microsoft Word\LORENZODOCENCIAUVEG2005derechosfundamentalesentregas2005nuevaentrega2005RTC\2001\119>, F. 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

2. Irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre)

Tenga en cuenta que esta afirmación es casi anecdótica a lo largo de la jurisprudencia constitucional.

Asimismo, medite lo siguiente: si se detecta una discriminación por que “A” ha sido tratado desfavorablemente respect de “B”. Por qué motivo dicha situación ha de resolverse considerando que procede tratar a “A” como a “B” y no lo contrario, siendo que es posible que lo procedente constitucional y legalmente sea la situación de “A”.

FJ 3º

...

“Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores.”

Una aproximación al contenido y los requisitos de los límites de los derechos sociales prestacionales

(elaboración propia)

PIDESC

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a **limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.**

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

El contenido de los derechos sociales prestacionales básicamente lo es a una “acción positiva fáctica”⁶⁷: derechos a acciones positivas *normativas*, esto es, obligaciones de *establecer algún tipo de regulación* que conceda relevancia a una situación determinada u organice una estructura para la prestación (los “derechos a actos estatales de imposición de norma”⁶⁸). También, la acción normativa puede ser que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones. La obligación que implica el derecho también puede ir más allá de lo propiamente normativo, implicando la transferencia de fondos, o la acción de provisión de servicios a la población en forma exclusiva o con formas de cobertura mixta. Ello deriva en la organización de un servicio público, provisión de cargos, oferta de programas, fórmulas de cobertura, gestión de créditos, entrega de subsidios, realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas⁶⁹.

Siguiendo el claro esquema internacional del artículo 2 PIDESC, las obligaciones básicas se circunscriben al compromiso de satisfacer, al “adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos), “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De igual modo, las obligaciones se traducen en la de respetar (abstenerse de injerirse en el goce del derecho), proteger y garantizar, cumplir. Las obligaciones del tratado “contiene[n] elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La obligación de *comportamiento* exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. [...] La obligación de *resultado* exige de los Estados que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada.”⁷⁰ Obviamente, se reconoce un margen de discreción – como con todos los derechos fundamentales- para seleccionar los medios que les

⁶⁷ ARANGO, Roberto, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (con prólogo de Robert Alexy), Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pág. ARANGO, 2005, págs. 55 ss.

⁶⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, págs. 194-195

⁶⁹ Se sigue también ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002 y ABRAMOVICH, Víctor, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados", en ZALAUQUETT, José (coord.), *Grupo de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, Santiago, Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. Este trabajo supone las conclusiones de la obra anterior.

⁷⁰ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 7.

permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien, “incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos mencionados”⁷¹.

En todo caso, se afirma a modo de un contenido esencial y mínimo invulnerable de los derechos sociales, que el Estado tiene la obligación inmediata de cumplir, al menos, las normas mínimas relacionadas con los derechos enunciados en el Pacto, niveles esenciales de cada uno de los derechos con independencia de las posibilidades económicas del país⁷². Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto⁷³.

Asimismo, el artículo 2 PIDESC obliga a los Estados a la plena efectividad de los derechos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De ello se deriva una obligación de prioridad de gasto al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales y, cuanto menos, una justificación evidente para reducir el gasto público respecto de cada derecho⁷⁴.

De igual modo, la referencia la progresividad nunca puede ser un pretexto para el incumplimiento, sino todo lo contrario y es fiscalizable jurídicamente: “La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos. [Al contrario, los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas para cumplir las obligaciones asumidas en virtud del Pacto.]”⁷⁵

⁷¹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 8.

⁷² Directrices de Maastricht: 9. *Obligaciones mínimas*: Se produce una violación del Pacto cuando un Estado no cumple con lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado de “obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”. Estas obligaciones mínimas existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades.

⁷³ Observación general n.º 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 10.

⁷⁴ Al respecto, ver NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.).

NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, págs. 13-14 así como los diversos documentos ahí recogidos del COMITÉ DESC. (En adelante, NACIONES UNIDAS (2004).

En las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establece que “según se enuncia en los Principios de Limburgo 25 a 28 y como lo ha confirmado la jurisprudencia que establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Ver también Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, apartados n° 10, 11 y 12.

⁷⁵ Principio de Limburgo N° 21. A este respecto, cabe recordar lo que señala el propio Comité en sus documentos, “La referencia al logro progresivo que figura en el Pacto se entiende a menudo de manera equivocada”. Al respecto cabe seguir lo afirmado en Observación general n.º 3, párrafos 9-11.

Siguiendo los Principios de Limburgo, n° 16 “Todos los Estados Partes en el Pacto tienen la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de los

Sobre estas bases, la vulneración de un derecho social prestacional por lo general se produce “cuando un Estado, por acción u omisión, desarrolla una política o práctica que vulnera deliberadamente o pasa por alto las obligaciones”⁷⁶ que el derecho comporta. Si se alega que la violación del derecho es por incapacidad y no por voluntad de incumplimiento, el Estado “tiene la obligación de probar que así ocurre en realidad”⁷⁷ y, en todo caso, tiene la obligación de corregir de inmediato la medida⁷⁸. Las vulneraciones del derecho se pueden dar por comisión directa a través de la cual se practique una regresión o retroceso. Se trata de actos de comisión, por la derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias; la denegación activa; por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza; el apoyo activo a medidas adoptadas por terceros; disposiciones legislativas o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes medida deliberadamente regresiva; la obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho; la reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.⁷⁹ Así, se tratará de un hecho, del acto, de la resolución o práctica judicial o administrativa o de un particular, o bien la restricción procederá directamente de una de la norma que dotará de cobertura a la acción, y todo ello conllevando una disminución del contenido del derecho social.

Ahora bien, en el terreno de los derechos sociales-prestacionales, las vulneraciones se producen muy frecuentemente a través de actos de omisión o incapacidad⁸⁰ cuyo resultado efectivo es que no se logre el contenido obligado del derecho; por no adoptar las medidas apropiadas; por no reformar o no derogar disposiciones legislativas incompatibles con una obligación; por no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las obligaciones; por no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; por no eliminar con prontitud los obstáculos así como por no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales⁸¹. Sin perjuicio de la discrecionalidad de medios para el logro del derecho, no será difícil valorar jurídicamente si se han dado estas conductas con el resultado de la no plena satisfacción del derecho y, por tanto, estimar o no la vulneración del derecho.

Y no hay que olvidar que como derecho prestacional es un derecho a resultados y no a los medios, por lo que será posible inferir jurídicamente cuándo el resultado

derechos contenidos en el Pacto. La frase “lograr progresivamente” no significa ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto. Ese tipo de aplazamiento sería incompatible con el derecho internacional.” 22. Algunas obligaciones del Pacto requieren su aplicación inmediata y completa por parte de los Estados Partes, tales como la prohibición de discriminación enunciada en el artículo 2.2 del Pacto.” También, NACIONES UNIDAS (2004, págs. 10-11).

⁷⁶ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 11.

⁷⁷ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 13.

⁷⁸ NACIONES UNIDAS (2004, p. 30): “Sin embargo, cuando el retroceso se haga evidente, el Estado deberá, con arreglo a sus obligaciones generales estipuladas en el Pacto, actuar de inmediato para corregir la medida. La obligación de hacer efectivos progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales implica que no debe producirse, por acción u omisión, un retroceso que resulte en un nivel inferior de disfrute de los derechos.”

⁷⁹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 14.

⁸⁰ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 15.

⁸¹ Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (art. 13 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999, n° 45 y n° 59 pone diversos ejemplos.

efectivo es que no se logre el contenido obligado del derecho prestacional del que se trate⁸², en especial al observar las consecuencias del incumplimiento⁸³.

Que el objetivo pueda alcanzarse por diversos medios no implica que ante la inactividad o la ineffectividad del derecho que la Constitución protege no pueda reaccionarse por el sujeto⁸⁴. Aunque no sea siempre sencillo, sí será posible inferir jurídicamente cuándo el derecho ha sido lesionado, en especial al observar las consecuencias del incumplimiento.

Para la valoración de la vulneración de un derecho social, cabe introducir criterios de “razonabilidad” para valorar la infracción constitucional, podrá aducirse una “reserva de lo posible” en el sentido de aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad.”⁸⁵ En términos de los derechos sociales este test parece algo débil: En todos los casos, el Estado tiene la “obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte”⁸⁶.

⁸² Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n^o 15: “por no adoptar las medidas apropiadas; por no reformar o no derogar disposiciones legislativas incompatibles con una obligación; por no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las obligaciones; por no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; por no eliminar con prontitud los obstáculos así como por no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales”.

⁸³ ARANGO (2005, p. 129) afirma que el “derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento.” “la prueba de que una oposición jurídica es objetivamente reconocible y debe ser reconocida, radica en que cuando ésta no lo es, se vulnera por lo menos una norma jurídica. El derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento.”

⁸⁴ ARANGO (2005, p. 111): “Que en el cumplimiento del objeto de los derecho social fundamental entre en juego la libertad de configuración del legislador, no significa que en caso de inactividad no exista un derecho fundamental a ser protegido.”

⁸⁵ Así formulada por ARANGO (2005, p. 333).

⁸⁶ Observación General n.º 13. *El derecho a la educación*, n^o 45).

DÉCIMOSEXTO. PRÁCTICAS DEL CURSO

A lo largo del curso y con la debida antelación se determinará qué prácticas del curso se realizarán de entre las que siguen o las que se mencionan. En todos los casos, es imprescindible el buen manejo de los “pasos” de resolución de supuestos de derechos fundamentales, asimismo, es una actividad de estudio obligada reflexionar sobre las vías de protección y mecanismos de reacción se dispondría en cada caso frente a las posibles injerencias detectadas. Ello es absolutamente imprescindible en aras del manejo de las garantías de derechos.

Posibles prácticas a partir de materiales OCW de la Universidad de Oviedo

El docente comunicará previamente la práctica a realizar, pudiendo incluirse entre las de los profesores B. Aláez y L. Álvarez que se recogen en

<http://ocw.uniovi.es/course/view.php?id=772&topic=4>

 [Lección 10ª: Test-caso práctico sobre la estructura de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 11ª: Test-caso práctico sobre los métodos y principios de interpretación constitucional](#)

 [Lección 12ª: Test-caso práctico sobre los sujetos de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 13ª: Test-caso práctico sobre el objeto y contenido de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 13ª: Test-caso práctico sobre los límites de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 14ª: Test-caso práctico sobre el legislador de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 15ª: Test-caso práctico sobre la eficacia de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 16ª: Test-caso práctico sobre las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales](#)

 [Lección 17ª: Test-caso práctico sobre la suspensión de los Derechos Fundamentales](#)

También, en su caso, las prácticas pueden ser las del Prof. Miguel Presno, dispuestas en <http://ocw.uniovi.es/course/view.php?id=547&topic=3>

Práctica 1: Titularidad, capacidad y derechos fundamentales

El siguiente caso le permite una exposición aplicada de los conocimientos teóricos adquiridos en el curso.

Mohamed Salah es un inmigrante marroquí en situación irregular en España (“sin papeles”), al igual que su hermano Omar Salah, de 15 años. Mohamed es muy afín a la Asociación de Trabajadores Magrebíes (ATAMA), constituida legalmente en España. Dicha asociación, con otras del ámbito de la extranjería (en la Federación de asociaciones de inmigrantes en España), ha convocado una manifestación bajo el

lema “Gobierno fascista. Papeles para todos”. Mohamed y Omar asisten a dicha manifestación, con unas ciento cincuenta personas más. La manifestación se desarrolla sin incidentes. Ello no obstante, la policía está presente con 50 miembros desde antes del inicio de la reunión. La policía decide acceder al espacio de la concentración y solicita educadamente la documentación a todos los que tienen rasgos que vienen a indicar la procedencia no española. Los criterios no parecen del todo equivocados por cuanto de las 55 diligencias de identificación, concluye que en 47 casos de los practicados no se cuenta con la documentación de residencia o estancia legal en España, entre ellos Mohamed y Omar.

Como consecuencia de lo anterior,

A la vista de la situación descrita, por favor, conteste cuanto menos a las siguientes cuestiones que merecen una reflexión jurídica. No olvide al contestar que se requiere de ud. un juicio de constitucionalidad, por lo que si considera que la legalidad aplicable es dudosamente constitucional habría de argumentar y justificarlo integrando tal reflexión al hilo de lo preguntado.

1- En principio, ¿tiene libertades públicas Mohamed? ¿Y Omar? ¿Con el mismo alcance que si fueran españoles? ¿Con diferencias entre ellos?

2- ¿Pueden constitucionalmente estar asociados a ATAMA?

3- ¿Puede ATAMA convocar una manifestación? ¿Cómo? ¿Puede ATAMA formar parte de una Federación?

4- ¿El lema de la manifestación es constitucional?, ¿podría prohibirse la manifestación por la finalidad declarada en su lema?

5- Pueden Mohamed y Omar estar asociados en ATAMA? ¿Y participar en las actividades de dicha asociación? ¿En concreto, puede formar parte de la manifestación?

6- Previendo la presencia de muchas personas irregulares en razón del lema y los promotores, ¿consideras que podría prohibirse la manifestación?

7- ¿Crees que puede constitucionalmente la policía irrumpir –educada y pacíficamente- en la manifestación bajo la fundada sospecha de que quienes están reunidos están fuera de la legalidad? ¿Bajo qué condiciones?

8- ¿Crees que es constitucional que la policía actúe, como en este caso, en el ámbito de la extranjería bajo indicios procedentes de los rasgos físicos (raza, etc.)?

9- ¿Qué vía de recurso tendría un español que no pudiese asociarse a ATAMA?

10- ¿Qué vía de recurso tendría Omar si no le permitiesen asociarse a ATAMA por ser menor?

11- ¿Qué vía de recurso tendría ATAMA ante la actuación policial en la manifestación? ¿Cómo podría actuar Omar?

12- ¿Qué vía de recurso cabría frente a la resolución gubernativa que sanciona a Mohamed por participar en una manifestación siendo extranjero?

Materiales útiles práctica 1

LEY ORGÁNICA 1/1992, DE 21 DE FEBRERO, SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA ,

Artículo 16.

1. Las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptaran las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana. Sin embargo, podrán suspender los espectáculos y disponer el desalojo de los locales y el cierre provisional de los establecimientos públicos mientras no existan otros medios para evitar las alteraciones graves de la seguridad que se estuvieren produciendo.

2. Dichas autoridades, por medio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán disolver, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, en los supuestos prevenidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

Artículo 20.

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevara un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del ministerio fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o practicas de identificación, se estará a lo dispuesto en el

Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 22.

1. Para obtener el cumplimiento de las órdenes dictadas en aplicación de la presente Ley, las autoridades competentes para imponer las sanciones en ella establecidas podrán imponer multas en los términos del Artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. En todo caso habrá de darse un plazo suficiente para cumplir lo dispuesto, de acuerdo con la naturaleza y fines de la orden, transcurrido el cual se podrá proceder a la imposición de las multas en proporción a la gravedad del incumplimiento. Tales multas no excederán de 25.000 Pesetas, si bien se podrá aumentar sucesivamente su importe

en el 50 por 100 en caso de reiteración del citado incumplimiento, sin que pueda sobrepasar los límites cuantitativos máximos establecidos para las sanciones.

Artículo 23. Modificado por la Ley Orgánica 4/1997.

A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:

c) La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

En el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones cuya celebración se haya comunicado previamente a la autoridad se considerarán organizadores o promotores las personas físicas o jurídicas que suscriban el correspondiente escrito de comunicación.

Aún no habiendo suscrito o presentado la citada comunicación, también se considerarán organizadores o promotores, a los efectos de esta Ley, a quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes o a quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las reuniones o manifestaciones, por los discursos que se pronuncien y los impresos que se repartan durante las mismas, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos, pueda determinarse razonablemente que son inspiradores de aquéllas.

d) La negativa a disolver las manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983. (Ley 4/1997, de 4 de agosto)

h) La provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana.

n) Originar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituya infracción penal

Artículo 26.

Constituyen infracciones leves de la seguridad ciudadana:

a) El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal.

j) Todas aquéllas que, no estando calificadas como graves o muy graves, constituyan incumplimientos de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o en Leyes especiales relativas a la seguridad ciudadana. Declarado inconstitucional y nulo parcialmente, 26 j) inciso final («en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas»), por Sentencia 18-11-1993, núm. 341/1993.

LEY ORGÁNICA 9/1983, DE 15 DE JULIO, REGULADORA DEL DERECHO DE REUNIÓN,

Artículo cuarto.

1. Las reuniones, sometidas a la presente Ley, sólo podrán ser promovidas y convocadas por personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

2. Del buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas.

3. Modificado por Ley Orgánica 4/1997. Los participantes en reuniones o manifestaciones, que causen un daño a terceros, responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquéllos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos.

Artículo quinto.

La autoridad gubernativa suspenderá y, en su caso, procederá a disolver las reuniones y manifestaciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las Leyes penales.
- b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.
- c) Cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

Tales resoluciones se comunicarán previamente a los concurrentes en la forma legalmente prevista.

LO 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación.

1. Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley.

Artículo 8. Libertad de asociación.

Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.
2. Los extranjero residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.

Artículo 23. Actos discriminatorios.

1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Artículo 53. Infracciones graves. Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

Son infracciones graves:

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

g) La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.

Práctica 2: Derechos de la personalidad y concurrencia con otros derechos y garantías

(la normativa que se aporta puede estar modificada o ser figurada a los propósitos de esta práctica). Ello no obsta para que se informe todo lo pertinentemente que considere para la mejor realización de la misma.

El Artículo 90 del Código penal dispone:

“1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.”

Entre estas reglas o medidas están:

“Prohibición de acudir a determinados lugares.

Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

La obligación de residir en un lugar determinado.

La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.”

Por su parte, el Reglamento de la ley penitenciaria dispone:

Artículo 200. Control del liberado condicional.

1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir....

3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el

seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo.

Caso:

Sobre estas bases, el Ministro de Interior dicta una Orden Ministerial por la que se aprueba el uso de brazaletes electrónicos en el marco de la aplicación de la libertad condicional. En virtud de lo dispuesto en dicha orden, para disfrutar de la libertad condicional todo recluso debe aceptar que se coloque en su brazo un aparato electrónico que permitirá a la Administración penitenciaria conocer en todo momento su ubicación geográfica y supervisar el cumplimiento de la libertad condicional en sus términos propios. Según se indica en la exposición de motivos de esta Orden, la misma permite a los jueces que, siempre dentro de su independencia, flexibilicen los criterios para otorgar la concesión de la libertad condicional a los presos.

La señora Mora Dastá, de nombre Elena condenada a prisión, ha pasado a tercer grado penitenciario y ya ha extinguido más de tres cuartas partes de la condena. Asimismo, tiene informe favorable de buena conducta y reinserción. Al comprobarse estas condiciones el Juez competente considera oportuno otorgar la libertad condicional con aplicación del brazalete electrónico localizador y así lo resuelve por medio de un auto. El brazalete tiene unas dimensiones de 12 centímetros de largo, 6 de ancho y dos de grueso, y se le aplica en el brazo izquierdo. Cuando llega el periodo estival, resulta muy difícil ocultarlo, por lo que es bien sencillo reconocer su presencia para la gente, que conoce la existencia de brazaletes electrónicos.

1º Identifique las posibles injerencias que se dan en el supuesto relatado y de forma prioritaria, señale qué derechos fundamentales pueden ser los afectados.

2º Ya de forma separada, delimite los derechos en juego explicando (especialmente si cree que hay dudas, porqué ese o esos derechos están en juego en cada injerencia).

3º A continuación, analice separadamente si cada una de las posibles injerencias son o no admisibles constitucionalmente (si considera que son muy afines algunas de ellas, puede refundir este análisis en alguna ocasión). Recuerde que lo más importante es su fundamentación.

4º Si en algunas de las injerencias analizadas considera que se da una inconstitucionalidad, exponga cómo podría adoptarse esta intervención en el derecho para que sí fuera constitucional.

Práctica 3. Derechos de la personalidad en concurrencia.

Caso no real (en España)

El Sr. Colate, de nombre Juancho, vecino de Valencia, ha sido condenado a seis meses de cárcel por un Tribunal valenciano en el mes de marzo por la comisión de un delito de exhibición obscena ante menores de edad previsto en el artículo 185 del Título VIII del Código Penal, (Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales). Las cadenas de televisión que emiten en TDT en la Comunitat Valenciana, que fueron concedidas por la Generalitat Valenciana (Tele 1, Tele 2, Tele 3, Tele 4 y Tele 5), han difundido semanalmente a lo largo del mes de abril su fotografía reciente, nombre y apellidos durante cinco segundos, acompañado de otros once condenados por delitos de ese Título del Código penal, en el minuto semanal dedicado a la exhibición de dicha información (cinco segundos, para doce condenados, total, un minuto de emisión semanal). Todo ello resulta de la aplicación del artículo 35 de la Ley régimen de radio y televisión. Dicho precepto dispone respecto de los servicios de televisión sometidos a régimen de concesión administrativa, que “habrán de hacer efectiva la obligación de, al menos con periodicidad semanal, difundir con nombres y apellidos y fotografía reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos del Título VIII del Código Penal, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando la víctima haya sido un menor de edad.”

Práctica Posibles injurias, soportes diversos, relevancia

(basado en caso real, adaptado para el examen)

Francisco Pérez Campos desde hace diez años acude prácticamente todos los días a la puerta del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Glorieta). Allí, sujeta de una farola una cuerda con nudo de ahorcado, que ata simbólicamente a su cuello. Asimismo, del cuello pende un gran cartel donde se lee con facilidad el siguiente texto:

“Soy Franciso Pérez Campos, constructor del edificio de la C/Pez nº 23 de Valencia. Carla García Montero, entonces jueza del Juzgado nº 3 de Valencia y su hermano Roque García Montero, del bufete García Montero abogados, me han hecho la estafa más grande de la historia, dejándome en la ruina total. PIDO JUSTICIA!”

En enero de 2009 en el periódico local “Las provincias levantinas”, en un espacio dedicado a la foto denuncia, aparecen dos fotos a buen tamaño: una del cartel plenamente legible y otra del conjunto formado por Francisco con el cartel y la soga en la puerta del Tribunal. Las fotos se acompañan de una breve leyenda que afirma: “Francisco Pérez lleva diez años pidiendo justicia frente al TSJ de Valencia”.

Días después el tema parece despertar interés, por cuanto aparece reflejado el caso en diversos medios y se popularizan las fotografías en diversos sitios y foros de internet, contando por decenas de miles los accesos registradas en los más populares donde se recogen.

Ante tales hechos, los dos hermanos Pérez Campos deciden emprender acciones legales.



Práctica 4: Libertades informativas y resolución de conflicto entre derechos

Doña Blanca Folgado Requero fue mujer de vida alegre en su juventud, que transcurrió en Valladolid, atrevida modelo fotográfica y protagonista de algún que otro escándalo en los lugares de alterne de la noche vallisoletana.

Pasados unos años, y tras sentar cabeza, casó con un político valenciano de altos vuelos, bien situado y aún con mejor futuro por tratarse de un diputado autonómico y alcalde de una gran ciudad, posible ministrable según los rumores, por el éxito obtenido en el establecimiento del orden y en la reducción de horarios de los locales nocturnos de la ciudad de la que era Alcalde.

Pese a la mayor permisividad “ambiental” y moral de la nueva zona en que habitaba doña Blanca, su vida era muy normal y casi recatada sirviendo de fiel y amante esposa de un alcalde dispuesto a poner orden en los descontrolados horarios y costumbres de su ciudad.

El periódico provincial valenciano de mayor tirada publicó con ocasión de la polémica suscitada por la reducción horaria nocturna una entrevista con dos personajes que aseguraban haber mantenido relaciones sexuales bajo precio con la Sra. del alcalde y exponían con cierto detalle lo exagerado de sus comportamientos inmorales años atrás. El periódico ilustraba la entrevista con dos fotografías referidas a la aludida vida disipada de doña Blanca tomadas en la habitación de un hotel con ocasión de un viaje de vacaciones de la Sra. en cuestión. Aclaran los entrevistados que las fotos ya fueron publicadas en una revista de noticias eróticas y de alterne, sin que fuera dicha publicación impugnada por la interesada cuyos rasgos físicos se distinguían perfectamente a diferencia de los de los hombres que aparecen en su compañía y que ahora dicen ser los entrevistados. Se ilustraba asimismo la noticia con una fotografía del Sr. Alcalde en un acto religioso, de carácter privado por tratarse del funeral de su madre Funeral (en el que se apreciaba gran asistencia de público por la notoriedad del hijo de la fallecida) pero en la que se resalta el íntimo sufrimiento del Alcalde y su decidida convicción religiosa por ser evidente su piadosa actitud.

El Sr. Alcalde, abochornado por los ataques recibidos en su honor, en su derecho a la imagen y en su intimidad personal, acude a Vd. en solicitud de defensa jurídica. Para ello debe analizar constitucionalmente la situación, siguiendo los “pasos” de resolución de conflictos. Una vez tenga un dictamen jurídico sobre la situación descrita (contexto jurídico, posibles injerencias respecto de qué sujetos, derechos concretos afectados – recuerde que el artículo 18 contiene derechos diferentes), y efectuado el tratamiento de los límites y la oportuna ponderación de derechos en juego, cuanto menos, debería dar respuesta concreta a las siguientes

CUESTIONES:

1. ¿Determine qué derechos de los que invoca el Sr. Alcalde considera efectivamente afectados, considere respecto de qué derechos concretos –y de quién– plantearía la defensa del caso?
2. Distingan bien las posiciones de cada uno de los esposos
3. Distingan bien las afecciones a cada uno de los derechos supuestamente afectados y las posibles lesiones efectivamente sucedidas.

4. Razone en qué aspectos creen habría que incidir y subrayar en su defensa jurídica para contar con mayores posibilidades en su demanda.

5. Si quien decidiera reclamar ante los tribunales fuera la esposa ¿creen que tendría mas posibilidades de éxito que su marido o menos? Razonen el porqué de la respuesta.

6. Determine qué vía –o vías- jurisdiccional de defensa habría de seguirse, qué podría reclamarse y cuánto plazo para ello. Razone qué vía consideraría más oportuna para aconsejar a su cliente y por qué.

Práctica 5: Ejercicio de libertad de reunión y manifestación, sanción y posibilidades de defensa

La Unión de Jubilados y Pensionistas de la Unión de Comisiones de Trabajadores (UCT) convocó concentraciones junto a las sedes de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno de todo el territorio nacional para el día 12 de marzo de 2000, a las 12 horas, con el fin de proceder a la entrega de un manifiesto conteniendo una serie de reivindicaciones sociales de dicho colectivo. Tal extremo fue comunicado al Ministerio del Interior mediante oficio de 18 de febrero de 2000. Don Felipe Gordo Bueno participó en la concentración celebrada ante la Delegación del Gobierno en Extremadura. Por Resolución de 25 de julio de 2000, el Delegado del Gobierno en Extremadura impuso al recurrente una multa de 301 euros por la comisión de una infracción del art. 23 n) y h) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. En la resolución se le imputaban los siguientes hechos:

“Como consecuencia de las concentraciones convocadas a nivel nacional por la Comisión Ejecutiva Confederal de UCT, comunicadas a la Secretaría de Estado de Seguridad en fecha 18 de febrero de 2000, a las 12,00 horas del día 12 de marzo de 2000 se concentraron ante la sede de esta Delegación del Gobierno, sita en Avda. de Europa, de Badajoz, un grupo de 50 ó 60, entre las cuales se encontraba Ud., que de forma destacada instigó al resto para que se situaran en la calzada, lo que hicieron hasta las 12,40 horas del citado día, en que concluyó la concentración, cortando el tráfico de vehículos en los dos sentidos de la vía”.

En los fundamentos de Derecho de la resolución se argumentaba que el actor no se limitó a ejercer su derecho constitucional de reunión, sino que, excediéndose en el ejercicio del mismo, se situó en repetidas ocasiones sobre la calzada con el propósito de obstaculizar el tráfico rodado, e instigando al resto de concentrados para que le secundaran y de esa forma ocuparan también la calzada, con evidente perjuicio para los usuarios de la vía pública. Los hechos relatados tienen la consideración de falta grave contra el orden público, tipificada en el art. 23.n de la LO 1/1992.

Estime las posibles injerencias, sobre qué derechos y, en su caso, su posible justificación constitucional. En todo caso, conteste a las siguientes cuestiones:

¿Qué requisitos han de concurrir en la infracción tipificada por la Ley 1/92 que aquí se imputa?

¿Habría sido distinta la situación de no haberse comunicado debidamente la concentración?

¿Y si entre los vehículos retenidos se hubiera visto afectada una ambulancia que portara un enfermo grave camino del hospital?

Asimismo, centre su atención en las vías de protección de los derechos de Felipe Gordo. En este punto, relate toda clase de recursos administrativos o judiciales que considere que pudieran proceder e indique en qué orden.

Práctica 6: Partido político-asociación y eficacia entre particulares

Para esta práctica es imprescindible tener el material de derecho de asociación

El Sr. Ticuado, de nombre Sebastián, forma parte de la Asociación socio-cultural “Con Franco Se Vivía Mejor” (CFSVM), debidamente inscrita. Como asociado participa en las reuniones periódicas donde se recuerdan con nostalgia tiempos pretéritos de restricción de los derechos y libertades. En una de estas reuniones Sebastián discrepa educadamente con el Presidente de la CFSVM sobre el apoyo norteamericano al régimen franquista en los años cincuenta.

A la semana, Sebastián Ticuado recibe una notificación en la que el Presidente le comunica que, instruido el oportuno expediente, la comisión disciplinaria ha decidido suspenderle por un año de su condición de asociado y todos los derechos dimanantes de tal condición sobre la base del tipo disciplinario recogido en los estatutos: “negativa a cualquier discrepancia ideológica respecto del régimen de Franco respecto de los órganos directivos de la asociación” (artículo 20 Estatutos).

De igual modo, en la comunicación se recuerda el artículo 24 de tales Estatutos, según el cual “las decisiones de cualquier órgano de la Asociación serán inapelables ante la misma, así como irrecurribles ante la jurisdicción ordinaria”, siendo que la contravención de lo dispuesto implica la expulsión inmediata de la asociación.

Malhumorado ante la decisión de suspensión, Sebastián acude a ud., experto especialista en materia de derechos fundamentales, debiendo ud. informarle sobre todas las cuestiones de interés para la defensa de su situación jurídica.

Especial atención al contexto jurídico, disección de posibles intromisiones y a las vías de protección

Práctica 7: Artículos 17-25 CE y otros derechos

Para esta práctica es imprescindible tener el material de derechos artículo 17-25, así como el añadido

Dos vecinos del municipio de Getxo, Riki Onandía, Iñaki y Pamundi Etxea, Chema, yacen en la playa de Azcorri desnudos. Una pareja de policías locales se dirigen a ellos y les indican que en virtud del nuevo Decreto del Ayuntamiento de 12-7-2001 no se permite el nudismo en esa playa por lo que se les conmina a que se cubran. Chema e Iñaki se niegan rotundamente, convencidos de que tienen pleno derecho a lo que están haciendo y la policía no lo puede evitar. La pareja policial formula boletín de denuncia a Iñaki y Chema por el que se propone una sanción de 150.25 euros para cada uno. Sin perjuicio de lo anterior, dado que no cuentan con la documentación encima, la policía les invita a que les acompañe a la dependencia policial para identificarlos debidamente. En las dependencias policiales tienen que esperar dos horas para volver a ser atendidos, cuando lo son, comunican sus datos a la central que los confirma y les entregan los boletines de denuncia. Chema Pamundi dice al policía que son una panda de fascistas y que los tienen detenidos arbitrariamente, que conoce a unos cuantos amigos de una Herriko Taberna y que “se va a enterar”. En ese momento el policía le informa de que acaba de cometer un delito de amenaza y que se olvide ese fin de semana de salir con sus amigos nudistas. El policía lee sus derechos a Chema y pasa a las dependencias carcelarias. Allí está durante todo el día y toda la noche.

(Decreto de la Alcaldía contrario al nudismo en la mayoría de las playas)

AYUNTAMIENTO DE GETXO

En el día de la fecha se ha dictado el siguiente:

DECRETO:

En virtud de las atribuciones que me han sido conferidas por el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y artículo 20 del Reglamento Orgánico municipal, que faculta al Alcalde para dictar órdenes individuales de mandato o prohibición cuando proceda la intervención sobre la actividad de los administrados, y

RESULTANDO que, la Policía Local y Hondartzainas de las Playas del Municipio vienen informando de la existencia de nudistas en las Playas de Arrigunaga y Azkorri, y

CONSIDERANDO que, el artículo 1.1. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, vigente en la actualidad, faculta a los Ayuntamientos para intervenir las actividades de los administrados, en el ejercicio de la función de policía, cuando exista perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas, y

CONSIDERANDO que, estas circunstancias, constitutivas de lo que, en términos generales, suele denominarse orden público, no cabe duda de que, aun cuando trascienden de la órbita local, interesan directamente a los municipios, y

CONSIDERANDO que, la referencia a la función de policía relativa a la moralidad ciudadana incluye la protección de intereses generales vinculados a ciertos valores

que, aun cuando se sitúa en el ámbito de la ética antes que en el del Derecho, encuentran también en este último orden el correspondiente respaldo, y

CONSIDERANDO que, la llamada policía de costumbres en los municipios ha cumplido tradicionalmente un papel importante, cometido éste que el artículo 48.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, atribuye a la Alcaldía, a través de la publicación de los correspondientes Bandos, Ordenes o circulares de instrucción, y

CONSIDERANDO que, según lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las Corporaciones Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de Bandos y de órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo, y

CONSIDERANDO que, compete a la Alcaldía ejercer la Jefatura de la Policía Local en virtud de lo dispuesto en el artículo 21.1.i) de la citada Ley de Bases, y

CONSIDERANDO que, tal intervención debe ajustarse a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y respeto a la libertad individual, y

CONSIDERANDO que, lo que ahora se pretende es intervenir una actividad que, como es notorio, es molesta o al menos conturbadora de una normal convivencia, y no requerida ni deseada por la inmensa mayoría de los vecinos de Getxo, y

CONSIDERANDO que, el artículo 99 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que las Administraciones Públicas pueden para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado en los siguientes supuestos:

- Actos personalísimos en los que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado,
- Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimase conveniente.
- Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otras personas, y

CONSIDERANDO que, en el caso que nos ocupa es más oportuna para preservar la libertad individual, la imposición de la multa coercitiva que la compulsión directa sobre las personas, y

CONSIDERANDO que, el artículo 21.1.n de la Ley 30/92 autoriza al Alcalde a sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad, y

CONSIDERANDO que, la multa coercitiva trata de inducir al cumplimiento de una orden, y

CONSIDERANDO que, el llamado privilegio de autotutela administrativa comprende dos aspectos fundamentales:

- a. la llamada autotutela “declarativa” por la que la Administración dicta actos administrativos, que se presuponen válidos y constituyen lo que se denomina un título ejecutivo (ejecutividad de los actos administrativos), y
- b. La autotutela ejecutiva o coactiva que legitima a la propia Administración a llevar a cabo la ejecución material de tales actos de manera forzosa (ejecutoriedad de los actos administrativos), y

CONSIDERANDO que, las multas coercitivas no tienen carácter retributivo o sancionador y aspiran a vencer la resistencia de los administrados a observar la conducta impuesta en un previo acto administrativo, y

CONSIDERANDO por lo expuesto que, no puede apreciarse la agravante de reincidencia en los casos de multas coercitivas por cuanto que no existe sanción anterior, y

CONSIDERANDO que, la multa coercitiva está condicionada a que el sujeto contra quien se dirija la actuación administrativa no cumpla voluntariamente lo ordenado por la Autoridad competente, a cuyo efecto habrá de dirigirse el oportuno apercibimiento, concediéndose un plazo razonable en función de la naturaleza de lo que haya de realizarse y las circunstancias concurrentes en cada caso, siendo el apercibimiento previo presupuesto necesario para la posterior actuación coercitiva de la Administración y garantía inexcusable para el administrado por lo que ha de reunir una precisión suficiente para permitirle conocer con toda exactitud qué es lo que se espera de él y qué consecuencias derivarían de su incumplimiento y

CONSIDERANDO que, el nudismo en este Municipio viene siendo consentido desde hace años en la denominada Playa Bariñatxe, por la que se practica la propia desnudez o se contempla a la ajena con naturalidad, y

CONSIDERANDO que, sin embargo en otros lugares y playas concurridas por personas que llevan indumentaria normal y adecuada al tiempo y ocasión, la práctica del nudismo no se considera apropiada, ya que se ven obligadas a presenciar un espectáculo indeseado por estos involuntarios espectadores que pueden verse heridos en sus sentimientos de recato, morigeración y decencia, y

CONSIDERANDO que, la conducta del ciudadano que se muestra contrario a evitar las molestias que supone para otros su total ausencia de vestimenta, faculta a la Alcaldía para que trate de impedir la situación mediante la oportuna orden y en caso de que el requerimiento no sea atendido, proceder a la multa coercitiva, y

Vistas la Ley 7/ 1985, de 2 de abril, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y sus correspondientes modificaciones, Reglamento Orgánico Municipal y Legislación concordante aludida, así como los informes jurídicos emitidos en fechas 12-06-01, 15-06-01, y 10-07-01, y la conformidad oral manifestada por la Secretaría General a la fundamentación legal recogida en la presente resolución, y

VENGO EN DISPONER

“Que por la Policía Local se aperciba a aquellas personas que se encuentren en las Playas de Las Arenas, Ereaga, Arrigunaga y Azkorri y campos del Municipio practicando el nudismo, para que se abstengan de realizar tal práctica.

En caso de que el requerimiento no sea atendido, se impondrá una multa coercitiva por importe de 25.000 ptas., (150.25 euros), que podrá ser reiteradamente impuesta en lapsos de tiempo razonables y suficientes para que se cumpla lo ordenado.”

Lo que comunico a Vd. para su conocimiento.

Getxo a 12 de julio de 2001.

Artículo 185. Modificado por Ley Orgánica 15/2003.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

Artículo 186. Modificado por Ley Orgánica 15/2003.

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

Ley de Seguridad Ciudadana

Artículo 23. Modificado por la Ley Orgánica 4/1997.

A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:

h) La provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana.

Artículo 26.

Constituyen infracciones leves de la seguridad ciudadana:

i) Alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos.

Flexibilización del principio de legalidad sancionadora para Ayuntamientos

Al respecto, procede recordar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 132/2001, de 8 de junio (FJ 5º a 7º) o más recientes como la sentencia 25/2004, de 26 de febrero por cuanto a cierta flexibilización del principio de legalidad en el ámbito sancionador para el ámbito municipal. Resulta conveniente, en este sentido, recordar la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 29 septiembre 2003. Recurso de Casación núm. 5167/1998, RJ 2003\6487):

“Ello implica que los Ayuntamientos pueden aprobar válidamente reglamentos bajo el ropaje formal de Ordenanzas. Obviamente estos reglamentos no pueden contravenir las leyes. Pero la cuestión que ahora interesa es qué sucede si las Ordenanzas contienen determinados mandatos que tienen por destinatarios a los habitantes y las entidades y empresas del municipio, y sin embargo, a tenor de la doctrina de aplicación general, no pueden normar la situación producida si se incumplen las Ordenanzas correspondientes, doctrina ésta que al menos hasta ahora viene formulándose sin tener en cuenta los mandatos de los artículos 55 y 59 del texto refundido de las disposiciones vigentes sobre régimen local. La situación viene a ser, según la interpretación actual del ordenamiento, que la potestad reglamentaria municipal, a los efectos de garantía en caso de incumplimiento, encuentra el fundamento de su sanción como tal norma jurídica en una disposición emanada del Estado o de una Comunidad Autónoma, que son en nuestro derecho los entes titulares de la potestad de dictar normas con rango de ley. La potestad reglamentaria local estaría por tanto menoscabada o disminuida.

Basta que nos centremos en el examen de la doctrina que se contiene en la Sentencia constitucional de 8 de junio de 2001 (RTC 2001\132), dictada en el recurso de amparo 132/2001, en la que por otra parte se hace completa y abundante cita de la jurisprudencia constitucional anterior. En esta Sentencia (y en concreto en su Fundamento de Derecho sexto) se declara que la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que esta regulación la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Ello es buena muestra de las inflexiones de la jurisprudencia constitucional, que no aplica ya tan rígidamente la reserva de ley y que le ha llevado a relajar el criterio en diversas materias. Pero el Tribunal Constitucional continúa declarando que esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Se sostiene que los municipios no pueden tipificar por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones. Se continúa expresando que *la flexibilidad alcanza a que no sea exigible una definición de*

cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador. La ley ha de fijar los criterios mínimos de antijuridicidad, de modo que establezca criterios que orienten y condicionen la valoración por cada municipio al establecer los tipos de infracción. La misma exigencia se mantiene en definitiva respecto a las sanciones. No es ocioso destacar que ninguna alusión se hace a que la escala de multas del artículo 59 del texto refundido de régimen local ya constituye por sí misma una garantía. Es decir, la doctrina del Tribunal Constitucional, declarada en interpretación del artículo 25.1 de la Constitución (RCL 1978\2836), no rechaza que por Ordenanza municipal pueda efectuarse la última concreción del tipo de las infracciones y sanciones, pero considera ineludible que una norma con rango de Ley establezca al menos unos criterios generales. Ha de concluirse en consecuencia que según esta doctrina cuando no exista ley del Estado ni de la Comunidad Autónoma, aunque se trate de materias de típica competencia municipal, la potestad reglamentaria local a ejercer mediante Ordenanza es una potestad menoscabada y disminuida.

...Así las cosas, procede ahora subrayar, en palabra del Tribunal Constitucional (sentencia 25/2004, de 26 de febrero) subrayar la imposición a la legislación de la fijación de “criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos, ni siquiera genéricos, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Por otro, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25. 1º deriva la exigencia, al menos de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza municipal puede predeterminedar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.”.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, según reforma por Ley 57/2003

TÍTULO XI.

TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES POR LAS ENTIDADES LOCALES EN DETERMINADAS MATERIAS.

Artículo 139. Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias.

Para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

Artículo 140. Clasificación de las infracciones.

1. Las infracciones a las ordenanzas locales a que se refiere el artículo anterior se clasificarán en muy graves, graves y leves.

Serán muy graves las infracciones que supongan:

Una perturbación relevante de la convivencia que afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

El impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

El impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público.

Los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público.

El impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización.

Los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

2. Las demás infracciones se clasificarán en graves y leves, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) La intensidad de la perturbación ocasionada en la tranquilidad o en el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas o actividades.
- b) La intensidad de la perturbación causada a la salubridad u ornato públicos.
- c) La intensidad de la perturbación ocasionada en el uso de un servicio o de un espacio público por parte de las personas con derecho a utilizarlos.
- d) La intensidad de la perturbación ocasionada en el normal funcionamiento de un servicio público.
- e) La intensidad de los daños ocasionados a los equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio o de un espacio público.
- f)

Artículo 141. Límites de las sanciones económicas.

Salvo previsión legal distinta, las multas por infracción de Ordenanzas locales deberán respetar las siguientes cuantías:

Infracciones muy graves: hasta 3.000 euros.

Infracciones graves: hasta 1.500 euros.

Infracciones leves: hasta 750 euros.

Práctica 8: Igualdad

(sin perjuicio de informarse oportunamente, realice esta práctica sobre la base de los datos normativos que se ofrecen en el caso).

El Sr. Legio, de nombre Paco, tiene una discapacidad física evaluada como del 35% por la Seguridad Social. Pretende acceder a la función pública en el Ayuntamiento de Valencia. El Ayuntamiento ha convocado 100 plazas de Grupo C. En la normativa de dicha convocatoria se prevé la reserva de un 5% de plazas para discapacitados que presenten una discapacidad superior al 25%. A las cinco plazas de la cuota acceden aquellos discapacitados que –habiéndose superado la oposición- no obtendrían plaza si se les integrara en el orden de calificaciones con el resto de los aspirantes. Dicha normativa es conforme a la ley estatal de integración de los discapacitados que establece la misma cuota y mecanismo. El temario, pruebas y exigencias es exactamente el mismo para discapacitados y quienes no lo son. Sin perjuicio de ello, se establecen unos baremos que incrementan las notas del examen en virtud del porcentaje de discapacidad entre quienes superen el 25% con un sistema de ponderación. La máxima incapacidad podría elevar la nota de examen hasta dos puntos respecto de quien contando con la mínima (25%) obtuviese la misma calificación.

Así las cosas, Paco se presenta y obtiene la plaza tras las fases de examen y concurso. Su evaluación final fue la de 7,76, que aplicada la ponderación supuso 8.04.

Una vez ponderadas las calificaciones, entre los aprobados se establece un escalafón para atribuir las plazas. Dicho escalafón reúne a todos los que superan la oposición (discapacitados o no). El ayuntamiento prevé que ante la misma calificación, se sitúe por delante a la mujer, si la hay. En esta situación, con igual calificación que la Sra. Montse Rano, de nombre Maruja, Paco pierde la plaza que quería al lado de su casa.

Ya ocupando su plaza atribuida, se entera de que otro opositor, que obtuvo un 7.98, varón de 40 años no impedido, ocupa una plaza en el mismo centro de al lado de su casa. Por lo que sabe, es sobrino de un Concejal y todo parece indicar que ha sido favorecido.

(esta parte de la práctica se realiza sólo bajo las indicaciones previas del docente)

Asimismo, en su lugar de trabajo, realiza unas funciones idénticas que su compañero Fermín, que no obstante, es del grupo B, motivo por el cual su salario es mayor. Fermín también cobra un complemento especial de productividad que el Jefe de Sección atribuye anualmente sobre la base de criterios de días efectivamente trabajados y valoración personal de la eficacia. Paco tampoco tiene este complemento; siendo que lo solicita; pero como su discapacidad le provoca no pocos días al año de baja, resulta rechazado de un lado por los días efectivamente trabajados, y de otro, porque el Jefe de Sección atribuye a Fermín y otros compañeros mayor evaluación de rendimiento.

Fije especialmente su atención a las vías de impugnación posible frente a estos hechos.

Práctica 9: Libertades públicas en ámbito universitario e igualdad

El Sr. Cupa, de nombre, Mariano, estudia Biología en la Universitat de Valencia y forma parte de la Asociación de Estudiantes “Okupa la Universitat” (que goza de una representación importante en aquella Facultad). Esta asociación es muy crítica con el equipo decanal de Biología. Mariano, junto con diversos de sus compañeros, ha impreso en la reprografía de la universidad unos carteles. Uno de ellos consiste en la reproducción fotográfica de un famoso mural cubano que consiste en la foto del “Che” con la leyenda “Todos los medios de lucha son legítimos para acabar con el capitalismo”. Al pie del cartel figura “Asociación de Estudiantes Okupa la Universitat”. El otro cartel consiste en un montaje que simula la cabeza del Decano cortada en un cerco de sangre acompañada del lema “Abajo los fascistas del Decano y la AED”. La AED es la Asociación de Estudiantes de Derechas de la Facultad. Los carteles son situados en las paredes de varios pasillos de las Facultad de Biología, como muchos otros carteles de publicidad y de propaganda, muchos de los carteles de la Asociación están fuera de los siempre saturados tabloneros reservados para los carteles. Al día siguiente, todos los carteles de esta asociación han sido retirados por órdenes del equipo decanal y los paquetes de carteles que quedaban en reprografía han quedado bajo el poder del equipo decanal.

Días después, se resuelve la Convocatoria de Ayudas culturales a Asociaciones de Estudiantes de Biología. La Asociación “Okupa la Universitat” no ha recibido ninguna de las dos modalidades de ayuda que había solicitado. En la denegación de una de las ayudas se indica que “La actividad cultural propuesta no se entiende del interés y objeto de la convocatoria a juicio de la comisión evaluadora”. La denegación de la otra ayuda indica que se ha rechazado por no haber aportado con la documentación el proyecto de facturas que se indicaban en las bases de la convocatoria. Mariano sabe por sus colegas de otras asociaciones que sí obtuvieron la ayuda, que nadie presentó dichos proyectos de facturas.

Práctica 10. Eficacia de derechos entre particulares. Extranjería y diversos derechos

Javier, de 14 años de edad, es inmigrante en situación de ilegalidad en el país, como sus padres que lo acompañan. Javier es portador del virus del SIDA. Ante el temor por la enfermedad (temor infundado científicamente, pero real), la dirección de la piscina a la que asiste regularmente a aprender a nadar (regida por un consorcio de una fundación privada y un patronato municipal de deportes) le comunica que deberá abandonar el centro. Javier vive en una población de unos 7.000 habitantes, por lo que el hecho de la enfermedad y de la expulsión es difundido en una emisora local. La noticia no cita el nombre del niño, pero del contexto de la información Javier puede ser fácilmente identificado por los oyentes. Seguidamente, los padres de Javier acuden al sistema sanitario público a solicitar atención médica para su hijo. En un primer centro la atención les es denegada, por no encontrarse la familia en situación de legalidad en el país.

Formulario de recurso de amparo

cuenta con un formulario de una demanda de amparo, sólo tiene la finalidad de facilitar la realización de la demanda evitando perder el tiempo en las cuestiones formales. Debe ud. concentrarse en describir los hechos y establecer la fundamentación jurídica de la demanda.

Para ello, cuenta ud. con la insustituible ayuda del cuerpo de la sentencia, con sus antecedentes de hecho, donde además de explicarse los hechos se exponen las alegaciones de la demanda.

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Don, Procurador de los Tribunales, y de Don, representación que acredito con copia de escritura de poder que debidamente bastantada acompaño, con el ruego de su devolución, testimoniada que lo sea, ante el Tribunal Constitucional comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que conforme a lo dispuesto en el art. 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, interpongo RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL contra la Sentencia firme de la Sala de lo del Tribunal a de núm....., de fecha, resolutoria del recurso de núm., interpuesto contra la Sentencia núm., de, del Juzgado, recaída en autos, sobre, por violación del derecho fundamental, reconocido en el de la Constitución, con base en los siguientes

I. HECHOS

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO-SUSTANTIVOS

III. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

1. El derecho que se estima violado,, reconocido en el de la Constitución, es protegible en este proceso, conforme a lo dispuesto en el art 53.2 de la Constitución y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal.

2. Se ostenta legitimación, conforme a lo dispuesto en el art. 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal, habiéndose cumplido el agotamiento de los recursos utilizables en vía judicial, en cumplimiento de su art. 44.1.

3. El recurso de amparo se entabla en relación a resolución judicial no susceptible de ulterior recurso ordinario o extraordinario en vía judicial, conforme a las normas reguladoras del procedimiento.

AÑÁDASE ARGUMENTACIÓN CON RELACIÓN A LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL CASO, SEGÚN LOTC

4. El recurso se presenta dentro de los veinte días siguientes a la fecha de la notificación de la Sentencia, según previene el art. 44.2 de la Ley del Tribunal.

5. El recurso cumple las exigencias de postulación y dirección letrada que previenen los arts. 49.2 y 81 de la Ley del Tribunal.

IV. FUNDAMENTOS PROCEDIMENTALES

Único.- El presente recurso se tramitará conforme a lo dispuesto en los arts. 48 a 52 de la citada Ley Orgánica 2/1979, respecto del que serán de aplicación supletoria los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil en las materias respecto de las que el artículo 8o LOTC hace remisión expresa.

V. PETICIÓN

Se pretende:

a) La declaración de nulidad de las Sentencias contra las que se recurre en amparo, por violar el derecho fundamental en los términos ya expresados.

b) El reconocimiento del derecho a

c) El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho fundamental a obtener resolución judicial sobre sus pretensiones, con declaración de nulidad de las actuaciones judiciales y retroacción de las mismas al momento anterior a la violación del derecho fundamental.

Por cuanto antecede,

SUPlico AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que, teniendo por presentado este escrito en unión de los documentos que al mismo se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenerme por personado y parte en la representación que ostento y, en su día, previos los pertinentes trámites, dicte sentencia por la que se otorgue al recurrente el amparo solicitado, declarando la nulidad de la Sentencia de, dictada por el Juzgado de lo..... en autos núm. así como la de la Sentencia, de, dictada por la Sala de lo del Tribunal de en los autos del recurso de suplicación, reconociendo el derecho del recurrente a

....., a de de

Fdo.:.....

DECIMOSÉPTIMO. PREGUNTAS DE EXAMEN (ORIENTATIVAS)

Como sabe, una parte importante de la evaluación de la asignatura se hace depender de un examen de preguntas cortas. Buena parte de ellas proceden de las que a continuación se ponen a su disposición (aproximadamente un 70%). No obstante, todos los años se adecuan a los materiales y a lo efectivamente expuesto en el curso. El seguimiento de estas cuestiones, puede servirle, asimismo, como auto evaluación de su seguimiento del curso.

1. Parte general

1. Defina el concepto de contenido esencial de los Derechos Fundamentales según el Tribunal Constitucional.
2. ¿Puede regularse por Decreto-Ley (art. 86 CE) algo que afecte a un derecho fundamental? ¿Y por Decreto legislativo (art. 82 CE)?
3. ¿Qué límite tiene el legislador al regular los Derechos Fundamentales y las libertades Públicas?
4. Cabe afirmar lo mismo que en su respuesta anterior respecto de otros derechos del Tít. I de la Constitución?
5. ¿Cuáles son los requisitos necesarios para que un derecho o libertad fundamental se vea realmente afectado por un límite?
6. ¿Qué diferencias básicas crees que hay entre los Derechos (de la personalidad) y las Libertades públicas?
7. Ejemplos de relaciones de sujeción especial. Defina el concepto.
8. ¿Pueden las Comunidades Autónomas regular libremente el ejercicio de los derechos fundamentales siempre que no interfieran en el “desarrollo” que se reserva en el art. 81.1 a la Ley orgánica?
9. ¿Crees que para el Tribunal Constitucional es problemática la articulación de los derechos fundamentales del Tratado Constitucional europeo y la Constitución española?
10. ¿Crees que el Tribunal Constitucional puede controlar si la legislación comunitaria aplicada en España es vulneratoria de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución?
11. ¿Puedes señalar qué supone el “desarrollo” de un derecho por Ley orgánica?
12. En virtud del principio de legalidad sancionadora, ¿la ley que habilite a una Ordenanza municipal a regular un régimen sancionador necesita describir todas las conductas sancionables y determinar las sanciones?
13. ¿Se te ocurre un ejemplo donde una persona jurídica sea titular de un derecho fundamental y su contenido y garantía parezca reforzado respecto de ese mismo derecho fundamental por una persona jurídica?
14. ¿Puede un reglamento regular un derecho fundamental?
15. ¿Puede un reglamento regular los límites de un derecho fundamental?

16. ¿Puede una Ordenanza municipal regular sanciones que supongan un límite directo a un derecho fundamental?
17. En general, ¿es admisible constitucionalmente la colaboración ley-reglamento para la fijación de límites de un derecho fundamental?
18. ¿Puede una Comunidad autónoma con competencias en la materia regular el ejercicio de un derecho fundamental?
19. ¿Qué competencia exclusiva tiene el Estado regulada por el artículo 149. 1.1ª?
20. ¿Qué aspectos relativos a un derecho fundamental pueden ser en su caso regulados por medio de una norma infralegal?
21. Puede un Decreto legislativo regular un derecho fundamental
22. ¿Quiénes pueden determinan las facultades que integran el contenido subjetivo de un derecho fundamental, y cómo lo hacen?
23. ¿Quiénes pueden concretar el alcance de la dimensión objetiva de un derecho fundamental? ¿Se te ocurre ejemplos de cómo lo hacen?
24. ¿Qué es “desarrollo” de los derechos fundamentales a los efectos del artículo 81 CE, respecto de qué derechos se da?
25. ¿La ley que regula el matrimonio de homosexuales que naturaleza debe tener y por qué?
26. ¿Qué es la regulación del ejercicio de un derecho (art. 53. 1 CE) con relación al desarrollo de derechos? (art. 81 CE)
27. ¿Crees que una convocatoria de subvenciones para el mejor ejercicio de la libertad religiosa ha de ser regulado por ley?
28. ¿Puede un Ayuntamiento ampliar las garantías de la tutela efectiva de personas de renta escasa facilitándoles servicios jurídicos. Podría el Estado central considerarlo invasión de competencias, en su caso, sobre qué base y cómo lo tendría que argumentar –en esencia?
29. Telegráficamente y en la teoría, cómo diferenciarías “afectar” (art. 86 CE), “regular el ejercicio” (art. 53.1 CE) y “desarrollo” (Art. 81 CE) de derechos fundamentales que se da en estos preceptos.
30. Qué es la dimensión objetiva de los derechos. ¿Podrías dar dos ejemplos sencillos de sus manifestaciones?
31. Pon dos ejemplos de necesaria delimitación de derechos, en el sentido de una facultad o alcance de un derecho que no forme parte del derecho subjetivo fundamental protegido como tal.
32. ¿Qué es lo que puede y no pueden regular las Comunidades Autónomas respecto de los derechos fundamentales? ¿Se te ocurre algún ejemplo?
33. ¿Qué límites básicos tienen las Comunidades Autónomas a la hora de legislar derechos fundamentales?
34. ¿Qué es el contenido esencial de un derecho fundamental? ¿Crees que es habitualmente utilizado por el Tribunal Constitucional español?

2. Garantías y vías de recurso

35. Mencione 5 ejemplos de conflicto de derechos fundamentales entre particulares.

36. ¿Si una de las partes solicita al juez que plantee una cuestión de constitucionalidad porque considera que una ley vulnera un derecho fundamental, está obligado el juez a hacerlo?
37. La policía irrumpe ilegítimamente en una manifestación solicitando la documentación. ¿Qué forma-s y vías de recurso se te ocurren ante este hecho?
38. Mi cliente, extracomunitario ha intentado inscribir su asociación de trabajadores magrebíes, que sólo admiten magrebíes, en el registro de asociaciones le han denegado la inscripción. ¿Qué recursos, vías de recurso crees que tiene?
39. La asociación de magrebíes –legal- ha convocado una manifestación. En plazo lo ha comunicado y les han cambiado el recorrido. ¿Qué recursos, vías de recurso crees que tiene?
40. La policía ha actuado tras una manifestación de magrebíes demandando papeles para todos y ha practicado diligencias de identificación basadas en criterio racial. ¿Qué recursos, vías de recurso crees que caben frente a esta situación?
41. Se aprueba una norma reglamentaria que permite aplicar un brazalete localizador. Considero que dicha norma es inconstitucional. Puedo recurrir esta norma antes de que se me aplique? Qué vías y tipos de recurso tengo?
42. Se me aplica un brazalete localizador sobre la base de una ley que considero inconstitucional por contraria a los derechos fundamentales. ¿Cómo puedo atacar dicha ley?
43. Considero que un medio de comunicación me ha injuriado. Qué vías de protección procesal básicas tengo y qué elementos básicos para elegir entre ellas. Si la sentencia creo que no respeta mi derecho fundamental, cómo podría llegar a un recurso de amparo?
44. He sido expulsado de la Asociación a la que pertenezco, y considero que han realizado un acto en contra de los estatutos y de mi derecho de asociación. ¿Ante qué orden jurisdiccional impugno y qué tipo de procedimiento?
45. Mi Ayuntamiento me sanciona en aplicación de la Ordenanza de buenos usos ciudadanos aprobada en 2005. Considero que me han lesionado un derecho fundamental. ¿Qué vías de recurso y procedimientos tengo?
46. Mi Ayuntamiento me sanciona en aplicación de la Ordenanza de buenos usos ciudadanos aprobada el mes pasado. Considero que me han lesionado un derecho fundamental. ¿Qué vías de recurso y procedimientos tengo?
47. ¿Si una de las partes solicita al juez que plantee una cuestión de constitucionalidad porque considera que una ley vulnera un derecho fundamental, está obligado el juez a hacerlo?
48. ¿Aproximadamente cuántos recursos de amparo se plantean anualmente ante el Tribunal Constitucional? ¿Y cuántos de ellos se admiten e inadmiten? ¿Cuál es el motivo de la mayor parte de las inadmisiones? ¿Sabes si la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional afecta algo a esta típica causa de inadmisión?
49. Paco insulta a Pepe. Crees que estos hechos pueden acabar suscitando un recurso de amparo. ¿Cómo? ¿Cuál sería el objeto recurrido?
50. Si en un recurso de amparo la Sala del Tribunal Constitucional estima que se da una vulneración de derecho fundamental nacida de la ley misma, ¿Qué

sucede? ¿Sabes si la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional afecta algo esta situación? ¿Cómo?

51. Puede un juez ordinario en su sentencia estimar que la vulneración de un derecho se produce por la ley en sí, no por su aplicación? Puede una Sala del Tribunal Constitucional en un recurso de amparo en su sentencia estimar que la vulneración de un derecho se produce por la ley en sí, no por su aplicación.?
52. Comenta alguna de las líneas de reforma reciente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
53. El Consejo de Gobierno de la Autonomía ha aprobado un Decreto por el que se aprueba un reglamento que considero inconstitucional. ¿Puedo recurrirlo directamente por vulnerar derechos fundamentales? ¿Si puedo, qué plazo tendría? ¿Puede un tribunal ordinario declararlo nulo por inconstitucional?
54. El Consejo de Gobierno de la Autonomía ha aprobado un Decreto por el que se aprueba un reglamento que considero inconstitucional. ¿Si se me pasara el plazo para recurrir directamente el Decreto, podría impugnarlo de alguna manera? ¿Podría un juez ordinario no solo estimar mi recurso por vulneración de derechos por aplicación del reglamento, sino considerar inconstitucional dicho reglamento? ¿Cualquier juez, qué debe hacer si entiende que es inconstitucional dicho Decreto?
55. Si la autoridad gubernativa prohíbe una manifestación por razón de haberse celebrado ya la misma cada mes durante dos años, ¿tienen los organizadores posibilidades en su recurso? ¿qué deben argüir? ¿En qué vía jurisdiccional han de recurrir?

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la protección de los derechos fundamentales

56. En razón del artículo 10. 2 CE, ¿crees que hay que prestar atención a la jurisprudencia de algún tribunal no español? ¿a cuál-es?
57. ¿Desde cuándo aproximadamente y porqué se ha disparado el número de sentencias anuales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?
58. ¿Qué tiene que ver el Consejo de Europa con el CEDH?
59. ¿Qué supuestos resuelve la Gran Sala (o Gran Cámara) del TEDH?
60. ¿Qué órgano actúa hoy día como filtro en el TEDH?
61. ¿Dónde tiene su sede el TEDH? ¿Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea?
62. El CEDH tiene alguna significación jurídica para el Derecho comunitario, cuál, cómo se articula ésta.
63. ¿Tienes idea cuál parece que será la posición de la UE respecto del CEDH y del TEDH en el futuro?
64. ¿Puedo fundamentar una demanda o un recurso en la vulneración de un derecho fundamental reconocido por los tratados internacionales? sobre qué bases sí o no puedo hacerlo.
65. ¿Puedo fundamentar una demanda de amparo en la vulneración de un derecho fundamental reconocido por los tratados internacionales, sobre qué bases sí o no puedo hacerlo?

66. ¿Se puede formular un recurso de amparo frente a normas de la Comunidad o Unión europeas? ¿Puede el Tribunal Constitucional valorar la posible inconstitucionalidad de una norma comunitaria por lesiva de los derechos fundamentales españoles?
67. ¿Qué valor constitucional tienen en la práctica los tratados internacionales que regulan derechos fundamentales? ¿tienen rango constitucional en virtud del art. 10. 2 CE?
68. La “moral” es un motivo de posible restricción de muchos de los derechos reconocidos en el CEDH, ¿también puede ser un motivo de posible restricción en España?
69. ¿Se puede acudir a los tratados internacionales para perfilar los límites y restricciones de los derechos fundamentales en su interpretación? ¿Consideras alguna cautela al respecto?
70. ¿Cómo crees que corresponde alegar ante tribunales españoles un derecho de los reconocidos en el CEDH? ¿Directamente?
71. En el CEDH los límites a los derechos suelen expresarse en el segundo párrafo de los artículos. Todas esas finalidades de una restricción valen directamente para España? ¿Sigue nuestra constitución esta misma estructura en el reconocimiento de derechos? ¿de dónde crees que se deducen en nuestra Constitución los límites de los derechos fundamentales?
72. ¿Sabes cuáles son los derechos (y artículos) más invocados ante el TEDH? ¿Y ante el Tribunal Constitucional español?

4. Titularidad de los derechos fundamentales: extranjeros, menores, personas jurídicas

73. Sitúa 3 ejemplos de conflicto de derechos fundamentales entre particulares, indicando los derechos y sujetos.
74. Completa como mínimo cinco derechos en una de estas dos columnas: derechos de la personalidad y libertades públicas.
75. Qué diferencias básicas crees que hay entre los Derechos (de la personalidad) y las Libertades públicas
76. ¿Se puede en virtud del artículo 13 firmar un tratado internacional en razón del cual se limite el contenido normal de un derecho fundamental a los extranjeros, estableciendo límites diferentes a los españoles?
77. ¿Se puede en virtud del artículo 13 aprobar una ley en razón del cual se limite el contenido normal de un derecho fundamental a los extranjeros, estableciendo límites diferentes a los españoles?
78. ¿Por qué crees que la LO 4/2000 (extranjería) puede ser inconstitucional respecto de las libertades públicas de los extranjeros?
79. En virtud del artículo 13 CE, ¿crees que la LO 4/200 puede establecer todas las diferencias que quiera en el tratamiento jurídico de los españoles y los extranjeros? ¿qué pautas crees que deben de regir?
80. En virtud de la actual ley de extranjería, ¿qué derechos se reconocen a todos sin distinción entre regulares e irregulares? ¿qué derechos se hacen depender de la regularidad o no del extranjero?
81. ¿Tienen derechos las personas jurídicas?

82. Cita 2 ejemplos de derecho fundamental que ejerza una persona jurídica. Cita dos ejemplos de derecho fundamental que no corresponda a una persona jurídica. Cita dos ejemplos en los que creas que el ejercicio de un derecho por una persona jurídica goza de menor protección constitucional que si corresponde a una persona física.
83. ¿Crees que una persona jurídica tiene derecho al honor? ¿Y si se trata de una persona jurídica pública? ¿Sin que se considerase derecho al honor, perdería por ello la protección jurídica?
84. Pon un ejemplo de derecho fundamental reconocido expresamente en la constitución a las personas jurídicas.
85. ¿Tiene derecho de asociación un deficiente psíquico?
86. ¿Tiene derecho de asociación un niño de 5 años? ¿Y uno de 14 años?
87. ¿Crees que es obligatorio constitucionalmente reconocer el derecho a la educación de los extranjeros? ¿Y el derecho a la salud?
88. ¿Son los extranjeros titulares del derecho al igual trato ante la ley? ¿Y del derecho a la igualdad? ¿Y del derecho al trabajo? Sabes si hay algo en común respecto de estos derechos. Si lo sabes, ¿qué trascendencia jurídica crees que tiene?
89. ¿Puede ser un principio del Capítulo III del Título III ser la base de un límite a un derecho fundamental?

5. Vida, integridad, límites, etc.

90. ¿Todos los derechos fundamentales son limitables?
91. ¿Respecto del derecho a no sufrir torturas, tiene sentido hablar de justificación de los límites?
92. A la vista de la sentencia del caso GRAPO, ¿crees que la misma sirve para negar la posibilidad del derecho a morir en todos los casos?
93. ¿Quién ejerce una huelga de hambre, qué derechos constitucionales crees que ejerce?
94. ¿Tengo derecho a exponer mi vida, por ejemplo, saliendo a torear?
95. ¿Qué relevancia tuvo en dicha sentencia que se tratase de una “relación de especial sujeción”?
96. ¿Qué es una “relación de especial sujeción”? Pon ejemplos de estas situaciones jurídicas. ¿Qué incidencia suele tener situarse en una relación de especial sujeción?
97. El derecho a la vida no comprende el derecho a la muerte. ¿La libertad de asociación comprende el derecho de no asociarse? ¿Pueden obligarte a colegiarte para ejercer como abogado?
98. Crees que es posible alegar el derecho a una prestación sanitaria en un recurso de amparo, ¿cómo?
99. ¿Por medio de qué tipo de ley deben regularse las técnicas de reproducción asistida?
100. Aborto, Técnicas de Reproducción Asistida, esterilización, cacheos

101. ¿Qué sentido crees que tiene hablar de la doble dimensión de los derechos fundamentales? ¿Se te ocurre alguna proyección jurídico-práctica de esta doble dimensión de los derechos?
102. ¿Cuándo comienza la protección constitucional de la vida para el Tribunal Constitucional?
103. ¿Cuándo comienza la protección constitucional del derecho a la vida para el Tribunal Constitucional?
104. ¿Cuál es el conflicto constitucional que se presenta en el caso del aborto, determina los términos del mismo?
105. ¿Tiene el nasciturus derecho a la vida?
106. ¿Tiene el embrión humano separado del cuerpo de la madre alguna protección constitucional?
107. ¿El derecho a la vida debe “vencer” siempre en cualquier conflicto con otro derecho fundamental? ¿Se te ocurren dos casos en los que no?
108. ¿Es posible que el Parlamento aprobase por ley la esterilización de los delincuentes sexuales? ¿Bajo qué condiciones, en su caso, qué derechos estarían en juego?

6. Los derechos del artículo 18 de la Constitución

109. La Ley de Enjuiciamiento Criminal exige la autorización judicial para el registro en un edificio público. Crees que podrías recurrir en amparo un registro en edificio público que no contase con dicha autorización?
110. Es posible para un policía acceder a un domicilio sin autorización judicial, en qué casos? ¿se da alguna garantía para estos supuestos?
111. Por qué crees que este artículo fue declarado inconstitucional: Artículo 557: “Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada.”
112. ¿Es suficiente que la finalidad de un registro a un preso sea constitucional – como lo es buscar drogas- para que el registro sea constitucional?
113. Define lo que es la “intimidad” para el Tribunal Constitucional.
114. ¿Qué requisitos crees que deben darse para que la policía practique un cacheo?
115. ¿Es un trato degradante registrar el ano de un preso en búsqueda de drogas?
116. ¿Es un trato degradante poner cara a la pared a un alumno por no saberse la tabla del 7?
117. Defina el concepto de intimidad y diga si es lo mismo que la vida privada.
118. ¿Por qué es el orden público un límite del derecho de libertad religiosa? ¿Ello autoriza a que las fuerzas de orden público vigilen o controlen sus manifestaciones?

7. Garantías del artículo 18

119. ¿Qué artículo fija los requisitos para la práctica de un registro de taquillas en el ámbito laboral. Qué más garantías fija dicho precepto?
120. ¿Puede el empresario controlar el uso del correo electrónico de una cuenta privada –p.e. Terra- de uno de sus trabajadores?
121. ¿Puede el empresario despedir a un trabajador por su uso del correo electrónico?
122. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en la Delegación de Hacienda de Valencia?
123. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en el Bar “Poyales”?
124. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en una vivienda de veraneo de la familia “Poyales”?
125. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en la vivienda recién adquirida por la familia “Poyales”, aún no habitada?
126. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en la empresa “Poyales SA” dedicada a almacén de mercancías?
127. ¿Es necesaria una orden judicial para la práctica de un registro en la empresa “Poyales SA” a oficinas?
128. ¿Qué factores se tienen en cuenta para concebir el “domicilio” a efectos del artículo 18 CE? ¿Se tiene en cuenta el concepto de “domicilio” que fija el código civil?
129. Describa dos ejemplos en los que una habitación de hotel es domicilio y un ejemplo en que no lo sea.
130. ¿Todo lugar donde se requiere autorización judicial para la entrada es “domicilio”?
131. ¿Cuál es el rasgo esencial para el Tribunal del “domicilio”? ¿Qué datos considera irrelevantes, cuáles sí son relevantes?
132. ¿Es en todo caso necesaria una autorización para la entrada en una Sala de un Hotel donde se celebra la convención de una empresa?
133. Crees necesaria una orden judicial para el registro de un maletero de un coche. ¿Queda desprovisto de protección constitucional de no ser así?
134. ¿Tiene para el Tribunal Constitucional la misma protección constitucional el domicilio de una persona física que el de una persona jurídica, hasta dónde se extiende la protección de uno u otro para el Tribunal?
135. ¿Cuáles son los requisitos esenciales de una autorización de registro domiciliario?
136. ¿Qué tienen en común los derechos al honor, intimidad y propia imagen?
137. ¿Si se practica un registro domiciliario sin haber autorización judicial, es defectuosa toda prueba obtenida con el registro?
138. ¿De dónde se deriva en la Constitución el derecho a la protección de datos?
139. Señala las diferencias básicas entre el derecho a la intimidad y el de protección de datos.

140. ¿Qué derechos básicos -"haz de facultades"- derivan del derecho de protección de datos?
141. ¿Pueden ser sujetos del derecho al honor los grupos humanos sin personalidad jurídica, sitúa dos ejemplos?
142. ¿Es posible considerar que una caricatura vulnera el derecho al honor? ¿Y el derecho a la propia imagen?
143. ¿Cómo crees que afecta en general el animus iocandi en el ejercicio de la libertad de expresión e información. Cómo afecta en el caso de los contenidos nazis?

8. Expresión-información

144. ¿Puede un Ayuntamiento sostener una emisora en la que solo se exponga el parecer del grupo mayoritario de gobierno?
145. ¿Qué entendemos por delimitación de las libertades informativas? Ponga alguno de los ejemplos más significados dentro de la jurisprudencia estudiada.
146. ¿En qué modifica los criterios de resolución del caso el hecho de que las fuentes del informador sean oficiales o no?
147. Señale la diferencia entre el honor y el prestigio o fama profesional.
148. ¿Por qué la libertad de expresión no ampara el libre establecimiento de emisoras de televisión?
149. Pepe escribe una calumnia en un artículo de prensa. ¿Responde igual el Editor del periódico si el calumniado acude a la vía penal o a la vía civil?
150. He escrito una carta al director con calumnias a Juanjo. Responde el medio de comunicación?
151. He escrito unos insultos en un foro de una página web. Quién responde de mi ilícito?
152. El diario "El Panfleto de Valencia" ha lanzado una campaña contra mí en la prensa; considero que lo afirmado es perseguible. ¿Qué vías tengo?
153. ¿Juanjo me ha menospreciado gravemente entre unos colegas, sin que mediara concurso de medio de comunicación alguno, puedo reclamar su responsabilidad civil vía Ley 1/1982?
154. ¿Cuánto tiempo tengo para requerir la responsabilidad civil por intromisión ilegítima en mi honor?
155. Poso desnudo para un profesional. Me arrepiento, ¿tengo derecho fundamental a que dichas fotos no se hagan públicas? ¿Bajo qué condiciones?
156. Un periódico se equivoca en una noticia, afirmando en su titular que se ha cometido por Pepito Sánchez "acoso sexual", cuando las acusaciones lo son de "acoso moral". ¿Qué vías de defensa tiene Pepito?
157. ¿Si se ejerce el derecho de rectificación, queda expedita la acción por honor?
158. ¿Puede tener alguna trascendencia en el análisis de la comisión de una intromisión ilegítima en el honor el hecho de que el medio de comunicación respondiera pronto y positivamente a la rectificación por ti planteada?

159. ¿Qué indemnización se fija por ley para el periodista que ejerza la cláusula de conciencia?
160. Quedan excluidas de la protección constitucional de la libertad de expresión las afirmaciones molestas e hirientes. Es posible que las afirmaciones molestas e hirientes constituyan una intromisión ilegítima del derecho al honor. ¿Se te ocurre un ejemplo?
161. ¿Cuáles son, sintéticamente, las reglas de ponderación de derechos en el conflicto derecho al honor – libertad de expresión?
162. ¿Tiene relevancia en el análisis de la constitucionalidad del ejercicio de la libertad de expresión que las expresiones empleadas sean o no necesarias para la exposición del artículo?
163. ¿La lesión del prestigio profesional supone una lesión del derecho al honor?
164. ¿La lesión del prestigio de un colectivo, como los fontaneros, puede generar una acción civil de responsabilidad por intromisión ilegítima en el honor de las personas?
165. ¿Cual es para el Tribunal Constitucional el objeto del derecho a la intimidad?
166. ¿Qué hubo de excepcional en el asunto Preysler? ¿Qué derecho consideró el Tribunal Constitucional vulnerado en la última resolución relativa a este caso?
167. ¿Puede un empresario situar una cámara secreta en los vestuarios de una empresa?
168. El “Panfleto de Valencia” afirma en titular que el profesor de la Universidad J. H. X. es homosexual. Qué acciones puede plantear dicho profesor. ¿Qué sucede si el “Panfleto” demuestra con fotografías la orientación sexual de JHX?
169. El “Panfleto de Valencia” afirma en titular que el profesor de la Universidad J. H. X. es un ladrón. Qué acciones puede plantear dicho profesor. ¿Qué sucede si el “Panfleto” demuestra con fotografías a JHX entrando en un coche del garaje que no es el suyo?
170. ¿Qué finalidad tiene la cláusula de conciencia de los periodistas y en qué consiste?
171. ¿Quiénes crees que tienen derecho a la cláusula de conciencia en virtud del artículo 20 de la Constitución?
172. ¿Qué crees que puede estar sometido a límites más severos, la libertad ideológica, la libertad de expresión o la libertad de información. Ordénalo de más posibles límites a menos?
173. ¿Qué papel tiene para el Tribunal Constitucional la libertad ideológica en nuestro sistema constitucional, en particular con otros derechos y libertades?
174. ¿Qué trascendencia tiene que las libertades del artículo 20 se consideren como “garantía de la opinión pública libre”?
175. ¿Qué trascendencia tiene la “posición preferente” que tienen las libertades del artículo 20 CE?
176. ¿Es suficiente el criterio del animus iniurandi para enjuiciar la comisión de los delitos contra el honor? ¿Por qué?

177. ¿Guardan diferencias las libertades de expresión y de información respecto del objeto?
178. ¿Guardan diferencias las libertades de expresión y de información respecto de los límites?
179. ¿La exigencia de veracidad en el ejercicio de la libertad de información impone que se haya afirmado la verdad objetiva y absoluta?
180. Las exigencias en el ejercicio constitucionalmente protegido de la libertad de información ¿incluyen el buen gusto en la escritura, gramática, vocabulario o silogismos?
181. ¿Los sujetos activos de la libertad de información son sólo los periodistas? ¿Pueden establecerse diferencias entre el ejercicio de esta libertad por periodistas o no?
182. Cuando el Tribunal Constitucional afirma que “un uso de ella [la libertad de expresión] que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional”, ¿crees que habla desde el punto de vista de los límites o de la delimitación?
183. Qué es la censura previa prohibida por la constitución. ¿Puede ser cometida por sujetos no públicos?
184. Establece una síntesis de las pautas de consideración conjunta de la libertad de expresión y la de información.
185. ¿Qué importancia jurídica tiene la mayor, menor o ninguna trascendencia e interés público de lo informado?
186. ¿Qué es el reportaje neutral y cuáles son los criterios para contrastar si ha cumplido con el deber de diligencia?
187. ¿Qué dos factores aumentan el nivel de diligencia exigible, llegando a adquirir su “máxima intensidad”?
188. ¿La libertad de información permite que se operen hipótesis respecto de hechos que constituyen delitos, afectando, por ello a la situación del presunto actor del delito?
189. ¿Es posible equivocarse respecto de quién fue la persona a quien imputar un supuesto hecho ilícito, o respecto de la calificación jurídica de los hechos sin que ello implique la pérdida de la protección constitucional de la libertad de información.?
190. ¿Es posible imponer a la información, para ser protegida constitucionalmente que sea aséptica, imparcial y completa?
191. ¿Tienen derecho al honor, intimidad y propia imagen los “personajes públicos”, igual que las demás personas?
192. ¿Respecto de un personaje político, debe soportar igual las referencias enmarcables en su actividad política que las personales?
193. ¿Qué es el secuestro de las publicaciones y qué garantías constitucionales tiene?
194. Existe un derecho fundamental a crear medios de comunicación. ¿Es posible someterlo al sistema de concesión administrativa?
195. ¿Tiene la misma protección el derecho de expresar ideas que el de crear un medio de comunicación, cómo articula el Tribunal Constitucional la naturaleza de estos derechos?

196. ¿Es posible someter la televisión al sistema de servicio público, qué se ha de garantizar con ello?

9. Los derechos de los artículos 17, 19 y 25 de la Constitución

197. Qué significado jurídico constitucional crees que tiene el “derecho a la seguridad” reconocido en el artículo 17 CE
198. ¿El artículo 17 CE sirve para fundamentar mi libertad de salir a pescar cuando me apetezca, o a pasear?
199. ¿El artículo 17 CE sirve para fundamentar mi libertad para presentarme o no a un puesto de trabajo?
200. Si la policía te invita a que les acompañes a las dependencias para que comprueben tu identidad, ¿queda afectada tu libertad personal?
201. ¿Qué requisitos se fijan respecto de la identificación?”
202. Las garantías de los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE son aplicables sólo a la figura de la detención preventiva. Se te ocurren situaciones en las que sí sean aplicables a otras figuras. Se te ocurren situaciones en las que no sean aplicables a otras figuras?
203. ¿El plazo máximo de 48 horas fijado en el artículo 17 CE permite a la policía extender la detención hasta las 48 horas?
204. ¿Puede la policía parar a identificar personas indiscriminadamente? ¿Debe seguir algunos requisitos o pautas?
205. Señala esquemáticamente los requisitos constitucionales de la prisión provisional.
206. ¿Cómo entiende el TC la medida de la prisión provisional?
207. Qué finalidad tiene el procedimiento y garantía del habeas corpus?
208. Se aplica el procedimiento de habeas corpus para el ámbito disciplinario militar, y para el de la administración civil?
209. ¿Entra en el fondo del asunto el juez en el procedimiento de habeas corpus, qué es lo que analiza para resolver?
210. Tienen los funcionarios alguna limitación de su libertad de circulación. ¿En qué se fundamenta constitucionalmente dicha limitación?
211. ¿Crees que los extranjeros tienen derecho fundamental a la residencia?
212. ¿Qué es el principio ne bis in idem? ¿dónde está recogido en la constitución?
213. Crees que es posible alegar el principio ne bis in idem aun en el caso de que no haya dos procedimientos penales y o administrativos? Se te ocurre un ejemplo
214. ¿Se pueden emplear conceptos jurídicos indeterminados al fijar tipos penales? ¿Y en el ámbito disciplinario? ¿Qué requisitos establece el tribunal, en su caso?
215. ¿Son posibles las remisiones a reglamentos en el ámbito penal? ¿y en el ámbito disciplinario? ¿Qué requisitos establece el tribunal, en su caso?

216. El artículo 24. 2 CE es aplicable al ámbito disciplinario administrativo, en qué medida? ¿y al ámbito disciplinario de una organización privada? ¿se te ocurre algún ejemplo de esto último?
217. ¿Crees que puede sancionarse a alguien por las conductas sexuales que mantenga en privado en la habitación de su casa?
218. ¿Puede ser sancionado un funcionario por haber sido condenado penalmente?

10. Reunión-manifestación

219. ¿Quién es el responsable jurídico del “buen orden” de las reuniones y manifestaciones?
220. ¿Es posible que la autoridad gubernativa cambie el curso de una manifestación propuesta? ¿es posible que el recorrido señalado por la autoridad sea inconstitucional? ¿señala qué medios se tiene para un recurso a una modificación de recorrido y en qué tiempo se resolvería?
221. ¿El sistema de comunicación previa para ejercer el derecho de reunión-manifestación implica un sistema de autorización previa, qué lo diferencia?
222. Puede un ciudadano marroquí convocar una manifestación, puede, puede ser mero asistente, ¿en qué condiciones?
223. ¿Puede la policía actuar en una manifestación legalmente convocada para pedir la regularización de los extranjeros, pedir papeles a los manifestantes?
224. ¿Es posible denegar una manifestación por parte de expresidentes del GRAPO por pedir el derrocamiento del sistema capitalista democrático?
225. Es posible denegar la convocatoria de una manifestación para legalizar el uso de las drogas “blandas” consistente en hacer una “fumada colectiva”
226. La sospecha fundada de que una manifestación vaya a colapsar el tráfico rodado de una gran ciudad constriñendo gravemente el ejercicio de la libre circulación, puede ser causa de una modificación de su recorrido, ¿en qué condiciones?
227. Que una manifestación afecte al tráfico implica que afecte al orden público ¿en qué condiciones?
228. La sospecha fundada de que una manifestación vaya a generar altercados constriñendo gravemente el orden público, puede ser causa de una prohibición de la misma, ¿en qué condiciones?

11. Asociación, partidos políticos

229. ¿Puede el registro de asociaciones controlar la legalidad de la asociación que pretendemos inscribir?
230. Existe la asociación antes de que se inscriba en un Registro? Y un partido político? Dice algo la Constitución al respecto?
231. ¿Crees que un extranjero puede crear un partido político en España (art. 1 Ley partidos políticos)?, ¿Y formar parte de él? Piensa en un extranjero – comunitario, por ejemplo- que pueda votar y ser votado a las elecciones municipales, en razón del artículo 13.2 conectado con el 23.2 CE.
232. ¿Cuáles son las facetas esenciales del derecho de asociación?

233. Un partido político que tiene organizada una red de extorsión para la obtención de financiación de sus actividades ¿merecería algún tipo de sanción según la Ley de Partidos?
234. ¿Puede un partido político crear un medio audiovisual de comunicación en el que exclusivamente se expongan sus ideas y se critique acerbamente a los demás partidos?
235. ¿Es posible quedar obligado a asociarse a una asociación?
236. ¿Crees posible una asociación nazi? ¿crees posible que esa asociación nazi impida su acceso a negros?
237. ¿Puede recibir subvenciones una asociación de lesbianas o de mujeres que excluyan la entrada a hombres o a heterosexuales?
238. ¿Es necesaria la inscripción de la asociación para que goce de la personalidad jurídica?
239. ¿Para qué sirve la inscripción registral de una asociación?
240. ¿Puede la Administración modificar los estatutos de una asociación para variar el régimen de acceso, en la línea de lo sentenciado por un Tribunal?
241. ¿Qué derechos fundamentales hay en juego en el caso de un joven de 16 años a quien no le permitan asociarse a la Asociación “Todo por los niños”?
242. ¿Puede un ciudadano comunitario no español residente en Alfaz del Pi fundar justo con otros ciudadanos comunitarios no españoles un partido político?
243. ¿Podrían 20 españoles fundar el “Partido de los intereses extranjeros en Alfaz del Pi y que éste estuviera compuesto íntegramente, a excepción de los fundadores por extranjeros?
244. ¿En qué momento adquiere un partido personalidad jurídica?
245. ¿Crees que la inscripción de una asociación podría ser suspendida como lo es la de un partido político en virtud del artículo 4. 2 de la Ley de Partidos?
246. ¿Es posible, en principio, el “Partido nazifascista español” o el “Partido contra la democracia española”?
247. ¿Puede obligarse a un afiliado a un partido político a ser ideológicamente fiel al partido y sus cuadros? ¿Qué libertades podrían entrar en juego?
248. ¿Puede el Partido de las Mujeres de Europa, limitar el acceso a hombres, ¿y limitar el acceso a los cargos directivos?
249. ¿Crees que el PSOE pudo expulsar al día siguiente de su indisciplina al diputado tráfuga Tamayo?
250. ¿Crees que es constitucional obligar a todos los partidos condenar todo acto terrorista expresamente? ¿Qué derechos fundamentales hay en juego?
251. ¿Es necesaria otra sentencia para disolver un partido disuelto en virtud de la ley de partidos que renace con otra forma?
252. ¿Los miembros de un partido disuelto en virtud de la ley de partidos siguen siendo titulares del derecho de participación y asociación u otras libertades públicas? ¿Pueden convocar una manifestación? ¿Pueden formar una asociación con fines políticos? ¿Pueden formar parte de las listas electorales de una agrupación electoral?
253. ¿Es posible declarar inconstitucional un “Partido monárquico español” o un “Partido por la democracia parlamentaria” (cuyos fines son, precisamente el mantenimiento de las bases del sistema constitucional español)?

12. Educación-Enseñanza

254. ¿Tienen los alumnos derecho a la huelga?
255. ¿Tienen los alumnos derecho y libertad de estudio? ¿Es un derecho constitucional?
256. ¿Tienen los alumnos derecho a la libertad de expresión en el desarrollo de las clases?
257. Establece un esquema de los tipos de centros docentes. ¿Consideras en general alguna relevancia de dicho esquema respecto del ejercicio de los derechos fundamentales?
258. Haz un listado (esquemático a ser posible) de todos los derechos y libertades del ámbito educativo.
259. ¿El derecho a establecer un ideario o un carácter propio, es constitucional, dónde tiene su base?
260. Crees que es posible diferenciar por nacionalidad en la admisión a un colegio ¿Y si este es un colegio privado?
261. ¿Tiene relación la autonomía universitaria con otras libertades reconocidas en la Constitución?
262. ¿Existe el derecho fundamental de acceder a los estudios universitarios en medicina?
263. ¿Puede una universidad aprobar un régimen disciplinario?
264. ¿Crees que el gobierno puede hacer una política de disminución de plazas de estudios en Derecho considerando que el interés general exige la reducción de su número?
265. ¿Crees posible que se prime para el acceso a la universidad a los hombres, dado que hay mayor número de mujeres que de hombres? ¿Podría primarse el acceso a la universidad de extranjeros, reservándoles una cuota mínima de acceso?
266. Si eres expulsado de la universidad por haber participado en una Asociación proclive al entorno etarra, ¿qué derechos fundamentales están en juego?
267. ¿Crees que hay un derecho fundamental en juego si recibes una educación tendente a la separación de una parte del Estado para constituirse como un nuevo Estado?
268. ¿Puede un profesor defender la independencia de un territorio del resto del Estado, en qué condiciones?
269. Expulsan a un alumno de 14 años de un centro privado por haber intentado abusar sexualmente de un compañero, tal y como queda probado. No conceden una audiencia previa a los padres del alumno. ¿Qué derechos pueden quedar afectados. Rigen las garantías constitucionales para el colegio?
270. ¿Hay un derecho fundamental a recibir educación en castellano, doquiera se trate del territorio nacional?
271. ¿Qué límites constitucionales se te ocurren al derecho de crear centros docentes?

272. ¿Incluye el derecho a establecer un carácter propio, el sentido de educación que se importe, o la concepción pedagógica?
273. ¿Puede un centro educativo cambiar de ideario?
274. ¿Crees constitucionalmente posible en un centro educativo con ideario musulmán que se afirme el seguimiento de la ley islámica?
275. Un profesor de una academia privada de inglés ¿tiene libertad de cátedra?
276. ¿Qué factores crees que inciden en el ejercicio, amplitud y límites de la libertad de cátedra?
277. ¿Puede un padre con base al artículo 27 Ce negar que a sus hijos les de educación sexual conforme a los planes educativos? ¿Qué derechos y principios constitucionales quedan en juego?
278. ¿Crees posible eximir de la educación gimnástica a las hijas musulmanas de musulmanes?
279. ¿Crees posible expulsar a un profesor de Geografía de un centro educativo católico por haber salido en una revista como adepto a las relaciones bisexuales en intercambio de parejas?
280. ¿Es constitucional que el sistema educativo imponga el conocimiento del castellano? ¿igual que la imposición de conocer el catalán, gallego, etc.?
281. ¿Hay derecho a recibir la educación en una lengua que se pueda comprender? ¿Hay por ello derecho a elegir el idioma de la educación entre los oficiales?

13. Igualdad

282. ¿Qué importancia política crees que tuvo el reconocimiento de la igualdad política y jurídica tras la revolución francesa?
283. Señala los preceptos de la constitución donde se exprese el valor, principio o derecho de igualdad.
284. ¿Dónde queda expresada en la constitución la igualdad material?
285. ¿Crees que la igualdad material tiene la misma importancia constitucional que la igualdad formal?
286. Señala cuáles son las discriminaciones especialmente prohibidas en nuestro sistema constitucional.
287. Detalla sintéticamente cuál es la trascendencia jurídica de que se trate de una discriminación de las especialmente prohibidas.
288. ¿Qué trascendencia crees que puede tener la prohibición de discriminación por razón de nacimiento?
289. ¿En materia de extranjería qué trascendencia tiene el principio de igualdad?
290. ¿En materia de igualdad de género, que jurisprudencia de un tribunal supranacional crees que es la más importante y por qué?
291. Señala de manera esquemática, cuáles son los pasos para el análisis de la inconstitucionalidad de un trato diferente.
292. ¿Es posible considerar inconstitucional una ley por no tratar de forma diferente supuestos diferentes?
293. ¿Es la edad una circunstancia prohibida de discriminación?

294. Sitúa un ejemplo de trato diferente basado en la raza que sí sea constitucional.
295. Sitúa un ejemplo de trato diferente basado en el sexo que sí sea constitucional.
296. Sitúa un ejemplo de trato diferente basado en el nacimiento que sí sea constitucional.
297. Sitúa un ejemplo de trato diferente basado en la religión que sí sea constitucional.
298. Sitúa dos ejemplos de actos discriminatorios en razón de la ley de extranjería.
299. ¿Crees que es constitucional la reserva de un 2% de plazas para minusválidos en la Administración? Qué parámetros hay que tener en cuenta, qué derechos afectados
300. Crees que es constitucional la reserva de un 2% de plazas para minusválidos en las empresas de más de cincuenta trabajadores. Qué parámetros hay que tener en cuenta, qué derechos afectados
301. ¿Crees que es constitucional que una empresa privada afirme expresamente entre sus criterios de selección de personal que valorará positivamente con un 10% de la puntuación otorgable la condición de no nacional español, en una política de integración social?
302. ¿Crees posible alegar discriminación por una Falla por que en ella el Ayuntamiento prohíbe la instalación de unos churreros sin autorización municipal (con los que la falla había convenido) mientras respecto de otra falla, de categoría especial y en un barrio con más afluencia, la policía municipal no persigue a los churreros, también, sin licencia?
303. ¿Qué preceptos de la Constitución garantizan específicamente la igualdad en el ámbito de la descentralización política territorial (comunidades autónomas)?
304. ¿Cuáles son los requisitos para exigir la igualdad en la aplicación judicial de la ley?
305. ¿Es constitucional que un mismo Tribunal (como el TSJ C. Valenciana) emita sentencias dispares el mismo día ante supuestos idénticos? ¿Crees que prosperaría la reclamación de igualdad?
306. ¿Es constitucional que el Juez del Juzgado nº 12 de primera instancia de Valencia, D. Justo Ecuánime, dicte sentencias dispares ante supuestos idénticos. ¿Crees que prosperaría la reclamación de igualdad? ¿Bajo qué presupuestos?
307. ¿Qué facultades confiere a su titular el derecho subjetivo a la igualdad?
308. ¿Qué significa la “homogeneidad de los términos de comparación”? Sitúa dos ejemplos de situaciones constitucionalmente comparables y dos de situaciones no comparables
309. ¿Qué sucede respecto de la homogeneidad de los términos de comparación en los casos de diferenciaciones basadas en las circunstancias de diferenciación prohibidas?
310. ¿Qué sucede respecto de la prueba de la discriminación en los casos de diferenciaciones basadas en las circunstancias de diferenciación prohibidas?
311. Comenta un supuesto en el que se pudiese alegar igualdad en la aplicación de la ley por parte de las administraciones públicas.

312. ¿Crees que la estadística puede fundamentar una alegación de igualdad?
Se te ocurre algún ejemplo.
313. ¿Crees que es posible constitucionalmente establecer una cuota de mínimo de mujeres para el acceso a la Administración pública para fomentar su incorporación al mercado de trabajo.
314. ¿Crees que es posible constitucionalmente establecer una cuota de mínimo de hombres para el acceso a la Administración pública habida cuenta de que estadísticamente se demuestra que son ostensiblemente menos en la Administración pública?
315. ¿Crees constitucional una subvención de un Ayuntamiento a las empresas que contraten a negros, a favor de su integración laboral?
316. ¿Crees constitucional una subvención Estatal que premie a las mujeres trabajadoras con hijos y no a las mujeres no trabajadoras con hijos?
317. ¿Crees que es constitucional que sólo se conceda el permiso por lactancia a las mujeres?
318. ¿Qué es una “discriminación directa” y una “discriminación indirecta” o “encubierta”?
319. ¿Crees que es posible efectuar controles policiales basados en la raza?
¿Bajo qué condiciones?

DÉCIMOCTAVO. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS SELECCIONADOS

Tras casi tres décadas desde la Constitución de 1978, la doctrina española en materia de derechos fundamentales es extraordinariamente rica, dándose, incluso un exceso de producción que hace casi imposible seguir las novedades al respecto. Dados los medios informáticos, pierde sentido hacer referencia bibliográfica sobre derechos fundamentales que no pretenda ser selectiva. Para una aproximación bibliográfica extensa, me remito, por todos, a ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (Dir.), *Constitución Española. 25 años de bibliografía*, (2ª ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, con más de 13.000 monografías, capítulos y artículos de libro, sistematizadas por temas, entre ellos, los relativos a derechos fundamentales. A la obra en papel, cada día se añaden más valiosos recursos en la red, algunos de los cuales son de una utilidad e interés académico fenomenales, como luego se hace referencia.

Así las cosas, y al efecto de ser de utilidad, me permito hacer una selección bibliográfica básicamente de manuales y monografías, sin incluir tampoco aquellas obras relativas a derechos fundamentales en particular. Antes al contrario, la siguiente selección se centra en obras de interés y teoría general de los derechos fundamentales, ámbitos y categorías de interés también básico y manuales de referencia. Asimismo, me he permitido concentrar las obras básicas de referencia en el curso.

1. Bibliografía y recursos en “papel”

1. 1. OBRAS BÁSICAS DE REFERENCIA EN EL CURSO

De entre la manualística actual, esta obra destaca por su claridad y actualización: GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, edición de 2006. Asimismo, la selección y sistematización de extractos de sentencias y autos del Tribunal Constitucional no realizada en esta obra no ha sido en modo alguno igualdad ni superada. Pese a haberse quedado desactualizada y de imposible compra, sigue siendo un recurso fenomenal, RUBIO LLORENTE, F. (dir.): *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

En el ámbito de la teoría general de los derechos, me permito destacar tres trabajos. Por su vocación pedagógica, su claridad y generalidad, no centrado únicamente en España, así como por su selección bibliográfica, resulta un recurso básico para la teoría general ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005.

Un referente esencial, quizá algo más complejo para un iniciado, pero centrado en la dogmática española es la obra colectiva, BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004. Asimismo, respecto de la categoría de libertades

públicas, aun falto de actualización, de todo interés, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

1. 2. OBRAS BÁSICAS DE DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS Y TEORÍA GENERAL

La teoría general de los derechos fundamentales es, ciertamente, compleja. A continuación me permito destacar algunas obras indispensables.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

BÖCKENFÖRDE, Ernst .W, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: *Constitución y Derechos Fundamentales. I- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992. También, bien útil “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11-12, págs. 97-115.

HABÈRLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, trad. C. Ramos, Madrid, 1997.

LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

MARTIN RETORTILLO, Luis, y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Eudema Universidad, Madrid, 1991

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1995 (5.ª ed.).

ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (2ª ed.), Trotta, [s.l], 1997

1. 3. SELECCIÓN DE OBRAS RELATIVAS A DIVERSAS CUESTIONES GENERALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Titularidad de los derechos

Respecto de la titularidad de derechos fundamentales, me permito destacar algunos trabajos:

VIDAL FUEYO, Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALÁEZ DEL CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, págs. 49-107, 2002.

B) Eficacia de los derechos

Sobre la eficacia de los derechos, ya en ámbitos especiales públicos, ya entre privados, cabe destacar los siguientes trabajos. Respecto del ámbito público, ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001 y, sobre todo, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

Respecto del ámbito privado, BILBAO UBILLOS, Juan M, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares : Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional , BOE- CEC, Madrid, 1997; HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995; INGO VON MUNCH y FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (coor. Pablo Salvador Coderch), Civitas, Madrid, 1998 y NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

C) Categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos

Respecto de las categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales*, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública), Civitas - UAM, Madrid, 1994 y SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona, 2001.

D) Igualdad

Particular interés requiere el tratamiento de la igualdad. Sin perjuicio de otros trabajos, considero indispensables, REY MARTINEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995 y, sobre todo, GIMÉNEZ GLUCK, David, *El juicio de igualdad*, Civitas, 2004.

E) Derechos sociales

Respecto de los derechos sociales, aunque ya relativamente antiguos, siguen teniendo interés GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos*

fundamentales sociales y el derecho a una vivienda, IEAL, Madrid, 1982 y CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988. Actuales y de todo interés, aunque de difícil acceso hay que remitir al trabajo de Rodolfo Arango, con prólogo de Robert Alexy, así como al trabajo de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

F) Proporcionalidad

Una atención centrada en la proporcionalidad, de indudable importancia para los derechos fundamentales: AA.VV. *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, nº 5, diciembre de 1998, monográfico dedicado al principio de proporcionalidad; BERNAL PULIDO, Carlos, “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

1. 4. DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, AUTONOMÍAS E INTEGRACIÓN DE SISTEMAS DE DERECHOS

Con carácter general sobre la relación entre sistemas de derechos, SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, así como otras obras de este autor.

Por cuanto al CEDH y la obra jurisprudencial del TEDH, hay dos aportaciones sistemáticas muy recientes y de una calidad excelente, referencias obligadas para cualquier aproximación a la obra del TEDH:

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, (coord.) *Convenio europeo de derechos humanos : comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos : el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Para el ámbito de la Unión Europea, aunque desactualizado sigue siendo muy útil el trabajo de CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 1999, 2ª ed. Entre los trabajos recientes, cabe destacar, JIMENA QUESADA, Luis, *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

Para una perspectiva autonómica, hasta la “fiebre” del Estatut de Catalunya aprobado finalmente en 2006, cabe destacar CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001. Después del Estatut de Catalunya se ha generado una valiosa doctrina, aunque en cierto modo, sobre hechos consumados (ejemplo: DÍEZ PICAZO, Luis M^a, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78 (Septiembre-Diciembre 2006) y ARAGÓN REYES, Manuel, “Sí, pueden : (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79 (2007), págs. 9-32).

1. 5. MANUALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A riesgo de omitir alguna aportación también relevante, me permito señalar algunas de las aportaciones más destacables en la manualística española en el ámbito de los derechos fundamentales:

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional* (vol. 2), Tecnos, Madrid, 2000 (3ª ed.).

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.), *Temas de derecho constitucional*, Cedecs, Barcelona, 1998-.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Temas básicos de derecho*, Civitas, Madrid, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Derecho constitucional, vol. II. , Derechos y libertades fundamentales ; Derechos constitucionales ; Instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, 2002.

DÍEZ PICAZO, Luis-María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Derecho constitucional, vol. II Derechos y deberes constitucionales*, Tirant lo Blanch, ult. Edición.

PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (9ª ed.).

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios del Derecho Constitucional español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2 vols., Madrid, 1998, (4.ª ed.).

2. Recursos básicos en internet

Son ya innumerables y excelentes los recursos y herramientas en la materia. Sin perjuicio de omitir muchas posibles, permito concentrar toda la atención en las que siguen, siendo accesibles como punto de partida en www.cotino.net en tanto he dispuesto un enlace básico a las mismas. Como punto de partida para cualquier recurso jurídico, los enlaces de *Derecons* son, a mi juicio, lo más recomendable.

2. 1. "DERECONS"

Por todos, hay que destacar el trabajo que desde la Universidad de Oviedo se lleva a cabo en DERECONS (Red Académica De Derecho Constitucional), accesible en <http://constitucion.rediris.es>. Se trata del mejor referente jurídico para Derecho constitucional en español, del que me permito destacar sus códigos (todos accesibles a partir de www.cotino.net):

- "Código de Derechos fundamentales" con toda la normativa y jurisprudencia seleccionada. Nótese que se incluye una espléndida selección de jurisprudencia, inigualable en la red.

- "Código de Derecho constitucional" con todas las normas básicas del Estado sistematizadas por áreas.

- "Códigos de referencia" con las normas más importantes en los ámbitos administrativo, penal, civil, financiero, laboral y mercantil.

2. 2. MATERIALES DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

De igual modo, desde hace ya muchos años en la red, desarrollada por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid., los "Materiales de Derecho Constitucional", con su sección interactiva de derechos fundamentales, sigue siendo una excelente herramienta:

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/matriz.htm>

en concreto lo relativo a los derechos fundamentales

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/derechosfund.html>

2. 3. OTROS RECURSOS MUY IMPORTANTES

Cabe recordar el gran interés y valor de las memorias del Tribunal Constitucional, disponibles en su sitio de internet (www.tribunalconstitucional.es) con relación a los recursos de amparo. En las mismas puede seguirse con sencillez las aportaciones más importantes en la doctrina jurisprudencial respecto de cada de derecho. Es una fuente muy recomendable.

Asimismo, es imprescindible el sitio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que implanta paulatinamente recursos, repertorios y monografías, si bien, me permito ahora destacar, como pueda ser el acceso directo a las revistas, entre otras la Revista Española de Estudios Constitucionales y la Revista de Estudios Políticos, entre otras.

Para el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, www.derehotics.com, con su repertorio "Documentos TICS" con secciones de e-libertades, e-democracia, etc.

En general, del ámbito privado y gratuito, para referencias normativas, www.juridicas.com sigue siendo muy completo y actualizado.

2. 4. FUENTES JURISPRUDENCIALES

Recuérdese la inigualable selección jurisprudencia en el Código de derechos fundamentales de Derecons. Asimismo, es recomendable acceder a partir de los enlaces de Derecons a una innumerable cantidad de recursos, entre ellos, las bases de datos jurisprudenciales:

HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: base exhaustiva, completa y muy sencilla de manejar, con diversos campos y estrategias de búsqueda, sólo inglés-francés.

<http://hudoc.echr.coe.int/redirectEnglish.htm>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (desde 1997) (español).

<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

Tribunal Constitucional español: base muy sencilla de manejar, con diversos campos y estrategias de búsqueda del Tribunal Constitucional.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php